LA PRISIÓN PREVENTIVA:

ESTUDIO DE SUS PUNTOS MÁS CRÍTICOS Y MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Presentado por:

Dª ANA ESCOBAR LÓPEZ

Dirigido por:

D. ESTEBAN MESTRE DELGADO

En Alcalá de Henares, a 5 de mayo de 2023

INDICE

1. RESUMEN 3

2. PALABRAS CLAVE 4

3. OBJETIVOS 4

4. METODOLOGÍA 4

5. INTRODUCCIÓN 5

6. LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL 6

A. APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ESPAÑA. ESTUDIO DE LA ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA. 7

B. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN EN LOS CASOS MÁS MEDIÁTICOS. ¿EXISTE ALARMA SOCIAL? 14

7. LOS PUNTOS MÁS CONTROVERTIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR 19

A. LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA 20

B. LA INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL 23

B.1. Perspectiva histórica. Evolución 24

B.2. Cuantificación 30

B.3. Solicitudes de indemnización y resoluciones. 34

C. EL ABONO DE LA PRISION PREVENTIVA EN CAUSA DISTINTA 36

D. LA DURACIÓN EXCESIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR 39

E. EL INCREMENTO DE LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR 44

8. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. MENCIÓN ESPECIAL A LA FIGURA DE LA CÁRCEL ELECTRONICA 48

9. CONCLUSIONES 50

10. JURISPRUDENCIA UTILIZADA 55

11. LEGISLACIÓN APLICADA 56

12. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA EMPLEADAS 57

1. RESUMEN

En el presente trabajo se estudia la figura de la prisión preventiva o prisión provisional (a lo largo de éste se podrá encontrar el término de ambas formas), sin entrar demasiado en los aspectos más teóricos y estructurales que envuelven a la figura, y sí en aquellos puntos que resultan más controvertidos, como son: la colisión de la aplicación de la prisión preventiva con las garantías que dispone nuestra Constitución Española (en adelante, CE), la prórroga de la prisión provisional tras su adopción, la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal, el abono de la prisión preventiva una vez absuelto el sujeto al que se le aplicó, la duración de la medida cautelar y el incremento de su aplicación con el transcurso de los años.

Asimismo, en el último epígrafe que recoge este trabajo se abordan distintas alternativas que se pueden adoptar en sustitución de la prisión provisional, haciendo una mención especial al uso de las nuevas tecnologías y, en concreto, a la figura de la cárcel electrónica.

ABSTRACT

In the present dissertation, the figure of preventive detention or provisional prison (throughout this the term of both forms can be found) is studied, without going too much into the more theoretical and structural aspects that surround the figure, but in those points that are more controversial, such as: the collision of the application of pre-trial detention with the guarantees provided by our Spanish Constitution (hereinafter, CE), the extension of pre-trial detention after its adoption, compensation for patrimonial responsibility of the State for abnormal functioning, the payment of preventive detention once the subject to whom it was applied has been acquitted, the duration of the precautionary measure and the increase in its application over the years.

Likewise, in the last section of this dissertation, different possible alternatives that can be adopted in substitution of pre-trial detention are addressed, making special mention of the use of new technologies and, specifically, the figure of the electronic prison.

2. PALABRAS CLAVE

Cárcel electrónica. Medida cautelar. Presunción de inocencia. Prisión preventiva.

KEYWORDS

Electronic prison. Precautionary measure. Presumption of innocence. Preventive detention.

3. OBJETIVOS

Como objetivo principal de este trabajo pretendo analizar desde otro punto de vista, y más extenso, una figura que ya comencé a investigar en el Trabajo de Fin de Grado, al terminar el Grado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid.

En dicho trabajo, el estudio de esta medida cautelar giró en torno a la indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal y el desarrollo de una serie de datos estadísticos que, en su conjunto, "hablaban" mucho sobre la forma en que esta medida se viene aplicando, tales como su adopción por sexo, edad, nacionalidad y país que la adopta, entre otros.

Así, se podría afirmar que, en la primera de mis investigaciones, se asentaron las bases y conocimientos sobre esta figura, necesarios para poder analizarla, a continuación, desde un punto de vista más práctico (en adecuación a la finalidad del Máster) y crítico.

4. METODOLOGÍA

Para la consecución del objetivo propuesto, voy a partir del estudio de diferentes fuentes doctrinales, halladas en artículos y libros. Igualmente, serán apoyo fundamental varios textos legales, como la CE, la Ley de Enjuiciamiento Criminal o la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por último, para la ejemplificación de supuestos concretos, atenderé a la jurisprudencia más reciente que sea aplicable en cada caso.

Con toda la información obtenida de mano de las fuentes enunciadas, se irá desglosando cada apartado, al que le acompañará siempre una valoración personal y que, finalmente, concluirá con una reflexión genérica y unas propuestas de mejora en la aplicación de la medida cautelar.

5. INTRODUCCIÓN

La prisión provisional o preventiva es una medida procesal que implica la privación de libertad y el traslado del imputado a una institución adecuada, a fin de asegurar su comparecencia en el proceso posterior, de evitar el peligro de destrucción de la prueba, el riesgo de una posible reiteración delictiva y de actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Se trata de una medida cautelar aplicable en el proceso penal que actúa directamente sobre la libertad personal del individuo.

En esta materia confluyen íntegramente los derechos fundamentales recogidos en nuestra CE de libertad personal y presunción de inocencia, con la necesidad de asegurar el buen funcionamiento, la eficacia, de la jurisdicción penal.

Esta medida cautelar se adopta conforme a ciertos principios y presupuestos legalmente establecidos en el Capítulo III del Título VI de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECrim).

Por lo que a los principios respecta, en esta medida rigen los siguientes: legalidad, proporcionalidad, temporalidad, provisionalidad, excepcionalidad y subsidiariedad.

Por su parte, la aplicación de los anteriores viene de mano de la concurrencia de una serie de presupuestos que han de darse en su conjunto, no siendo bastante la apreciación de uno de ellos, siendo estos:

a) que el hecho en cuestión revista carácter delictivo grave, esto es, que la pena privativa de libertad prevista en el Código Penal (en adelante, CP) para el mismo sea superior a 2 años, o inferior a ésta si el investigado tuviese antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de serlo, derivados de una

condena por delito doloso. Esto último no será de aplicación cuando la finalidad que se persiga sea evitar que el investigado atente contra bienes jurídicos de la víctima, en concreto, cuando ésta sea alguno de los sujetos que enuncia el artículo 173.2 CP[1],

b) que concurran indicios racionales de criminalidad y de participación en los hechos del sujeto, lo que es conocido como *fumus boni iuris*,

c) y que con su aplicación se persigan los fines constitucionalmente legítimos enunciados al inicio de este epígrafe.

Lo dispuesto en estas líneas se desprende de lo establecido por el artículo 503 de nuestra LECrim.

Dentro de las medidas cautelares aplicables que prevé legislador español, la prisión preventiva se trata de la más controvertida entre la sociedad, en general, y entre cierta parte de los juristas, en particular. La contraposición de los mejores y peores aspectos de esta práctica genera numerosos debates jurídicos que estudian la necesidad de su aplicación o sustitución por una medida cautelar penal menos intrusiva en los derechos fundamentales del sujeto, como el arresto domiciliario, la utilización de aparatos electrónicos o la comparecencia en el Juzgado los días que se establezcan, entre otras.

6. LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE UN PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL

La institución de la prisión preventiva, además de ser una medida cautelar personal que persigue unos fines constitucionales legítimos, supone un grave problema en el proceso penal para aquellos países con fuertes garantías constitucionales, en concreto, en España,

[1] "*El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, […]*"

las de presunción de inocencia y libertad personal, amparadas en los artículos 24 y 17 de nuestra CE, respectivamente.

La libertad personal se puede entender como la mera libertad deambulatoria, el hecho de no estar encerrado. Si bien esta medida no afecta solo a la libertad en esa esfera de actuación, sino también en todo el sistema de libertades que ostenta el individuo por el mero hecho de serlo. Esta irrupción en la vida del sujeto podrá ser más o menos gravosa, dependiendo del supuesto.

Para conocer cómo se aplica esta medida cautelar en el sistema judicial español, haré unos comentarios sobre un estudio que, a continuación, se detalla y, en relación con éste, cómo puede afectar la prisión preventiva cuando se tiene encima el foco de la opinión pública. Creo relevante hacer esta mención por el efecto perjudicial que, en determinadas ocasiones, puede conllevar ser un personaje público o estar involucrado en un caso mediático.

A. APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ESPAÑA. ESTUDIO DE LA ASOCIACIÓN PRO-DERECHOS HUMANOS EN ESPAÑA.

La Asociación Pro-Derechos Humanos de España (en adelante APDHE) ha realizado un estudio [2] sobre esta medida cautelar, especialmente sobre la práctica de ésta para corroborar su aplicación excepcional y proporcional, de acuerdo con las garantías que de ella se esperan. Este estudio, subvencionado por la Unión Europea, tomó a 10 Estados miembros como participantes, analizando por el mismo método datos procedentes de las audiencias de prisión preventiva, estudios de los expedientes de casos, encuestas a los abogados defensores y entrevistas a magistrados y fiscales.

Durante la investigación de los casos en nuestro país, se tomaron como muestras 12 audiencias de prisión provisional, 55 expedientes de casos, 31 encuestas a abogados defensores y entrevistas a 5 magistrados y 4 fiscales.

[2] APDHE, "La práctica de la prisión provisional en España", Informe de investigación, 2015, págs. 8-64. Disponible en: https://www.fairtrials.org/app/uploads/2022/01/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf [Consultado en 1 de diciembre de 2022].

Del estudio de lo anterior se obtuvieron 5 conclusiones principales, siendo éstas las siguientes:

a. *¿Cómo es el procedimiento de toma de decisiones?*: se garantiza plenamente la asistencia del letrado defensor durante todo el proceso. Si bien la presencia del imputado va a ser siempre durante la audiencia inicial, nuestro legislador no dispone expresamente que deba darse en las audiencias de revisión o prórroga de la prisión preventiva. Así mismo, se plasma la poca posibilidad que tienen los abogados defensores, en algunas situaciones, para poder preparar la audiencia debido a la sorpresividad de la medida y a que, en algunos casos, cuando se declara secreto de actuaciones, no se proporcionan los expedientes. Por otro lado, muchos de los abogados encuestados consideran que, a veces, la decisión del auto de prisión preventiva ya está tomada previamente a la audiencia.

b. *¿Cómo se fundamenta la decisión?*: el motivo por excelencia para argumentar el auto de prisión provisional es el riesgo de fuga. Este fundamento encaja a la perfección en aquellos delitos de cierta gravedad, en los que no se tienen en cuenta las circunstancias personales del individuo y, a su vez, en aquellas situaciones en las que se pueda atisbar falta de arraigo y nacionalidad extranjera del mismo. Se profundizará en esta temática más adelante.

c. *¿Cuándo se acuerdan medidas alternativas a la prisión preventiva?*: sobre esta cuestión, la mayoría estima que caben medidas alternativas cuando lo que se investiga es un delito de menor gravedad, no siendo habitual en delitos más graves. Cierta parte de los letrados considera que la falta de recursos puede ser una razón para no fomentar medidas cautelares de control electrónico.

d. *¿Cómo se revisa la prisión provisional?*: sobre este enunciado se concluye que el imputado no suele estar presente durante la revisión de su situación carcelaria, pues ésta puede realizarse por escrito. Así, argumentan que la normalidad de la revisión de la prisión provisional es la confirmación de ésta en base a unos argumentos muy generales que no contemplan debidamente las circunstancias personales del individuo.

e. *¿Cómo es el resultado del procedimiento penal?:* lo habitual es que la situación de preso preventivo finalice en una situación de preso común. Alguno de los letrados alegaba que, en ocasiones, era preferible que el imputado manifestase su conformidad y se confesase como culpable para poder acceder a unos beneficios penitenciarios que, como preso preventivo, no tendría. Literalmente, en el estudio, se enuncia lo que sigue: *"[...]En la práctica ocurre que el preso preventivo lo acepta, ya que prefiere aceptar una conformidad que continuar en situación de preso preventivo hasta que se resuelva su recurso contra la sentencia condenatoria. Al confesar y aceptar una sentencia de conformidad puede comenzar a disfrutar de permisos de salida y comienza a computar el plazo para acceder a la clasificación penitenciaria (posible acceso al tercer grado)"* [3] . La realidad es que, ciertamente, dependiendo de lo larga que pueda ser su estancia como preventivo, la condena que se le pueda imponer y las posibilidades que tenga de resultar absuelto, resulta más favorable comenzar la condena con los beneficios penitenciarios legalmente establecidos lo antes posible.

Me gustaría comenzar analizando los datos que se obtuvieron, aclarando que, desde la realización de este estudio en el año 2015, la situación de la prisión preventiva ha variado en algunos de los aspectos que se trataron. Así, por ejemplo, cuando en el apartado a) se alude a la falta de materiales de la defensa cuando se decreta el secreto de actuaciones, es importante sacar a colación una reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 20 de febrero de 2023, por la que se estima el recurso de amparo promovido por D. Francisco Grau Jornet contra el auto dictado por el Juzgado de Instrucción número 8 de Valencia, de 18 de enero de 2019, en las diligencias previas 3568-2015, y el auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2019. En el referido auto del Juzgado de instrucción, se denegaba el acceso a las actuaciones solicitado para impugnar la prisión preventiva del recurrente. En el procedimiento citado, el Tribunal Constitucional concluyó y falló lo siguiente: "*[...] Los razonamientos precedentes conducen a apreciar que no se ha respetado la garantía legal de acceso a los elementos esenciales de las actuaciones parar impugnar la prisión*

[3] APDHE, "La práctica de la prisión provisional en España". Op. Cit., pág. 56.

provisional imprescindible para una defensa frente a la privación cautelar de libertad. Solicitado el acceso en tales términos acotado y en un contexto de solicitud de modificación de la medida de prisión provisional, se denegó, de modo que ni el recurrente ni su letrado han tenido oportunidad de tomar conocimiento de las actuaciones en que se asienta la medida cautelar personal para alegar eficazmente sobre la legalidad de su mantenimiento ante el juez instructor o al formular el recurso de apelación. Se ha vulnerado el derecho a la libertad personal por mantenerse la prisión sin observancia de la forma prevista en el ordenamiento (art. 17.1 CE) y el derecho de defensa (art. 24.2 CE) por falta del debido acceso".

De hecho, a raíz de lo descrito, el TC publicó una Nota Informativa, con número 15/2023, en la que se *subraya el carácter permanente del derecho a acceder a las actuaciones esenciales para impugnar la prisión provisional*[4].

De todo el informe que engloba el estudio realizado por la APDHE, me gustaría destacar que, en el apartado en el que se trata el fondo en el proceso de la toma de decisiones sobre la prisión provisional, uno de los magistrados entrevistados argumenta la necesidad de que esta medida cautelar se reserve a delitos castigados con una pena superior a los 5 años de prisión, o 3 años para casos en los que concurran circunstancias agravantes, mientras que otro de los magistrados proponía introducir de nuevo la alarma social como fuente de toma de decisiones. Este último alegaba que la alarma social pervive en el subconsciente de la judicatura y que, indirectamente, se sigue utilizando. Éste afirma que la prisión provisional, en muchos casos, es un juicio anticipado, justificado en la concurrencia de indicios fuertes de culpabilidad. De hecho, de entre los expedientes que se analizan en este estudio, cuatro de ellos incluían como motivación la alarma social o la concurrencia de antecedentes penales.

Lo cierto es que, sin entrar en especialidades, la horquilla que se marca para determinar cuándo se debe considerar la prisión preventiva o no de un sujeto, que es la de que (salvo excepciones) se le impute un delito castigado con pena de prisión superior a dos años,

[4] NOTA INFORMATIVA del Tribunal Constitucional N.º 15/2023, de 24 de febrero de 2023. Disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2023_015/NOTA%20INFORMATIVA%20Nº%2015-2023.pdf [Consultado en 17 de marzo de 2023].

deja, en mi opinión, demasiado al aire multitud de delitos de los que puede derivarse prisión provisional, siendo alguno de estos: las amenazas, las coacciones, el descubrimiento y la revelación de secretos, la estafa, la insolvencia punible y los daños, entre otros.

Sin dejar de considerar la gravedad y los perjuicios que pueden ocasionar los delitos enunciados, cabe plantearse si pueden o deben ser objeto de prisión provisional los autores de los mismos. Considero que hay una clara diferencia entre delitos en los que se puede entender que sea necesaria la permanencia del sujeto en prisión para el buen funcionamiento del proceso, como en ciertos delitos de violencia de género, de terrorismo, de trata de seres humanos, o similares, en los que la incomunicación del sujeto, la evitación de la destrucción de pruebas o de la reiteración delictiva son factores muy importantes a tener en cuenta. Con lo mencionado no quiero expresar que existan delitos de primera o segunda categoría, pues lo cierto es que todos ocasionan daño a quien lo padece, pero sí que quizás se puede cerrar un poco más esa horquilla, subiendo los años de prisión a partir de cuándo se considera la aplicación de la prisión preventiva, para evitar generalizaciones y acotar una medida cautelar tan gravosa para aquellos delitos y situaciones concretas que verdaderamente requieran de su aplicación.

En cuanto a lo referido sobre sopesar la alarma social como fuente de motivación para autorizar o no una prisión provisional, tiene una íntima relación con la independencia de los magistrados a la hora del procedimiento decisorio y de los fiscales en el momento de proponerlo. El estudio saca a relucir opiniones muy diversas, pues buena parte de los abogados aluden a esa falta de independencia, mientras que jueces y fiscales, si bien afirman la presencia de presión social en algunos procedimientos, niegan en rotundo que cedan a esas presiones.

También es interesante que la opinión sobre el uso generalizado o no de esta medida cautelar entre los magistrados está dividida. Una parte afirmaba un uso excesivo de ésta, sobre todo en las pequeñas provincias y en los delitos instruidos por la Audiencia Nacional. La otra parte abogaba por la idea de que no siempre la prisión provisional supone una pena anticipada y no todos los sujetos investigados han de estar en prisión preventiva. Por otro lado, cuando esta idea se le presentó a los fiscales entrevistados, ninguno de ellos consideró un uso excesivo de esta medida cautelar en nuestro país. Si

bien habrá que atender a que, en la práctica, son quienes la proponen. Uno de los fiscales entrevistados comentó la existencia de una especie de guía que se recibía cuando se accedía al puesto, en la que, por medio de un sistema de cruce de datos, se termina obteniendo un resultado u otro, siendo éstos: la petición o no de prisión provisional. Cabe plantearse en este punto si es posible acotar en una especie de esquema que, desde un punto de partida, te guía hasta un resultado final en todos y cada y de los procedimientos en los que se valore la aplicación de esta medida cautelar. En cuanto a la opinión que merece por mi parte, si ya en el Derecho las respuestas de *sí o no,* no tienen cabida, el recrear una plantilla o modelo para ayudar en la toma de estas decisiones me parece que de ninguna forma puede adaptarse a todas y cada una de las situaciones que se estudien, pues cada procedimiento es único como consecuencia de la única forma de actuar del sujeto y la única situación familiar, social, laboral y económica que ostenta.

Otro punto destacable de los expuestos es el asunto de la revisión de la prisión preventiva. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dispone que esta medida cautelar tiene que ser revisada periódicamente, bien de oficio, bien a instancia de parte. Además, ha de hacerse de forma oral y garante de los derechos de ambas partes. Se requiere, a su vez, rapidez en la decisión y que ésta venga suficientemente motivada por un interés público. Por su parte, nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 539 de la LECrim, establece que *los autos de prisión, y también de libertad, podrán ser revisados durante toda la causa*. Esta afirmación abre la puerta a que la revisión de esta medida cautelar pueda ser instada, tanto de oficio como de parte, las veces que sea necesario. Si bien, donde nuestro ordenamiento jurídico no alcanza las exigencias europeas es en la posibilidad de revisar esta medida cautelar sin la audiencia del sujeto afectado y en las deficientes razones que se argumentan para motivar la prórroga de la medida cautelar.

De entre todos los expedientes de prórroga estudiados en el informe de la APDHE, únicamente un caso de los 55 revisados se celebró en audiencia y el mayor argumento que se esgrime para mantener la medida cautelar es la invariabilidad de las razones que motivaron la primera decisión. Así, es muy difícil que se pueda notar un cambio, evolución, o variación, tanto en el individuo como en sus circunstancias personales, si la revisión de su expediente no se realiza con su presencia y con posibilidad de contradicción. Aunque nuestro ordenamiento jurídico prevea esta situación, es innegable la tremenda indefensión del sujeto que no puede acudir a la audiencia que va a decidir

sobre su situación carcelaria. El poder estar presente y conocer el fondo de la decisión que se vaya a tomar, no debería ser debatible.

Además, en este estudio, tras la exposición de las conclusiones enunciadas, se pone sobre la mesa que la práctica que se está llevando a cabo de esta medida cautelar en España colisiona con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y acata de una forma insuficiente la legislación vinculante de la Unión Europea sobre la prisión preventiva.

Lo que en este punto se recomienda por parte de la APDHE es el cumplimiento efectivo de la directiva de la Unión Europea 2012/13 sobre el derecho a la información en los procesos penales, garantizando el acceso al expediente durante el tiempo necesario para poder preparar con calidad las audiencias de prisión preventiva. Así mismo, se reclama una motivación con argumentos más específicos que se adapten al caso concreto que esté en estudio y que siempre sean valoradas las circunstancias personales del sujeto. También se solicita el fomento de nuevas medidas alternativas y la reducción de plazos máximos de duración de la medida cautelar.

Es posible que la deficiencia de las motivaciones, la ausencia del sujeto en las audiencias de revisión de la prisión preventiva, la falta de búsqueda de otras medidas cautelares alternativas y, en general, la generalización y automatización de esta medida cautelar se deba al colapso y a la falta de recursos de nuestro sistema judicial, si bien es necesario exigirle más, procurar la excelencia por la autoridad que tienen sobre la sociedad y la vida de las personas. Si lo que hay aquí es una falta de medios, se deberá solicitar la reforma, mejora e impulso de nuestro sistema judicial.

Es muy destacable que el estudio al que se hace referencia en este trabajo parte de la experiencia de sujetos que forman nuestro sistema de justicia. Es importante escuchar la opinión que la prisión preventiva merece de parte de los letrados que tratan de evitarla, los fiscales que la proponen y los jueces que la autorizan o deniegan.

B. LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN EN LOS CASOS MÁS MEDIÁTICOS. ¿EXISTE ALARMA SOCIAL?

Para este proyecto, considero relevante destacar el efecto que tiene esta medida cautelar cuando el afectado es un personaje público, mediático, más o menos relevante en la sociedad actual o se ha hecho pública su identidad como consecuencia de verse involucrado en un procedimiento mediático.

La finalidad de la alarma social siempre se ha rechazado como requisito previo para la adopción de la prisión provisional. De hecho, en la STC 98/1997, de 20 de mayo, se reconoce este rechazo, parcialmente, en su fundamento jurídico noveno al enunciar lo siguiente: "*En principio debe admitirse parte de razón en la argumentación del recurrente. Como señalábamos recientemente (STC 66/1997), la invocación de la alarma social que generan los hechos imputados, con ese contenido y con esa formulación, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional: "Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y, (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa" (fundamento jurídico 6º)*"[5].

Lo cierto es que, aunque desestimado el recurso de amparo por no ser esta la razón exclusiva de aplicación de la medida cautelar en el procedimiento que se trata, se hacen varios comentarios a este respecto, siendo destacable el voto particular que se emite en dicha sentencia, formulado por el magistrado Jiménez de Praga y Cabrera, que comienza su argumentación con lo que sigue: "*Mi discrepancia principal con esta Sentencia se*

[5]STC 98/1997, 20 de mayo. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 4.204-1994.

centra en el modo de considerar la "alarma social" como motivo, causa o razón, para decretar la prisión provisional. Creo que es un asunto importante, que nuestro Tribunal debe afrontar y resolver; la frecuencia con que los Jueces y los Tribunales fundamentan sus Autos de prisión en la "alarma social", generada por un hecho supuestamente delictivo, añade al interés teórico de la cuestión unas notables consecuencias prácticas". Además, continúa añadiendo una serie de críticas: "*Debe tenerse en cuenta, además, que incluso una "alarma social", detectada judicialmente sólo en supuestos excepcionales, según acaba de exponerse, difícilmente justifica la prisión provisional. Va ganando terreno la tesis según la cual la prisión provisional por "alarma social" se convierte en una medida de seguridad oculta o encubierta, desfigurándose la medida cautelar con una finalidad propia de las penas. Estas últimas deben imponerse siempre en un proceso con todas las garantías, donde se respeten los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por el art. 24 C.E. No son admisibles en nuestra Constitución las penas anticipadas, por lo que la prisión provisional basada en la "alarma social" podría pasar al Museo Arqueológico, junto al hacha de piedra*"[6].

Que tras esta Sentencia se mantuviese esta finalidad dentro de la figura de la prisión preventiva fue una de las razones que motivaron a nuestro Tribunal Constitucional a plantearse, dentro de la STC 47/2000, de 17 de febrero, una cuestión de inconstitucionalidad, recogiendo en su fundamento jurídico séptimo que: "*Para el recurrente las resoluciones impugnadas vulneran su derecho a la libertad personal, en primer término, porque no expresan ningún fin legítimo que justifique la privación de ella que la prisión supone y, en segundo lugar, porque la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional dado que no se han tenido en cuenta las circunstancias personales y de arraigo familiar alegadas*"[7]. Y finaliza la fundamentación jurídica determinando en su fundamento undécimo: "*La carencia de justificación suficiente, desde la perspectiva constitucional, de la medida de prisión acordada, constituye una vulneración del derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE) al hallarse ausente uno de los elementos esenciales del supuesto que habilita para decretar la privación provisional de libertad. Debe, por consiguiente, reconocerse la vulneración del derecho fundamental, procediendo a anular las resoluciones que autorizaron indebidamente su limitación.*

[6] STC 98/1997, de 20 de mayo.
[7] STC 47/2000, 17 de febrero. Pleno del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 889-1996.

Pero, en el presente caso, nuestra decisión no puede acabar aquí. Como hemos destacado en el fundamento jurídico 5, la Ley aplicada (arts. 503 y 504 LECrim) vulnera el art. 17 CE y esa vulneración ha podido ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que se está en el supuesto previsto en el art. 55.2 LOTC y procede, por tanto, plantearse la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos"[8].

Una vez expuesto lo anterior, es claro el rechazo por parte de nuestro sistema judicial de traer a colación la alarma social como motivación para la aplicación de la prisión preventiva. Si bien, el hecho de que esta negación sea tan explícita ¿significa que la alarma social o la sobreexposición de los procedimientos en los medios no afectan?

Lo cierto es que derechos como la integridad psíquica y moral, el honor y la intimidad, son vulnerados en procedimientos mediáticos como los casos Lezo, Manada, Gürtel, Comisario Villarejo o Mario Conde, entre otros, porque todos estos procesos tienen como denominador común la sobreexposición de sus personalidades e información, mucho antes de conocer un resultado, mientras opera, en principio, la presunción de inocencia, las garantías mencionadas y el secreto de sumario.

La publicación diaria en televisión, radio y redes sociales cuando "explota" un procedimiento de este calibre arrasa con nuestras garantías constitucionales. Se emiten los arrestos, datos personales, grabaciones a parientes de los detenidos y tantas opiniones de mano de diversos "expertos" que no se pueden llegar a numerar.

El hecho de ser un personaje más o menos público, junto con lo que los medios vayan a divulgar, inclina hacia uno u otro lado la balanza de la opinión pública, que no es cosa menor, en un proceso en el que, para aquel entonces no hay sentencia firme y, de hecho, ni se espera por el momento.

Una ejemplificación de lo anterior se plasma en el Caso Lezo, en el que, como bien relata Martínez Galindo[9], es muy habitual que se opte por la prisión preventiva incondicional y

[8] STC 47/2000, de 17 de febrero.

[9] Martínez Galindo, G. La prisión provisional en el caso Lezo: automatismo e inconsistencia procesal, en Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coord.), La prisión provisional y su estudio a través de la

sin fianza, o con fianzas muy elevadas (que obtienen el mismo resultado que disponer la libertad sin fianza), en delitos económicos o relacionados con la corrupción, bajo la motivación de una posible destrucción u ocultación de pruebas, reiteración delictiva o riesgo de fuga. Lo curioso es que, en procesos como éste, la fase de investigación en secreto de actuaciones suele ser muy amplia hasta que se produce la detención del investigado (en este caso, 9 meses), durante la cual se intervienen dispositivos, se practican escuchas y seguimientos y, tras la detención, la entrada y registro en los domicilios. Así, en base a la casuística, ¿cómo puede ser uno de los motivos que fundamentan la prisión provisional el evitar la destrucción de pruebas? ¿Es realmente necesaria, excepcional y subsidiaria la prisión preventiva para este fin, cuando se parte de una exhaustiva investigación previa? ¿Se deben agotar los seis meses siempre para proteger las pruebas de una presunta destrucción cuando se ha tenido tiempo para intervenir la esfera social completa del investigado, sus domicilios, cuentas bancarias y demás datos? En este punto, no se conoce qué se espera encontrar en el transcurso de esos seis meses y si, realmente, es necesario en todos los casos, o se aplica en su máxima extensión, por defecto.

Por su parte, otro de los argumentos que la motivan es el riesgo de reiteración delictiva. Creo que en este tipo de delitos faltan argumentos que defiendan la aplicación de esta medida, pues los investigados por delitos económicos, corrupción o cohecho, suelen ser personajes públicos, difíciles de pasar desapercibidos tras el "boom" mediático, a los que se les han intervenido las cuentas y han cesado en sus cargos, bien al inicio de la instrucción, bien años antes de que ésta comenzase. Así, ¿cómo continuarán delinquiendo?

De la mano de lo anterior, se puede defender la poca relevancia del riesgo de fuga que se presenta en estos casos. En muchas ocasiones, el riesgo de fuga se valora en abstracto, haciendo un análisis superficial de la situación del individuo, atendiendo básicamente a si tiene relaciones en el extranjero y dinero, *ergo*, puede fugarse, como, por ejemplo, en el reciente proceso en el que se investiga al jugador de fútbol Dani Alves, que permanece actualmente como preso preventivo por alto riesgo de fuga como consecuencia de su capacidad económica y la gravedad de la posible sentencia a la que se enfrenta. Si bien

casuística más relevante:un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2020, Pág. 133.

la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2005, de 14 de marzo, indica que este riesgo ha de ser serio, intenso, real preciso y acreditado. El superfluo análisis mencionado se aplica como norma a este tiempo de procedimientos, si bien podría servir para cualquier sujeto, no mediático, sobre el que se esté valorando la entrada preventiva en prisión. La falta de concreción y acreditación produce automáticamente la inexistencia de excepcionalidad.

El carácter mediático de un procedimiento convierte a los medios y, en consecuencia, a la sociedad, en juez, jurado y verdugo, amparando deseos y soluciones en la petición de castigos ejemplares y no en la corrección que propone nuestro legislador. Esto, que sucede en la mayoría de los casos, se dio de una manera especialmente singular en el Caso de la Manada. La brutalidad de los hechos tocó más la sensibilidad del pueblo y el caso se estuvo prejuzgando desde sus inicios. La sociedad y los medios discreparon largo y tendido de las decisiones de los magistradosque atendían el asunto en primera instancia y, en especial, en la decisión de tornar la prisión preventiva incondicional y sin fianza, en prisión provisional eludible mediante fianza de 6.000 euros, junto con limitaciones de movilidad, personación en el Juzgado y retirada de pasaporte, al año de estar los sujetos provisionalmente encerrados.

Lo que ha de llegarse a comprender es que la prisión preventiva no es una condena por adelantado, o no debería serlo. Persigue unos fines, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y, cuando esos fines y riesgos dejen de jugar un papel relevante en el caso, la medida cautelar también tiene que cambiar. La mera alarma social no es, en ningún caso, criterio que motive la aplicación de la medida cautelar.

Que sea cautelar indica que es provisional, tiene "fecha de caducidad" y, mientras ésta tiene vigencia, se coartan los derechos de una persona que, en caso de ser declarada culpable, recibirá la pena correspondiente, pero solo en ese momento; no se puede reclamar la "cabeza" de alguien desde el inicio de una investigación, de la que, por el momento, no se ha desprendido culpa.

Algo similar realizan los líderes políticos cuando se viraliza un procedimiento. Se puede pensar que, al ser el votante pilar fundamental de la vigencia de su mandato, aquéllos no

dudan en entrar a la polémica y manifestarse en favor del clamor popular. De hecho, tanto es, que no se tarda en condenar públicamente a quien sea, en ese momento, foco de atención. Además, si éste forma parte de algún partido político, es destituido a la mayor brevedad posible. La justicia social funciona mucho más rápida que la propuesta por el legislador.

En algún momento de la instrucción, el individuo sobre el que gira la causa pasa de ser un ser humano a ser "algo" que merece el peor castigo de todos. Se tiene que tener en cuenta que esta figura cambia por completo la vida de quien la soporta. Esto es, alguien todavía inocente, frente al que se incoa un proceso penal, es encerrado en prisión durante meses o años, difuminando públicamente la presunción de inocencia que constitucionalmente se le otorga. Este hecho te rompe moralmente, además de dañar los vínculos familiares, laborales y sociales.

La prisión provisional, si bien necesaria, es tan delicada -por ser tan intrusiva- que ha de aplicarse conforme al respeto de nuestros derechos constitucionales, pues lo contrario supondría prejuzgar el asunto y la quiebra de nuestro Estado de Derecho.

7. LOS PUNTOS MÁS CONTROVERTIDOS DE LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Como se ha enunciado al inicio de este trabajo, la dicotomía que da forma a la figura de la prisión preventiva nos hace sopesar la limitación de ciertos derechos fundamentales a quien se le aplica y el buen desarrollo del proceso penal. Si bien es innegable que los fines que esta medida persigue son plenamente legítimos y necesarios, es tan fina la línea que separa lo justo de lo injusto que la aplicación, desarrollo, prórroga y fin de la prisión provisional han de ser exhaustivamente motivados.

A continuación, se exponen algunos de los puntos más en cuestión de esta medida cautelar. Aquellos que generan más debate y controversia. En este epígrafe se expondrá cada problemática, no sin ofrecer la opinión de esta autora.

A. LA PRÓRROGA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prórroga de la prisión provisional es un punto de máxima delicadeza. Esto es, si ya la aplicación de la medida cautelar lo es, en más medida lo será la ampliación de esa estancia en prisión del investigado, no condenado.

A lo largo de este primer apartado, se expondrán distintas ideas sobre la prórroga, en concreto: la prórroga tácita, actualmente obsoleta, y la prórroga cuando se sustituye la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Se entiende como prórroga tácita de prisión provisional aquella que no es expresa, que se acuerda una vez se ha cumplido el período máximo de estancia como preso preventivo, sin "renovar" esa condición de forma expresa, tras una sentencia condenatoria no firme.

La clave en este supuesto nos la da la Sentencia 98/1998, de 4 de mayo, del TC, en el mediático Caso Gutiérrez Velasco, que se dicta cuando, estando el sujeto en prisión provisional, se ratifica el delito por el que cumplía la medida en sentencia condenatoria no firme y éste, al recurrir la misma en casación, solicita su puesta en libertad al no haberse motivado una prórroga de su condición de preventivo antes de la expiración del plazo máximo y haberse prolongado esta situación tácitamente por la sentencia condenatoria no firme.

La razón de ser que sostenía esta prórroga tácita no era más que la idea de haber probado y sentenciado la culpabilidad del reo y, como consecuencia, no variar su estancia en prisión porque, en algún punto, volverá a ella. Sin embargo, la sentencia que le condena no es firme. Si éste prolonga su condición de preventivo de forma tácita en todas las instancias, se superaría con creces el período legalmente establecido para la aplicación de esta medida cautelar.

En la citada Sentencia, la Sala Segunda del TC, argumenta lo que sigue: "*Esta posición relativa al sentido del párrafo 5 del artículo 504 de la LECrim no puede ser asumida por esta jurisdicción como razonable desde la perspectiva que impone el derecho a la libertad, en ella implicado. En primer lugar, porque se opone al tenor literal de la norma interpretada, que, lejos de asociar automáticamente la prórroga de la prisión a la*

primera sentencia condenatoria, indica que ello es una mera posibilidad [(…) la prisión provisional podrá prolongarse (…)]. Pero es que, además, en segundo lugar, si así no fuera, el tenor que expresara a que el automatismo sería inconstitucional, al consagrar la no necesidad de una motivación específica para tan importante decisión"[10].

Actualmente, el párrafo enunciado se encuentra codificado en el segundo punto del artículo 504 LECrim, que enuncia lo siguiente: "*Si fuere condenado el investigado o encausado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida*".

Nuestro legislador mantiene la prórroga o no de la prisión provisional tras sentencia condenatoria no firme como una posibilidad, no como una norma general. Si este proceso se automatiza, desaparecen los fines constitucionalmente legítimos en que se apoya y aparecería la absoluta inconstitucionalidad y el injusto de la decisión.

A su vez, en esa misma sentencia, se pronunció la Sala con respecto a que la prórroga tuviese lugar una vez ha vencido el plazo y el sujeto ha cumplido el tiempo que se determinó como preventivo: "*Respecto a las situaciones de prórroga este tribunal ha tenido ya la oportunidad de determinar la imposibilidad de su aplicación cuando el plazo máximo está ya vencido, de modo que el amparo correspondiente por prórroga tardía implica la libertad del recurrente, salvo que haya incidido posteriormente un nuevo título legítimo de privación de libertad*"[11].

Lo anterior viene a decir que, cuando se acuerde la prórroga de la prisión preventiva, si esto se hace una vez se ha cumplido el período determinado como preso preventivo, ningún fundamento jurídico cubriría ese espacio de tiempo entre el primer período como preso preventivo y el acuerdo de la posterior prórroga. Ese "limbo" atentaría directamente contra el artículo 17 de nuestra CE, al mantener a una persona en prisión sin ningún argumento jurídico que lo sostenga. Situación que se conoce como una detención ilegal en su estado más puro.

[10] STC 98/1998, 4 de mayo, Caso Gutiérrez Velasco. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 4372/1996.
[11] STC 98/1998, 4 de mayo, Caso Gutiérrez Velasco.

De lo expuesto se puede extraer la idea de que la prórroga de la prisión preventiva siempre ha de venir de una motivación expresa y exhaustiva que la sostenga y que, en todo caso, ésta se ha de hacer antes del vencimiento del plazo.

Otra de las problemáticas que podemos encontrar con respecto a la prórroga de la prisión preventiva se da cuando se sustituye la pena de prisión por otra. En la casuística, la dificultad nace cuando la pena de prisión se va a sustituir por la expulsión del territorio nacional del preso preventivo.

Esto supone una dificultad, en tanto en cuanto la prisión preventiva va ligada a una posterior pena de privación de libertad y, posteriormente, la naturaleza de la pena deja de ser ésta para ser una distinta, véase la expulsión del territorio nacional.

Lo anterior fue objeto de estudio por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en Sentencia 140/2012, de 2 de julio, recurso de amparo 3464-2009, promovido por D. Mohamed Ami Alí, sujeto que se encontraba en situación de preso preventivo por un delito contra la salud pública y condenado en primera instancia a tres años y seis meses de prisión e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, junto con una pena de multa de ochenta euros. En el fallo de la Sentencia se acordó la expulsión del territorio nacional con la prohibición de regreso a España durante diez años, al ser extranjero, al mismo tiempo que se solicitó la prórroga de la prisión preventiva hasta que se resolviese el recurso interpuesto frente a tal decisión. Si bien, no fue punto de controversia el periodo transcurrido como preso preventivo ni la justificación de la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, sí lo fue la solicitud de la prórroga de la medida cautelar tras la condena en primera instancia, pues la futura pena, la expulsión, tenía ya una naturaleza distinta a la que motiva la prisión preventiva. Que la posible pena que vaya a recaer frente al sujeto no sea de privación de libertad hace imposible la compensación del periodo vivido como preso preventivo en una futura sentencia condenatoria. Así, ¿Cómo se puede compensar el tiempo de privación de libertad prorrogado a quien va a ser expulsado del territorio?

Lo que el perjudicado venía a defender era lo siguiente: "(…) *que si la pena que, tras la sustitución acordada, finalmente va a cumplir es privativa de derechos, no puede permanecer en prisión preventiva durante el resto de la tramitación del proceso porque,*

en tal caso, no le podrá ser compensado el tiempo de restricción de la medida cautelar con el de la pena que cumplirá. Considera, por tanto, que se ha producido una vulneración de su derecho a la libertad (art.17 CE)"[12].

El Tribunal Constitucional, en su citada sentencia, resolvió otorgando el amparo solicitado por el recurrente argumentando que "*los Autos impugnados, como alegan el recurrente y el Ministerio Fiscal, no cumplen con las exigencias constitucionales de motivación reforzada de las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional y, en consecuencia, lesiones [¿?] del derecho a la libertad del demandante de amparo. […] es cierto que la sentencia de condena efectúa a una adecuada individualización de la pena y justifica razonadamente tanto la pena impuesta como su sustitución por la expulsión del recurrente del territorio nacional.[…] Sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, cómo le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de la prisión provisional excediera el Marco de las penas privativas de libertad a las que queda circunscrita por el artículo 504 de la LECrim*"[13].

Por tanto, no cabría pensar en prórroga ninguna de la prisión preventiva en los casos en los que en primera instancia la pena de privación de libertad vaya a ser sustituida por la expulsión del individuo del territorio nacional. En caso contrario, el sujeto sufriría una auténtica vulneración de su derecho fundamental a la libertad de forma plenamente gratuita, pues en ningún caso esa vivencia podrá ser compensada de forma alguna.

B. LA INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR FUNCIONAMIENTO ANORMAL

Sobre la aplicación de esta medida cautelar cabría plantearse las siguientes cuestiones: ¿Qué pasa con el tiempo vivido si, tras ser privado de la libertad individual durante meses, se es absuelto por el delito imputado? ¿Cómo se mide esta vivencia? ¿Cuánto vale la libertad?

[12] STC 140/2012, de 2 de julio, Caso Mohamed Ami Alí. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo número 3464-2009.
[13] STC 140/2012, de 2 de julio, Caso Mohamed Ami Alí.

Al ser ésta una situación tan delicada y subjetiva, para poder cuantificar su valor monetario, el legislador español, en la práctica, trata de disponer como puntos claves para la cuantificación el tiempo que ha transcurrido el sujeto privado de libertad en prisión y las consecuencias personales que esta situación ha causado en la esfera privada de éste.

Para poder tener en cuenta lo anterior, será la parte perjudicada quien deba argumentar, acreditando fehacientemente, los daños y perjuicios causados por la aplicación indebida de esta medida provisional. Si bien, esto no ha sido así siempre. No es hasta el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su Sentencia 85/2019, de 19 de junio, cuando se prevé la indemnización monetaria de todos los sujetos perjudicados por el Estado a causa de haberse visto privados de su libertad individual cuando, finalmente, son absueltos. En tiempos anteriores a dicho pronunciamiento, no nacía el derecho a indemnización cuando el fin de la medida cautelar era resultado de la aplicación del principio de presunción de inocencia o del principio *in dubio pro reo*.

Para comprender mejor la evolución de esta doctrina, se hará un repaso histórico de los inicios de ésta y su posterior evolución, llegando hasta la cuantificación de la indemnización.

B.1. Perspectiva histórica. Evolución.

En sus inicios, se mantenía una estricta aplicación, por parte del Tribunal Supremo, del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que disponía lo siguiente en su apartado primero: "*Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*".

Así, únicamente se preveía indemnización cuando objetivamente el hecho imputado devenía inexistente (en caso de no poder acreditar el mismo) y, como consecuencia, subjetivamente tampoco existía participación del sujeto en el hecho imputado.

Como resultado de lo anterior, en la práctica, muy pocos casos cumplían los dos requisitos mencionados, a pesar de ser absuelto el investigado o acusado del delito que se le imputaba por aplicación directa del principio *in dubio pro reo* o del de presunción de inocencia, dos situaciones que no se contemplan como generadoras del derecho a ser indemnizado.

El trasfondo de la doctrina del Tribunal Supremo partía de una máxima: sólo habría responsabilidad patrimonial cuando concurriese error en las actuaciones del Estado. Por tanto, solo hay error judicial cuando el hecho imputado no existe. Esto venía a afirmar que la aplicación de los principios mencionados no elimina el hecho, es decir, no significa que no haya ocurrido. El hecho delictivo ha sido cometido, pero se respetan tales principios porque no hay indicios suficientes que acrediten la criminalidad del sujeto. Como resultado, no ha concurrido error por parte del Estado y, por tanto, no aplica indemnización.

Como se puede razonar, era muy complicado que se abriera un proceso por un hecho que, posteriormente, deviniera inexistente. Así, en la práctica, las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial del Estado eran mínimas o, incluso, nulas.

Esta línea jurisprudencial llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derivando en diferentes sentencias, entre ellas, *Puig Panella contra España*, de 25 de abril de 2006. En esta relevante sentencia, el TEDH defendió una falta por parte de nuestro país a la presunción de inocencia de Jordi Puig Panella quien, habiendo sido condenado a 8 años de prisión, permaneció 1.663 días en ella por intento de asalto a un cuartel militar de una localidad de Barcelona, con la banda terrorista ETA, en el año 1980.

En el caso de este perjudicado, no se llegó a adoptar auto de prisión provisional, sino que se dictó sentencia firme con las pruebas recabadas en la fase de instrucción, sin ser contradichas en el juicio oral. Tras el transcurso de más de cuatro años y medio en prisión, el TC corroboró la lesión al derecho de presunción de inocencia, sobreseyendo el caso por ausencia de pruebas suficientes en su contra. El perjudicado inició un procedimiento contencioso-administrativo para conseguir una indemnización por los años pasados en prisión. Como hemos señalado anteriormente, el razonamiento el TS rechazaba todo tipo

de indemnización en base a no poder encajar el caso de Jordi Puig en lo dispuesto en el artículo 294 LOPJ.

Lo anterior se debía a que el mencionado precepto no hace referencia a la lesión del principio de presunción de inocencia ni, en su caso, a su reparo y no se puede confirmar que el hecho que se le imputó no existiera. De hecho, se produjo, pero no se hallaron pruebas suficientes en su contra. Tras la negativa del TS, el perjudicado por medio de recurso de amparo elevó su pretensión hasta el TC, quien, en la misma línea que el TS, denegó su petición pues, a pesar de haber reconocido la nulidad de la condena inicial, no se reconoce expresamente el derecho a recibir indemnización por parte del Estado.

Una vez se elevó la causa al Tribunal Europeo, este sostenía la necesidad de tratar por igual el requisito subjetivo que otorga ese derecho a indemnización, es decir, la inocencia del sujeto, con aquellos que fueron absueltos por insuficiencia o falta de pruebas. Lo que el TEDH imponía en el fondo era lo siguiente: "*La absolución del acusado debe ser respetada por toda autoridad judicial por mandato del artículo 6.2 CEDH*" [14] . Remitiéndonos al citado artículo, se dispone lo siguiente: "*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*".

Únicamente se pretendía que el TS resolviera con la misma línea de argumentación y concediera, en consecuencia, el derecho a ser indemnizado a aquellos sujetos de los que se demostrase la no participación en el hecho imputado o concurriera aplicación del principio de presunción de inocencia o *in dubio pro reo*, levantando así el auto de prisión preventiva. Pues, en esencia, ambos vienen a eliminar la presunta culpa del sujeto sobre el hecho delictivo.

Tal y como expone Díaz Pérez de Madrid[15], en su estudio de esta controvertida sentencia, el TS hace una indebida distinción entre la "inocencia positiva", esta es, la inocencia

[14] Sentencia del TEDH 1483/02, de 25 de abril de 2006, *Puig Panella contra España*.
[15] Díaz Pérez de Madrid, Amelia (2006) "Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella C. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el Principio de Presunción de Inocencia". Revista de Derecho Comunitario Europeo, págs. 973-987. Disponible en: https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-derecho-comunitario-europeo/numero-25-septiembrediciembre-2006/tedh-sentencia-de-25042006-puig-panella-c-espana-148302-proposito-del-regimen-de-responsabilidad-1 [Consultado en 1 de marzo de 2023].

probada y, por otro lado, la "inocencia negativa" que se da con la culpabilidad no probada. La primera definición hace referencia al requisito subjetivo y la segunda al principio de presunción de inocencia.

Como resultado, en la práctica, a pesar de ser inocente en ambos casos, si la inocencia deriva de una culpabilidad no probada se tiene en menor consideración que si deriva de una inocencia probada.

Literalmente, lo que el mandato del TEDH recogía era lo siguiente: *«ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una sentencia absolutoria por falta de pruebas y una sentencia absolutoria resultante de una constatación de la inocencia de una persona»*[16]
Si bien la actuación del Tribunal Supremo fue acorde con lo dispuesto por el TEDH, supuso una limitación aun mayor de la indemnización, acordando que ésta concurría única y exclusivamente cuando se produjera el requisito objetivo, este es, la inexistencia del hecho imputado. De esta forma, desaparecían las diferencias cualitativas entre los supuestos referidos por el TEDH, pero se restringía aún más el acceso a la indemnización.

La actuación del TS queda claramente expresada por el abogado José María de Pablo Hermida[17], quien explica cómo consigue este Tribunal hacer desaparecer las diferencias cualitativas entre los supuestos referidos por el TEDH, pero restringiendo aún más el acceso a la indemnización.

En concreto, en la primera sentencia que se aplicó esta nueva doctrina, STS de 23 de noviembre de 2010, en un procedimiento en el que se reclamaba una indemnización por valor de 176.760 euros tras un año y dos meses en prisión preventiva por un delito de homicidio con agravantes, siendo el sujeto finalmente absuelto por insuficiencia de pruebas, si bien la parte perjudicada alegaba que su pretensión se fundaba en la aplicación del principio subjetivo y no el de presunción de inocencia pues el primero de estos, según la trayectoria de actuación del TS, generaba derecho a ser indemnizado.

[16] Díaz Pérez de Madrid, op. Cit., págs. 973-987
[17] De Pablo Hermida, J. Epígrafe 5: "La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019", en Tuero Sánchez, J.A., Andújar Urrutia, J., Frago Amada, J.A., García del Blanco, M.V., Imbroda Ortiz, B.J., Ochoa Marco, R. (Coord.), Derecho Penal 2020. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2020.

El TS, haciendo referencia al mandato del TEDH, por el que se equiparaban los dos supuestos, añadió lo siguiente: *«se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ, a cuyo efecto no puede perderse de vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria [...] no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre "por inexistencia del hecho imputado", es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente»*[18].

El TS cumplió la literalidad de la petición europea, comprendiendo la equivalencia de las dos situaciones anteriores, pero llegando a la conclusión, entonces, de no tener en cuenta tampoco el requisito subjetivo a efectos de producir derecho a ser indemnizado. En lugar de ver los dos sucesos como iguales e incluirlos en lo que enmarca el artículo 294 LOPJ, lo interpretó a "lo menos", reduciendo la posibilidad de ser indemnizado a una, el error judicial.

Lo anterior se debe a que la literalidad del artículo 294 LOPJ no hace una referencia explícita al principio subjetivo, sino únicamente a la inexistencia objetiva del hecho; sin embargo, el TS anteriormente interpretaba que el hecho subjetivo, la no participación del sujeto en el objeto del delito, quedaba recogido o amparado dentro del objetivo.

Por otro lado, el artículo 294 LOPJ tampoco reconoce que a todos los procedimientos que tengan que ver con esta causa y finalicen con la absolución del sujeto o el sobreseimiento libre se les aplique lo recogido en el mismo, pues solo hace referencia a aquellos casos en los que el hecho imputado devenga inexistente y se irroguen perjuicios, quedando el resto

[18] STS 6717/2010, de 23 de noviembre. Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo. Recurso de casación número 4288/2006.

de situaciones no enmarcadas en lo anterior, al amparo del artículo 293 LOPJ que hace referencia a la indemnización por causa de error del Estado.

Al poner en práctica la doctrina del TEDH, el TS descubre que, efectivamente, el criterio subjetivo y el principio de presunción de inocencia son claramente compatibles y, por lo tanto, si el artículo 294 LOPJ no prevé derecho a recibir indemnización cuando se aplique la presunción de inocencia, tampoco se preverá cuando aplique el hecho subjetivo, pues el referido artículo, en ningún caso, da pie a generalizar el derecho a ser indemnizado en todos los casos que derive prisión preventiva del individuo y su posterior absolución.

Tras años de aplicación de esta doctrina, nuestro Tribunal Constitucional delimita cuándo deviene error por parte del Estado para así dar luz una nueva interpretación del artículo 294 LOPJ. Así, entiende que, cuando se produzca la absolución de un sujeto y devengue prisión preventiva indebida o injusta, no se puede afirmar que hay error judicial en las actuaciones del Estado, pues esta situación puede derivar de una aplicación sumamente correcta de la medida cautelar, por los datos, pruebas o indicios a los que se tenía acceso en tal momento y que, posteriormente, devienen falsos o aparecen nuevos. Es por ello que no se puede "señalar" como errónea la decisión judicial, sino justa en su momento con posibilidad de rectificarla cuando sea preciso, de acuerdo a nuevas circunstancias.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional mantiene, a su vez, que el fin de la indemnización del sujeto no es compensar un error judicial, sino su padecimiento personal por haber sido privado de su libertad provisionalmente al ingresar en prisión preventiva.

Esta máxima de nuestro TC consigue que las líneas del artículo 249 LOPJ se comprendan de una forma distinta y se preste menor atención a la concurrencia o no de error por parte del tribunal, pues, como bien señala en su doctrina, el sujeto no quiere que el objeto de la compensación sea un reconocimiento de culpa del Estado, sino una forma de paliar un padecimiento, un tiempo de su vida que no va a recuperar.

Todo lo anteriormente mencionado deriva en la declaración como inconstitucional del apartado primero del artículo 294 de la LOPJ, redactándose unas nuevas líneas que disponen lo siguiente: "T*endrán derecho a indemnización quienes, después de haber*

sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le haya irrogado prejuicios". Así, se amplía enormemente la posibilidad de acceder al derecho de recibir indemnización, algo que con la antigua redacción era imposible en la práctica.

Por tanto, se alcanza, así, lo mencionado al comienzo de este apartado, es decir, se concederá derecho a recibir una indemnización cuando el sujeto perjudicado acredite los daños y perjuicios que ha sufrido por haberse visto privado de su libertad al aplicar la prisión preventiva indebidamente.

Tras la declaración de nulidad del artículo referido, numerosos perjudicados a los que se les aplicó la anterior doctrina del Tribunal Supremo, elevaron sus causas al Tribunal Constitucional, quien ha aplicado de forma sistemática en cada uno de ellos, cuando concurriera absolución de la imputación y perjuicio, la siguiente decisión: "*Retrotraer las actuaciones a la vía administrativa previa para que se resuelva la reclamación de responsabilidad patrimonial de forma respetuosa con los derechos fundamentales a la igualdad y a la presunción de inocencia*"[19]. Si bien, además de los requisitos que han de concurrir para su estimación, únicamente serán objeto de estudio los casos sobre los que no hubiera recaído resolución firme, con el fin de preservar la seguridad jurídica. Por tanto, solo se revisaron aquellos procesos que no hubiesen finalizado antes de la Sentencia del TC, a los que se les aplicó esta nueva doctrina.

B.2. Cuantificación.

Como guía para poder dar una posible respuesta a las cuestiones planteadas al comienzo de este epígrafe, voy a materializar toda la doctrina anterior por medio de jurisprudencia sobre esta materia, conociendo cómo se cuantifica este padecimiento según el caso concreto:

En primer lugar, considero interesante el estudio de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo 1348/2019, de 10 de octubre, con César Tolosa como ponente, en la que se indemnizó con 3.000 euros a un sujeto que estuvo en prisión preventiva 351 días,

[19] Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 138/2019, de 25 de noviembre. Recurso de amparo 1637-2014.

por orden del Juzgado de Instrucción de Hospitalet de Llobregat, por la imputación de un delito de violación y lesiones del que, finalmente, resultó absuelto. Por su parte, ya la Audiencia Nacional le reconoció el abono de 6.000 euros en concepto de dilaciones indebidas. Así, tras casi un año en prisión, obtuvo 9.000 euros.

En mi opinión, esta cantidad podría haber sido mayor si hubiera motivado mayores daños y perjuicios que los expuestos. Esto es, el sujeto alegó su joven edad, 31 años, y la carencia de antecedentes penales, pero sin hacer referencia alguna a los perjuicios laborales y/o familiares que también se devengan en estas situaciones.

El resultado de una mayor o menor indemnización va a ser el daño y los perjuicios que ese transcurso indebido en prisión haya ocasionado en cada caso, si bien, siempre bajo la prueba del solicitante. Es el perjudicado quien tiene que argumentar y documentar ese agravio y si, habiendo numerosas causas perjudiciales, solo se mencionan dos (como es el caso de la sentencia referida), el tribunal ajusta la indemnización, nada más ni menos, a aquellas dos.

Otra llamativa Sentencia es la dictada por el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, 3341/2020[20], de 13 de octubre, con Rafael Fernández Valverde como ponente. En ella se concede una indemnización por valor de 60.000 euros a una joven que pasó en prisión preventiva 579 días por la imputación de un delito de homicidio a su propio bebé recién nacido, en Melilla, del que, finalmente, resultó absuelta tras no poderse acreditar fehacientemente que tal fallecimiento se produjera como consecuencia de una conducta omisiva de la perjudicada. En lo que respecta a la indemnización, la joven alegó el padecimiento de numerosos daños y perjuicios tras vivir 579 días en prisión, tales como: sufrir depresión por la imputación de un delito tan grave, los daños morales sufridos por la madre y la pareja de la perjudicada y el grave trastorno que supuso su desplazamiento de Melilla a Málaga como consecuencia de la presión social y mediática que sufría en su lugar de residencia.

[20] Derecho.com: Lefebvre (02-11-2020). Disponible en: https://elderecho.com/indemnizacion-del-estado-a-una-mujer-que-paso-579-dias-en-prision-y-despues-fue-absuelta [Consultado el 27 de noviembre de 2022]

Si bien el Tribunal Supremo excluye de su valoración los daños causados a su entorno familiar y las comparecencias *apud acta*, sí incluye las circunstancias personales y familiares que alega la perjudicada, fijando la indemnización en 60.000 euros más los intereses legales desde la reclamación.

Tras la breve descripción de estas dos sentencias, hay que señalar que la absolución de los dos perjudicados surge de la aplicación del principio de presunción de inocencia por lo que, si no les fuese aplicable esta nueva doctrina instaurada por el TC, siguiendo el razonamiento clásico del TS, estos dos supuestos no hubiesen generado indemnización alguna en favor de los perjudicados pues el hecho imputado, el principio objetivo, sí existe, y no habría error del Estado.

Por ejemplo, para un procedimiento similar resuelto por la Audiencia Nacional (SAN 3806/2018), en fecha 2 de octubre de 2018, se solicitaba por parte del perjudicado una indemnización en cuantía de 700.000 euros tras haber pasado más de tres años en prisión preventiva por presuntos delitos de asesinato, amenazas y extorsión, de los que derivó absolución por insuficiencia de pruebas. Como la absolución se produjo por una estricta aplicación del principio de presunción de inocencia (recordemos, la "inocencia negativa"), no se contempló como hecho subsumible dentro del antiguo 294 LOPJ, (la "inocencia positiva" requería error judicial por inexistencia del hecho objetivo y subjetivo) y, por tanto, se desestimó la pretensión.

Es destacable la variación entre las indemnizaciones percibidas en los supuestos descritos. Esto se debe a lo referido al comienzo de este epígrafe: el cálculo de la indemnización no se produce tras una simple operación aritmética que determine una cuantía fija por día en prisión, sino que se atiende a las circunstancias personales de cada caso, al mayor o menor daño que el delito imputado y la estancia en prisión haya podido causar.

Considero que la razón de ser de esta práctica nace de la completa subjetividad que tiene la interpretación de cada vivencia. Es decir, grosso modo, lo que el Tribunal acuerda tras declarar prisión preventiva indebida es darle un valor económico al padecimiento. De este no se pueden extraer unos datos exactos que directamente determinen cierta cantidad en euros por día en prisión, pues el padecimiento en cada individuo es completamente personal. Cada uno ingresa en prisión con unas circunstancias laborales, familiares y

psicológicas, por lo que el internamiento no supone lo mismo para estos y, además, el tribunal lo desconoce. Es por ello que se pide su acreditación. Ante esto no se imponen límites. Cada perjudicado puede aportar pruebas de todo aquello que haya padecido o del empeoramiento de las circunstancias que le rodean (como las que afectan a la familia o el empleo) y, sobre esto, adjudicarle el valor económico que ellos estimen por la pérdida de tiempo, calidad de vida o relaciones.

Si bien es cierto que las indemnizaciones que se acepten no van a ser iguales en todos los casos; gracias al estudio realizado por Gabriel Doménech Pascual[21], he podido tener una visión general de la jurisprudencia del TS que trata de fijar una serie de "pautas", un guion, que "*sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnización"*[22].

A medida que se van sumando los procedimientos sobre esta materia, se conocen nuevas causas generadoras de derecho a indemnización que se van uniendo a las ya previstas. Al final, aproximadamente, podrían reunirse las siguientes: angustia, ansiedad, desprestigio social, honorabilidad, inseguridad, romper con el entorno, frustración, inquietud, temor, irritación o fastidio, pérdida de tiempo, inteligencia disminuida por perder oportunidades de estudio, pérdida del empleo, depresión, la edad y circunstancias familiares. Se trata de una serie de daños y perjuicios que suponen la mayoría de las reclamaciones, si bien habrá otros muchos sin mencionar.

Además, al margen de predisponer una serie de consecuencias "tipo" derivadas de la prisión preventiva, se ha acordado por la doctrina de este Tribunal que la indemnización se individualice en una cuantía que vaya en consonancia con el daño causado y el tiempo transcurrido.

Considero positiva esta línea de actuación del TS porque, partiendo de que este Tribunal reconoce una serie de "padecimientos fijos", facilita la prueba a quien lo alega. En mi

[21] Doménech. G. La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas, en Gómez Pomar, F., Marín García, I., El daño moral y su cuantificación. Editorial Bosch. Barcelona, España. 2017, Págs. 12-17.

[22] STS 3, Sección 6, del 26 de junio de 1999 (Rec. 2475/1995, RJ 7638, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate).

opinión, el punto de partida es distinto, pues ya cuentan con el reconocimiento del Tribunal, es decir, este conoce los daños y perjuicios que la prisión preventiva puede irrogar en un sujeto, por lo que la prueba, aunque necesaria, podrá ser menos exhaustiva.

B.3. Solicitudes de indemnización y resoluciones.

Como se ha explicado en los apartados anteriores, la modificación de la doctrina del TS es, prácticamente, reciente y, además, el TC rechazó retrotraer aquellos procedimientos sobre los que hubiera recaído ya sentencia firme. Así, ¿Cuántas peticiones se han recibido en este tiempo? ¿Cuántas habrán sido aceptadas? ¿Supone un notable gasto para el Estado español?

Gracias a la información que aporta una fuente secundaria sobre la Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, he podido acceder a una solicitud informativa realizada por un usuario en el año 2020[23], al amparo de la Ley de Transparencia.

La información obedece al número de resoluciones totales por el supuesto que enmarca el artículo 294.1 LOPJ ("*prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre*"), cuántas de ellas fueron resueltas favorablemente y, por el contrario, rechazadas. La información se ofrece en un único dato para el periodo que sigue desde el año 2000 hasta el 2019. Se trata de la siguiente:

[23] maldita.es (2020): "El Estado indemniza anualmente con más de 100.000 euros a personas que estuvieron en prisión preventiva y fueron finalmente absueltos". Disponible en: https://maldita.es/malditodato/2020/10/02/indemnizacion-prision-preventinva-absolucion-sobreseimiento-caso-espana-carcel/ [Consultado en: 27 de noviembre de 2022].

Tabla de Contenido Número 1: Información DGRAJ, obtenida por *Maldito Dato*. España. 2000-2019

	DATOS TOTALES PERIODO 2000-2019	**PORCENTAJE SOBRE EL TOTAL**
ESTIMADAS	140	3,78%
DENEGADAS	3.558	9631%
RECLAMACIONES Y RESOLUCIONES TOTALES		**3.694**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la DGRAJ, obtenidos por Maldito Dato.

En los veinte años que engloba este período, de todos los autos decretando la prisión preventiva, se han reclamado un total de 3.694. Los enjuiciadores, para cada caso, resolvieron denegando casi la totalidad de éstas, un 96% aproximadamente. Y, por el contrario, estimando el derecho a recibir indemnización a un 4%, aproximadamente, de ellas.

A pesar de conocer los datos anuales que se ofrecen sobre los sujetos que se encuentran bajo la aplicación de esta medida cautelar, y que los datos anteriores recogen un período de veinte años, podríamos, en primera instancia, calcular anualmente los autos que son reclamados, los que no, las estimaciones y las denegaciones. Sin embargo, los datos correspondientes a la prisión preventiva no son constantes en el tiempo; de hecho, aumentan con el paso de los años, por lo que serían datos inexactos o erróneos.

Por otro lado, esta Dirección General sí ha podido calcular anualmente, en datos generales y aproximados, cuánto gasto suponen para el Estado las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial. Para ello aporta un dato total para la veintena de años y refleja lo que supondría en términos anuales. Así:

Tabla de Contenido Número 2: Gasto por Indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado. España.

INFORMACIÓN	EUROS
Gasto por resoluciones estimadas (2000-2019)	**2.072.695,38**
Gasto anual por resoluciones estimadas	**103.634,76**

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos proporcionados por la DGRAJ, obtenidos por Maldito Dato.

Por tanto, por las 140 reclamaciones estimadas, el Estado gasta más de dos millones de euros y, aproximadamente, más de cien mil, si las cifras son anuales.

Claramente, el dato anual en la práctica irá fluctuando en virtud de si al sujeto perjudicado le corresponde el derecho a ser indemnizado, o no, por lo que no tiene por qué crecer en la misma medida que aumentan los casos de aplicación de la medida cautelar. Son variables que no dependen de los mismos factores. Se pueden decretar, por ejemplo, en el año x, diez prisiones preventivas, de las que resulten absueltos o sobreseídos 5 sujetos y en el año x+1 que se aplique la medida cautelar en quince casos, de los que se absuelva o sobresea a dos perjudicados. Conocemos, por tanto, esa tendencia creciente que sigue la aplicación de la prisión preventiva, pero no la tendencia de las resoluciones o término de ésta, ni, por tanto, cuánto gasto supondrá en un futuro.

C. EL ABONO DE LA PRISION PREVENTIVA EN CAUSA DISTINTA

El Diccionario panhispánico del español jurídico[24] define la figura del abono de la prisión preventiva como una operación mediante la cual el tiempo que una persona ha permanecido en prisión provisional se le descuenta de la condena impuesta en la causa en la que en su momento se decretó dicha medida cautelar. En ningún caso, un mismo período de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.

[24] DPEJ (2022), *Definición de abono de la prisión provisional.* Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/abono-de-la-prisión-provisional [Consultado en 18 de diciembre de 2022].

Dentro de la definición enunciada se incluye lo que el artículo 58 de nuestro CP expone en el primero de sus apartados. En este artículo se encuentran las claves del abono de la prisión provisional, siendo las siguientes:

> *"1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa.*
>
> *2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.*
>
> *3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.*
>
> *4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente*".

El primero de los apartados del citado artículo hace mención al abono de la prisión preventiva en misma causa, que es la forma estricta o propia de abono de esta medida cautelar. En este caso, lo que se hace es el descuento del tiempo transcurrido en prisión provisional del cómputo total que se disponga en la ulterior condena. De esta forma, cuando, finalmente, se impone una condena, el reo podrá descontar del cumplimiento de su pena el tiempo que ya ha cumplido como privado de libertad. El poder valorar el padecimiento previo a la condena y permitir que se cuente como tiempo efectivo en prisión es innegablemente positivo y lógico, si bien considero que habría que tener en cuenta que esa fracción de condena se ha cumplido sin el acceso a los beneficios

penitenciarios que un reo común dispone. De hecho, se puede afirmar que la prisión provisional goza de todos los contras de una pena común, y ninguno de sus beneficios.

Esta forma de abono, en la práctica, no genera controversia; la problemática suele aparecer cuando lo que se pretende es compensar ese tiempo en una causa distinta a la que motivó la aplicación de la prisión provisional. Esto es, el abono en causa distinta o impropio, que incluye el artículo 58 de nuestro CP en sus apartados segundo y tercero. Estos hacen referencia a la posibilidad de abono cuando la causa distinta ya haya finalizado pues, como se puede observar, las referencias son "*al penado*" y a "*la pena*", y solo pueden ser penado y pena cuando ha recaído sentencia firme en el procedimiento.

Esta rigidez en la forma de aplicación que acota tanto la posibilidad de abono tiene su razón de ser en que no se genere una especie de *cheque* para poder delinquir. Esto es, lo que se determina es que, para poder convalidar este abono en una causa distinta, el sujeto ha tenido que cometer este hecho delictivo antes de que se le aplicase la medida cautelar pues, si fuese al contrario, se podría abusar de ese tiempo que permaneció en prisión preventiva y "canjearlo" en futuras condenas.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 547/2019, de 12 de noviembre, unificadora de doctrina, dispone lo que sigue: "*solo en defecto de la posibilidad de hacerlo en la misma causa donde se sufrió; exigiendo como requisito que la causa en la que se ordenó el periodo de prisión provisional que se pretende abonar en otra, haya finalizado o por sentencia absolutoria o condenatoria con imposición de una pena inferior al periodo de prisión provisional sufrida. […] Declaramos que procede unificar la discrepancia formulada, señalando como doctrina legal unificada que no es posible el abono en una ejecutoria, de la prisión preventiva o medidas cautelares, adoptadas en otra causa que aún se halla en tramitación, sin haber concluido definitivamente*"[25].

Así, se exige para el abono en causa distinta una sentencia absolutoria o que la pena impuesta sea inferior a la prisión provisional padecida, lo que significa que el procedimiento ha de estar terminado, no siendo posible el abono cuando la causa permanezca en trámite.

[25] STS 547/2019, 12 de noviembre. Número de Recurso: 10403/2019. Recurso de casación para la unificación de doctrina.

Es importante señalar que el abono de la prisión preventiva en causa distinta no se aplica de manera automática, sino que debe ser solicitado por la defensa del acusado y valorado por el juez o tribunal que dicta la nueva sentencia. Además, el abono de la prisión preventiva en causa distinta no puede superar el límite máximo de la pena de prisión impuesta en la nueva causa.

El abono de la pena no constituye una opción a disposición del juez, sino que es una obligación para él, es preceptivo. Debe darse en la fase de ejecución, siendo dispensable su mención en la sentencia. Tal resolución puede ser recurrida por medio de recurso de casación. Además, para el caso en que concurran hechos no susceptibles de abono, la reparación del daño causado debe darse mediante el correspondiente expediente de indemnización por error judicial o funcionamiento anormal de la justicia, ya explicado.

D. LA DURACIÓN EXCESIVA DE LA MEDIDA CAUTELAR

Los límites temporales en la aplicación de la prisión provisional los dispone el artículo 504 de nuestra LECrim que, a continuación, expongo en la siguiente tabla de contenido para su mejor ilustración:

Tabla de Contenido Número 3: Límites temporales de la prisión preventiva. España.

Caso general: "Si existe fundamento de riesgo de fuga o de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, sobre todo en casos de reiteración delictiva o de violencia doméstica."			
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEL DELITO	DURACIÓN MÁXIMA DE LA P.P.	PRÓRROGA (Solo una)	**DURACIÓN TOTAL POSIBLE**
Igual o menor a 3 años	1 año o menos	Hasta 6 meses	Hasta 1 año y medio
Más de 3 años	2 años o menos	Hasta 2 años	Hasta 4 años

Caso especial: "Si se ha interpuesto para prevenir la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de pruebas que son claves para el juicio."			
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEL DELITO	DURACIÓN MÁXIMA DE LA P.P.	PRÓRROGA (Solo una)	**DURACIÓN TOTAL POSIBLE**
Indiferente	6 meses o menos	No	Hasta 6 meses

Fuente: Elaboración propia a partir de lo dispuesto en el artículo 504 de nuestra LECrim.

Tras lo expuesto, claro es que no en todos los supuestos se tiene que agotar el tiempo máximo previsto de prisión, pero es cierto que, si hay un plazo máximo delimitado, hay supuestos que lo alcanzarán o pueden llegar a hacerlo.
En mi opinión, cuando al sujeto privado de libertad provisionalmente se le aplica uno u otro rango, en función de la posible pena que se pueda llegar a imponer por el delito cometido, se está poniendo al mismo nivel la figura de la prisión preventiva y el castigo que supone la privación de libertad, tornando esta primera en una condena anticipada en base a un supuesto prejuzgado.

Esta medida cautelar trata de asegurar unos fines y prevenir posibles daños en el proceso, pero, ¿por qué el tiempo para asegurar esos fines es directamente proporcional a la pena que puede llegar a imponerse en supuesto de que se enjuiciara? Considero que, por ejemplo, el riesgo de fuga, de ocultación o de dañar bienes protegidos de la víctima, que motivan la prisión preventiva, no conocen de una mayor o menor concurrencia si el delito que se investiga puede ser penado con una privación de libertad de 1 o 2 años. Siendo así, se parte de que el tipo de delito que se investiga es el que delimita el tiempo, como si de una condena al uso se tratase.

El período de privación preventiva de libertad debería tener una concepción distinta a la actual, lo que en su origen se supone es. Es decir, una medida realmente cautelar que estará vigente el tiempo estrictamente necesario para alcanzar los fines descritos anteriormente en este trabajo, atendiendo a un límite máximo en que una persona pueda estar privada de libertad sin que haya una sentencia condenatoria firme que disponga lo contrario. Y ese límite máximo deberá ser general para todo sujeto, del mismo modo que

a la detención preventiva se le establece un plazo máximo de 72 horas, independientemente de la causa que motivase la detención.

Dado que es plenamente legítima la razón de ser de la prisión provisional, habría que actuar con mucha cautela en su aplicación y no perder de vista que se está encerrando a un sujeto no condenado firmemente. Si nuestro Ordenamiento Jurídico nos da grandes posibilidades de defensa y varias instancias para asegurar una sentencia justa, no debería ser de Ley anticipar que, por ejemplo, un sujeto pase en prisión de 2 a 4 años por un presunto delito de homicidio que se está investigando o ha sido recurrido. Sí lo sería que, si este sujeto ha de ser privado de libertad provisionalmente porque de forma motivada se requiera, permanezca en prisión únicamente lo necesario para asegurar los fines cautelares. Siendo este tiempo máximo para él o para cualquier otro preso preventivo, sin distinción del delito a investigar. Y, una vez investigado, se ponga en libertad pues a todos los efectos es una persona inocente que está encausada, hasta que haya una resolución firme que disponga lo opuesto.

Una posible propuesta a este respecto podría ser el establecimiento de un plazo máximo de 6 meses para la prisión provisional, sin posibilidad de prórroga de la misma. De esta forma, se obligaría al enjuiciador al cumplimiento de los plazos, obteniendo el fallo en el menor tiempo posible y, como máximo, en 6 meses. Considero que este tiempo sería suficiente para poder determinar o no el nivel de implicación del investigado, pues ya ha sido necesario que para la aplicación de la medida cautelar haya indicios de criminalidad. Quizás, tal y como se encuentra actualmente el sistema judicial, esta propuesta no es viable, pero ha de enmarcarse en un momento en el que se destinen los recursos humanos y materiales necesarios para lograrlo. La gravedad de la medida requiere de esos recursos y de la aplicación rigurosa, eficaz y eficiente de la misma.

Por su parte, una de las principales causas que, a mi entender, incrementan la vigencia de estos periodos tan largos es la dilación indebida del proceso, imputable a la Administración. La falta de personal o la saturación del sistema judicial español ralentiza los tiempos en cada fase del procedimiento y, precisamente, nuestro sistema judicial es muy garantista, lo que supone la concurrencia de muchas fases en los procedimientos.

Bajo mi punto de vista, cuando se plantee en un procedimiento la prisión preventiva para el sujeto, la forma en la que se desarrolle el proceso debería ser distinta, los plazos deberían ser cortos y tendría que existir la figura de un juez encargado únicamente del estudio de las medidas cautelares para agilizar el proceso y garantizar los derechos del preso preventivo. Con la creación de esta nueva figura se podrían disminuir los tiempos máximos en prisión preventiva, pues ¿se requieren 6 meses como máximo para evitar la destrucción de pruebas?, por ejemplo. Si se obligase a la Administración a cumplir unos plazos razonablemente más cortos se reduciría el perjuicio que se ocasiona con esta figura y se finalizaría antes la fase de investigación.

Lo cierto es que lo expuesto en el párrafo anterior es una realidad preocupante y no una mera opinión personal. De hecho, estos temas se abordan en el Anteproyecto de reforma de la LECrim, de 26 de enero de 2021, cuya aprobación sigue pendiente. Este anteproyecto trata temáticas distintas a reformar o añadir en nuestra, más que centenaria, Ley. Uno de los temas a implementar es la figura de la prisión preventiva. Lo que propone este nuevo texto, que puede cambiar la medida cautelar tal y como se concibe actualmente, es lo siguiente:

- Crear la figura del juez de garantías
- Disminuir los plazos de la instrucción
- Reducir la duración máxima de la prisión provisional
- Revisión trimestral sobre las causas que motivan la medida cautelar
- Nuevas reglas para el abono en misma causa del tiempo transcurrido en prisión preventiva

De esta forma, los actuales jueces de instrucción pasarán a ser jueces de garantías encargados de velar por la no vulneración de los derechos fundamentales del privado de libertad y de autorizar medidas cautelares como la prisión preventiva. Por su parte, será el Ministerio Fiscal quien se encargue de la instrucción del procedimiento. A su vez, si esta nueva figura judicial se encarga de revisar de forma trimestral la concurrencia o no de las causas que motivaron la entrada en prisión, se estaría ante una de las mayores medidas para la reducción de la duración de prisión preventiva. Una supervisión periódica que tenga en cuenta las circunstancias actualizadas del sujeto para determinar si debe

permanecer o no en prisión provisional es algo tan lógico y necesario que sorprende no se aplicase desde los inicios de esta figura.

Son medidas que obligan la revisión de estas decisiones que, dada la gravedad e importancia de su aplicación, el seguimiento periódico es base para garantizar su funcionamiento, correcta aplicación y no vulneración de los derechos fundamentales de quien la soporta.

En cuanto a la reducción literal del tiempo de duración, lo que se propone en el Anteproyecto es lo siguiente:

Tabla de Contenido Número 4: Propuesta de límite temporal de la prisión preventiva. España.

Caso general: "Si existe fundamento de riesgo de fuga o de peligro para los bienes jurídicos de la víctima, sobre todo en casos de reiteración delictiva o de violencia doméstica."			
PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DEL DELITO	DURACIÓN MÁXIMA DE LA P.P.	PRÓRROGA (Solo una)	**DURACIÓN TOTAL POSIBLE**
Igual o menor a 5 años	1 año o menos	Hasta 6 meses	Hasta 1 año y medio
Más de 5 años	2 años o menos	Hasta 1 año	Hasta 3 años

Fuente: Elaboración propia a partir de lo dispuesto en el Anteproyecto de reforma de nuestra LECrim, de 26 de enero de 2021.

Así, se plantea ampliar la horquilla que encasilla al sujeto en uno u otro rango y, para los delitos con mayor pena, reducir el tiempo máximo de prórroga. En mi opinión, aunque la duración total posible en el segundo supuesto pueda llegar a ser un año menor, no se elimina la problemática expuesta al comienzo de este apartado y el problema de la generalización y la pena anticipada seguirían vigentes.

La última de las reformas indicadas creo que sí podría tener un buen efecto sobre la aplicación de esta medida cuando realmente se requiera. Esto es, se plantea que el abono en misma causa deje de ser un día como preso preventivo equivale a un día menos de condena. Dado que, como gran parte de la doctrina afirma, no se puede equiparar el padecimiento de un preso cautelar (sorpresividad de la medida, no beneficios penitenciarios, ruptura abrupta de lazos familiares y laborales, ente otros) con el de un preso común, con sus beneficios penitenciarios. Se abre la puerta a una nueva forma de abono en la que un día como preso preventivo valga más que un día de condena. Este hecho, a mi parecer, puede actuar como condicionante para el juez que autorice la entrada preventiva en prisión, pues analizará detenidamente los motivos que la avalan o no, ya que, en caso de futura condena, puede suponer una reducción considerable de la pena. Considero acertada esta implementación de la Ley, pues no puede tener el mismo valor el tiempo que un sujeto objetivamente inocente padezca en prisión, frente al que pase otro objetivamente culpable.

El tiempo que se vive como preso preventivo no es cosa menor y, actualmente, es muy elevado. Creo que las reformas que se exponen en el citado Anteproyecto no solo reducen literalmente los plazos, sino que obligan a la revisión, a la adopción motivada y el estudio minucioso de la concurrencia de esta institución cautelar, que será sin duda mucho más efectivo a la hora de la reducción y, aún más, de la adopción de la prisión preventiva, que una disminución de literal de los plazos.

E. EL INCREMENTO DE LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA COMO MEDIDA CAUTELAR

Como tema para cerrar este epígrafe, en el que se han visto algunos de los elementos más controvertidos en la aplicación de la prisión preventiva, se encuentra el asunto del incremento del uso de esta medida cautelar con el paso de los años.

Para poder apoyar lo anterior, se h acudido a los datos de estadística penitenciaria que nos aporta la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de mano del Consejo General

del Poder Judicial[26], elaborando a partir de los datos recabados las siguientes tablas estadísticas que se muestran a continuación:

Tabla de Contenido Número 5: Datos sobre la población reclusa. España. 2017-2022.

AÑO	PRESOS TOTALES	PRESOS PREVENTIVOS TOTALES	PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS SOBRE EL TOTAL
2017	58.814	8.362	14,22%
2018	58.883	9.205	15,63%
2019	58.517	9.452	16,15%
2020	55.180	8.672	15,71%
2021	55.097	8.849	16,06%
2022	55.751	9.025	16,18%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos que aporta el CGPJ.[27]

Como se puede observar, los datos obtenidos engloban 6 años, desde 2017 hasta 2022, siendo éstos los más recientes. Es destacable que, de forma general, el número de presos totales ha ido disminuyendo con el transcurso de los años y, sin embargo, el número de presos preventivos sobre el total se ha incrementado. Claro es, que los datos que nos ofrece el año 2020 reflejan tanto una reducción de presos totales como una reducción de presos preventivos, si bien estos datos no se pueden considerar como reflejo de la realidad carcelaria, pues atienden al tiempo de pandemia mundial, en el que vivimos multitud de restricciones a la movilidad y a la reunión, razón que justifica una menor delincuencia. De hecho, en el año 2021, en el que continuábamos con ciertas restricciones, algo más laxas que en el año 2020, se puede observar el incremento porcentual de presos preventivos con respecto a los totales.

[26] CGPJ (2022) Datos penales, civiles y laborales. Datos de la población reclusa. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/ [Consultado el 25 de enero de 2023]

[27] CGPJ (2022) Datos penales, civiles y laborales. Datos de la población reclusa, op.Cit.

Otro dato que he podido obtener de la misma fuente es la cantidad de presos que, finalmente, han sido penados cada año, que expongo en la siguiente tabla de contenido:

Tabla de Contenido Número 6: Datos sobre la población reclusa. España. 2017-2022.

AÑO	PRESOS PREVENTIVOS TOTALES	PRESOS PREVENTIVOS PENADOS	PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS PENADOS SOBRE EL TOTAL
2017	8.362	729	8,71%
2018	9.205	746	8,10%
2019	9.452	730	7,72%
2020	8.672	600	6,91%
2021	8.849	769	8,69%
2022	9.025	797	8,83%

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos que aporta el CGPJ.[28]

Se ha expuesto en apartados anteriores que la prisión preventiva se está generalizando, entendiendo como generalización el justificar la aplicación de esta medida cautelar con mismos motivos en multitud de procedimientos de índole distinta, haciendo una mención especial al frecuente uso que se le está dando a la motivación por riesgo de fuga. La falta de individualización y de concreción en cada presupuesto nos lleva a la estandarización de los procedimientos.

También es de reconocimiento que nuestro país no se encuentra a la cabeza de los países europeos con mayor población de presos preventivos sobre el total. De hecho, nos encontraríamos al final de la lista, pues la media europea se encuentra en el 25,70%, siendo la media española del 15,55%.

Dentro del límite que enmarcó el TEDH, explicado en el epígrafe séptimo, apartado B, de este trabajo, para la aplicación de la prisión preventiva, cada nación la pone en práctica

[28] CGPJ (2022) Datos penales, civiles y laborales. Datos de la población reclusa, op. Cit.

en mayor o menor medida, dependiendo de lo que disponga la Ley penal de cada una. Es por ello que hay naciones que harán un uso frecuente de la medida, mientras que otros mantienen unos presupuestos necesarios para su aplicación estrictos que evitan generalizarla.

Por lo que a este apartado respecta, el CEDH dispone en sus artículos quinto y sexto los derechos de libertad y seguridad y del acceso a un proceso equitativo. La regulación de la prisión preventiva se encuentra en el apartado primero, letra C, del artículo quinto, disponiendo una de las situaciones que suscitan la privación de libertad: "*Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido*"[29]. A lo anterior, añade el apartado tercero del mismo artículo: "[...] *deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado a juicio*"[30].

Consecuentemente, las partes del Convenio citado se comprometen a reconocer lo anterior a todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción. Diríamos que es el mínimo a cumplir sobre el que, posteriormente, los Estados Miembros pueden añadir lo que, en su caso, se estimen propios.

Aunque los números jueguen a nuestro favor en el plano europeo, sigue siendo preocupante que esta medida cautelar tan extraordinaria y limitativa de derechos tenga un papel tan protagonista en la práctica judicial actual. La ampliación de medios para tener una mayor cantidad de funcionarios que puedan desahogar el sistema judicial, un mayor presupuesto para poder acceder a medidas cautelares menos restrictivas y una mayor exigencia en las motivaciones que, de forma exhaustiva, justifiquen la aplicación de la prisión preventiva individualizando en cada caso concreto, son medidas necesarias en el sistema judicial español que se deberían adoptar para poder garantizar que la prisión

[29] Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5.1.c)
[30] Convenio Europeo de Derechos Humanos. Artículo 5.3.

preventiva es una medida que producirá más efectos favorables que daños en los derechos y libertades de los sujetos que la padecen.

8. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. MENCIÓN ESPECIAL A LA FIGURA DE LA CÁRCEL ELECTRONICA

Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge ya diferentes medidas cautelares alternativas a la figura de la prisión preventiva, siendo, entre otras, la fianza personal, la retención del pasaporte, la retención del permiso de conducir, el alejamiento e incomunicación del potencial agresor con la víctima o la orden de protección. Lo cierto es que, en ocasiones, se podría sustituir la privación de libertad cautelar por alguna de estas otras medidas enunciadas para salvaguardar el mismo fin. Si bien es de reconocer que, en las situaciones más límites, es posible que la aplicación de estas medidas cautelares no sea suficiente.

Es de destacar la Resolución Número 22, de 9 de abril de 1965, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recomienda algunas medidas cautelares alternativas a la prisión provisional. Entre ellas se encuentra la vigilancia domiciliaria, la orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización por parte del juez, la prestación de fianza, la retirada del pasaporte o similares y el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada.

Como se puede comprobar, algunas de estas medidas encajan con las que propone nuestra LECrim, por lo que, en casos señalados, se seguirían sin cubrir ciertos espacios jurídicos que teóricamente sí salvaguarda la prisión preventiva.

Desde mi punto de vista, la mejor de las formas para poder salvaguardar los fines de la prisión preventiva sin aplicar una medida que sea tan gravosa como esta, sería por medio de una especie de vigilancia domiciliaria, como la que recoge el artículo 508 de nuestra Ley de Enjuiciamiento criminal[31].

[31] *"El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional del investigado o encausado se verifique en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud".*

Me refiero a una "especie" de vigilancia domiciliaria porque considero que una aplicación estricta de esta medida cautelar, generalizándola para su aplicación indistinta en investigados sanos o enfermos, puede llegar a suponer, más que una medida cautelar, una pena en sí misma al producir efectos prácticamente idénticos que los que se producirían en caso de estar interno en un centro penitenciario. Si bien, podría ser una opción bastante más beneficiosa que perjudicial, pues se eliminarían aspectos tan negativos de la prisión preventiva como la relación de internos culpables con sujetos objetivamente inocentes, el posible reproche social, laboral o familiar o el trastorno moral por vivir el tiempo estimado en un centro penitenciario, entre otros.

Considero que, para los casos en los que se pretenda impedir la fuga del sujeto, la reiteración delictiva o la destrucción de pruebas, se podría acudir a esta medida restrictiva de libertad, plenamente posible, pues ya se aplica el control de sujetos con mecanismos mecánicos, electrónicos e informáticos y la localización de la ubicación está a la orden del día en nuestra actualidad. Creo que esta reclusión provisional del individuo dentro de su domicilio podría asegurar ciertos fines que trata de cubrir la prisión preventiva, permitiendo en ocasiones que éste pueda continuar sus vínculos familiares, sociales y hasta laborales, gracias a la figura del teletrabajo. Claro es, que habría que estar a la implementación o el endurecimiento de esta medida para los casos en los que el sujeto este privado de su libertad cautelarmente para que no pueda relacionarse con su entorno (terrorismo, banda armada, violencia de género, entre otros).

En añadido a lo anterior, sería crucial que, junto a ese control telemático, se produjese la supervisión humana. Que a cada investigado se le adjudicase un vigilante encargado de acudir a su domicilio para asegurar los fines que se estén persiguiendo con la aplicación de esa medida cautelar. Existiendo ya este tipo de medidas para, por ejemplo, individuos con toxicomanías, sería un gran avance extrapolar los conocimientos que se tienen sobre el uso de esta figura para su correcta aplicación en el sector penitenciario, implementando el sistema actual con los avances tecnológicos que surgen a diario, como puedan ser videollamadas a cualquier hora del día, sistemas de fichaje telemáticos, localizadores con sistema GPS, entre otros. Creo que, conservando las medidas cautelares alternativas que prevé nuestra legislación y añadiendo otras más adaptadas a nuestro tiempo, podría darse la posibilidad de configurar una medida cautelar perfecta para cada caso y preservar la

prisión provisional para los casos más extremos que surjan en la casuística y se cumpla verdaderamente la excepcionalidad que se espera de esta medida. Esto es, claramente por medio de la aplicación preventiva de la prisión se salvaguardan los fines que persigue, pues no hay forma de vulnerar ninguno desde un centro penitenciario, pero, sin duda, hay otras formas menos gravosas de conseguir el mismo resultado, que se deberían aplicar con carácter preferente.

Hay que decir, además, que el uso de medios electrónicos para el control del investigado supondría un gran ahorro estatal, al no tener que hacer frente a la manutención y al mantenimiento de los presos preventivos y la reducción de la población carcelaria que evitaría la concurrencia de posibles hacinamientos en las instituciones.

Vivimos en una sociedad en continuo cambio, que es capaz de adaptar las nuevas tecnologías para el beneficio propio y, si a esto se le suma que es principio básico del Derecho Penal el aplicar lo más beneficioso para el reo en caso de duda, por qué no seguir aplicando lo más beneficioso para la gran duda que supone la prisión provisional, si con las medidas de control telemáticas se pueden garantizar los fines que esta persigue.

9. CONCLUSIONES

A lo largo del desarrollo de este Trabajo se han expuesto diferentes ideas sobre la medida cautelar de la prisión preventiva y se ha aportado cierta valoración personal a medida que este ha avanzado.

Las ideas principales que resultan de todo lo estudiado son:

I. **Las consecuencias negativas de la prisión preventiva**. Una de las afirmaciones más claras que hay sobre la prisión preventiva como concepto es que ésta incluye todos los inconvenientes que tiene una pena y ninguna de las ventajas o beneficios a las que pueden acceder los penados. Considero que la razón de lo anterior es que, al ser una medida cautelar, no ha de cumplir la finalidad que se adscribe a la pena en sí misma, que es la reeducación y reinserción social, amparadas por el artículo 25.2 de nuestra CE, pues el fin primordial de esta medida es la retención

y custodia del sujeto para que permanezca a disposición judicial. Si bien el problema nace a raíz de la duración de esta medida, en ciertos casos.

El hecho de que los sujetos permanezcan en prisión, aunque ésta sea provisional, puede suponerles un mayor empobrecimiento y detrimento de su salud mental y drogodependencia, si fuese el caso. Es posible que, para la consecución de los fines que persigue esta medida cautelar, sea necesario cierto aislamiento total o parcial y ningún beneficio penitenciario durante el tiempo justo de ese fin; sin embargo, poder llegar a permanecer cuatro años como preventivo sin la obligación, por parte de la Administración Penitenciaria, de facilitar a los internos en situación provisional de beneficios penitenciarios en materia de enseñanza o cultura, entre otros, puede suponer y supone una condena más grave para el que, de hecho, no ha sido condenado, que para el que sí.

II. **La falta de motivación exhaustiva**. Es posible que como fallos principales que existen en la aplicación de esta medida sean la superficialidad y la contundencia con la que se aplica. La falta de una extensa motivación que sea individual para ese proceso, y no frases expuestas por defecto, elimina la excepcionalidad de la prisión preventiva que es parte fundamental de su esencia. En añadido, también es una problemática que se aplique de forma tan incondicional, sin valorar la posible conveniencia de medidas alternativas. Como he señalado, es una problemática de aplicación de la medida cautelar. La medida en sí misma tiene vocación de justicia. Se podría decir que es un mal necesario para salvaguardar bienes jurídicos más urgentes. Si bien, si la medida no se ejecuta de forma fiel a los principios que la rigen, se pierde el sentido original por el que se creó esta figura y se impone un mal, ya injustificado, sobre un sujeto no culpable.

III. **La excepcionalidad**. Se trata de una de las características más cruciales y que ha de estar siempre presente en la adopción de esta medida. De hecho, la forma general de actuar debería ir siempre encaminada a la libertad del sujeto y que la prisión preventiva solo actuase cuando fuese imprescindible y no hubiera otra medida igual de eficaz para el mismo fin. Considero que el umbral actual (de dos años) para plantear la medida no ayuda a que la excepcionalidad pueda ser

garantizada pues, no son delitos excepcionales, dentro de esa horquilla hay multitud y de muy diversa índole.

IV. **La presunción de inocencia.** Es fundamental comprender que el sujeto encerrado preventivamente continúa siendo inocente. Si se le etiqueta como presunto delincuente se estaría haciendo un juicio de valor anticipado, se prejuzgaría el asunto. Es irremediable que en ciertos casos sea necesario apartar del procedimiento y de la sociedad al, o a los sujetos, implicados para salvaguardar lo necesario. Sin embargo, asumiendo la gravosidad de esta medida hay que aplicarla con cautela y únicamente cuando sea estrictamente necesaria y subsidiaria, cuando no podamos sustituirla con alguna otra medida que incida menos en nuestras prerrogativas individuales. De hecho, de no tener un fin tan necesario y justificado, en última instancia, se trata de una figura que priva del mayor de los derechos a un inocente sin recaer sentencia firme en su contra.

Por lo anterior, una ejecución de esta medida sucintamente motivada o indebidamente utilizada por poder sustituirse por otra menos grave, hace que sea plenamente ilegítima y vulnere los principios que la consagran, tanto a ella como a nuestro Estado de Derecho.

V. **El incremento anual de presos en situación preventiva.** En España, los datos estadísticos son claros, y el índice de presos preventivos aumenta cada año. ¿Significa lo anterior que en nuestro país se abusa de esta medida cautelar? No necesariamente. El número de presos preventivos podría aumentar por cuestiones de procedencia. Lo que indica un posible abuso de la medida es la motivación, la ejecución de la misma. Que esta se aplique de forma rigurosa y exhaustiva de acuerdo con lo que dispone nuestro legislador. De esta forma, sería una aplicación abusiva el considerar como indicios de criminalidad meras conjeturas o sospechas, o argumentar la concurrencia de riesgo de fuga por la nacionalidad del sujeto en cuestión, el carácter mediático del caso o el nivel económico del investigado. En añadido, supondría un gran abuso, por encima del resto, no considerar alternativas a esta medida.

VI. **Las claves para la implementación de la prisión preventiva.** A lo largo de la exposición que se ha hecho sobre esta figura, cabe resumir en dos puntos cuáles son las debilidades principales de esta institución, cuyo cambio supondría un giro a los datos tan alarmantes que se obtienen cada año en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva. Estos dos puntos clave han sido reiterados en multitud de ocasiones; por un lado, sería el establecimiento de un plazo máximo general de prisión provisional, que se ha propuesto en seis meses, y, por otro, una mayor dotación de medios humanos y materiales para que se pueda hacer frente de forma eficiente y eficaz a la gran demanda que hay en los juzgados españoles, que se encuentran colapsados. Estas dos mejoras, unidas, conseguirían que los enjuiciadores tuviesen más tiempo de detenerse en profundizar en el caso (al tener un menor volumen de trabajo), que decidiesen sobre la aplicación de esta medida cautelar a conciencia y cumpliendo, en todo caso, con un plazo máximo, igual para todos.

VII. **El legislador.** Creo necesario que el legislador ha de poner en tela de juicio la realidad con la que se aplica esta figura y reforzarla para que en la casuística no haya lagunas, cuyo padecimiento supone la privación del mayor de los derechos del hombre y aquellos demás que se aparejen.

Lo cierto es que la legislación no siempre es perfecta, requiere de implementaciones, reformas y derogaciones en función de los diferentes casos, bajo un mismo tipo de hecho, que se pueden dar y en función de cómo la sociedad evolucione en el tiempo. Esta medida cautelar requiere de reforma. Se necesita que la esencia de la medida cautelar siga persiguiendo los fines legítimos que la amparan, pero que evolucione con las nuevas tecnologías, de acuerdo con el resto de áreas y disciplinas para no incurrir en el injusto o en ser una norma desfasada a nuestro tiempo, alejándose completamente de su fin original si no aprovecha, la justicia, los medios que tiene a su alrededor para poder hacerla más justa, adecuada y adaptada a cada supuesto de hecho de forma particular.

Bajo mi punto de vista, el carácter controvertido de la prisión preventiva podría paliarse si dejase de ejecutarse, a ojos de la sociedad, de una forma tan estandarizada y falta de motivación. Para ello, sería crucial que se valorasen

verdaderamente medidas cautelares alternativas y estas fuesen mayoritarias, en detrimento de la prisión provisional, quedando esta como garante en última instancia.

Es necesario valorar que España se consagra como un Estado social y democrático de Derecho, y entre sus principios más importantes se encuentra el de presunción de inocencia y libertad individual, además de otros muchos que se pierden cuando se padece el peso de esta medida cautelar y, todo ello, sin sentencia firme en contra. Por ello, veo crucial el hecho de que, para poder adaptar la prisión preventiva a este tiempo, hay que partir de la premisa de la gravedad del asunto y del encierro del inocente, bajo indicios de criminalidad, para tratar, por todos los medios, de reducir el índice de presos preventivos en nuestro país que, actualmente, tiene tendencia ascendente. De esta forma, seguro que se puede encontrar el mejor medio, o unión de varios, para conseguir el mismo resultado que obtendríamos con la prisión preventiva, pero sin que se produzca el ingreso en un establecimiento penitenciario de quien no ha sido declarado culpable del hecho.

Antes de concluir este Trabajo, me gustaría destacar un postulado de uno de los autores más destacados en materia de Derecho Penal y Penitenciario, el Marqués de Beccaria: "*A ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez; y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado que el violo los pactos bajo los cuales fue aceptado en la sociedad*"[32].

[32] BECCARIA (1789): "*Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789*". Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf [Consultado en 19 de marzo de 2023].

10. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

A. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

- Tribunal Supremo:

  - STS, del 26 de junio de 1999. Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Recurso número 2475/1995.
  - STS 6717/2010, de 23 de noviembre. Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Recurso de casación número 4288/2006.
  - STS 1348/2019, de 10 de octubre, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo. Recurso de casación número 339/2019.
  - STS 547/2019, 12 de noviembre. Sala Segunda, de lo Penal. Número de Recurso 10403/2019. Recurso de casación para la unificación de doctrina.
  - STS 3341/2020, de 13 de octubre. Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Quinta. Recurso número 5396/2019.

- Tribunal Constitucional:

  - STC 98/1997, 20 de mayo. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 4.204/1994.
  - STC 98/1998, 4 de mayo. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 4372/1996.
  - STC 47/2000, 17 de febrero. Pleno del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 889/1996.
  - STC 62/2005, de 14 de marzo. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 6520/2002.
  - STC 140/2012, de 2 de julio. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de Amparo número 3464/2009.
  - STC 85/2019, de fecha 19 de junio. Pleno del Tribunal Constitucional Cuestión de inconstitucionalidad 4314/2018.
  - STC 138/2019, de 25 de noviembre. Sala Segunda del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo 1637-2014.
  - STC 6/2023, de 20 de febrero de 2023. Sala Primera del Tribunal Constitucional. Recurso de amparo número 3374-2021.

- Audiencia Nacional:
    - SAN 3806/2018, de 2 de octubre de 2018. Recurso número 150/2018.

B. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos:
    - Sentencia del TEDH 1483/02, de 25 de abril de 2006, Puig Panella contra España.

11. LEGISLACIÓN APLICADA

A. LEGISLACIÓN ESTATAL Y AUTONÓMICA

- Constitución Española.
    - Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica:
    - Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
    - Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Real Decreto:
    - Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

- Convenio:
    - Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.
- Directiva:
    - Unión Europea. Directiva 2012/13, del Parlamento europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 201, relativa al derecho a la información en los procesos penales.

- Unión Europea. Directiva 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

- Resolución:

  - Resolución Número 22 del 9 de abril de 1965 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

C. OTRAS

- Nota informativa del Tribunal Constitucional N.º 15/2023, de 24 de febrero de 2023.

12. BIBLIOGRAFÍA Y WEBGRAFÍA EMPLEADAS

A. BIBLIOGRAFIA

- APDHE, "La práctica de la prisión provisional en España", Informe de investigación, 2015.

- BECCARIA, C. (1789): "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789".

- DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A. "Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella C. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el Principio de Presunción de Inocencia". Revista de Derecho Comunitario Europeo. Número 25. 2006.

- DE PABLO HERMIDA, J. Epígrafe 5: "La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019", en Tuero Sánchez, J.A., Andújar Urrutia, J., Frago Amada, J.A., García del Blanco, M.V., Imbroda Ortiz, B.J., Ochoa Marco, R. (Coord.), Derecho Penal 2020. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, España. 2020.

- DOMÉNECH. G. La cuantificación de los daños morales causados por las administraciones públicas, Gómez Pomar, F., Marín García, I., El daño moral y su cuantificación. Editorial Bosch. Barcelona, España. 2017.

- MARTÍNEZ GALINDO, G. La prisión provisional en el caso Lezo: automatismo e inconsistencia procesal, en Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (Coord.), La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal. Editorial Atelier. Barcelona, España. 2020.

B. WEBGRAFIA

- CGPJ (2022) Datos penales, civiles y laborales. Datos de la población reclusa. Disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/ [Consultado el 25 de enero de 2023].

- Derecho.com: Lefebvre (02-11-2020). Disponible en: https://elderecho.com/indemnizacion-del-estado-a-una-mujer-que-paso-579-dias-en-prision-y-despues-fue-absuelta [Consultado el 27 de noviembre de 2022]

- DPEJ (2022), *Definición de abono de la prisión provisional*. Disponible en: https://dpej.rae.es/lema/abono-de-la-prisión-provisional [Consultado en 18 de diciembre de 2022].

- Maldita.es (2020): "El Estado indemniza anualmente con más de 100.000 euros a personas que estuvieron en prisión preventiva y fueron finalmente absueltos". Disponible en: https://maldita.es/malditodato/2020/10/02/indemnizacion-prision-preventinva-absolucion-sobreseimiento-caso-espana-carcel/ [Consultado en: 27 de noviembre de 2022].