



**Universitat de les
Illes Balears**

Facultad de Derecho

Memoria del Trabajo Fin de Grado

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Germán Álvarez de Sotomayor López de Ayala

Grado en Derecho

Año académico 2018-19

DNI del alumno: 09006269K

Trabajo tutelado por el Profesor Dr. Jaime Campaner Muñoz
Departamento de Derecho Privado

Se autoriza a la Universidad a incluir este trabajo en el Repositorio Institucional para su consulta en acceso abierto y su difusión en línea, con finalidades exclusivamente académicas y de investigación.	Autor		Tutor	
	Sí	No	Sí	No
	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	<input checked="" type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado aborda la regulación de la prisión provisional, teniendo en cuenta las modificaciones legislativas que ha sufrido. Comenzaremos haciendo un análisis de los derechos fundamentales que se ven limitados por tal medida como son la libertad, y la presunción de inocencia como regla de tratamiento. Finalmente, se hará una investigación y un análisis de varios autos recientes en los que se ha decretado la medida cautelar objeto de estudio, desgranando sus motivos y fines y añadiendo una sucinta opinión.

PALABRAS CLAVE DEL TRABAJO

Prisión provisional, medida cautelar, libertad, delito, responsable, fuga, destrucción de pruebas, proporcionalidad, legalidad.

ABSTRACT

In the present End of Degree Project, the current regulation of the provisional prison is reflected, considering the different legislative modifications that it has suffered. We will start by analyzing the fundamental rights that are violated by such measures as freedom, and the presumption of innocence. Finally, there will be an investigation and analysis of several recent proceedings in which the precautionary measure has been decreed, disengaging its motives, purposes and adding a succinct opinion.

KEY WORDS

Provisional prison, precautionary measure, freedom, crime, responsible, escape, destruction of evidence, proportionality, legality.

ABREVIATURAS

CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos

CE Constitución Española

TC Tribunal Constitucional

STC Sentencia Tribunal constitucional

LECrim Ley de Enjuiciamiento Criminal

UE Unión Europea

CP Código Penal

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

PSC Partido Socialista Catalán

INDICE

1.INTRODUCCIÓN	6
2.OBJETIVOS.....	6
3. PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	6
4. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES	8
5. NATURALEZA FINALIDAD Y CARACTERES.....	10
5.1. NATURALEZA	10
5.2 FINALIDAD	11
5.2.1 EVITAR LA FRUSTRACIÓN DEL PROCESO IMPIDIENDO LA FUGA DEL REO	12
5.2.2 EVITAR LA OCULTACIÓN, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA RELEVANTES PARA ASEGURAR EL ÉXITO DE LA INSTRUCCIÓN	12
5.2.3 EVITAR LA REITERACIÓN DELICTIVA	13
5.2.4 FINALIDADES ILEGÍTIMAS.....	13
5.3 CARACTERES.....	14
6. PRESUPUESTOS PARA ACORDAR LA PRISIÓN PROVISIONAL.....	19
7. DURACIÓN.....	20
8.MEDIDAS ALTERNATIVAS.....	22
9. ANÁLISIS DE AUTOS DE PRISIÓN PROVISIONAL DICTADOS RECIENTEMENTE EN ASUNTOS CON TRASCENDENCIA MEDIÁTICA	23
9.1 AUTO JUZGADO CENTRAL INSTRUCCIÓN Nº 3 DE 2 DE NOVIEMBRE 2017	24
9.2 AUTO JUZGADO CENTRAL INSTRUCCIÓN Nº 3 DE 14 DE NOVIEMBRE 2017.....	28
9.3 AUTO JUZGADO CENTRAL INSTRUCCIÓN Nº 2 DE 6 DE FEBRERO DE 2016	29
10. CONCLUSIONES.....	31
11. BIBLIOGRAFÍA.....	32

1. INTRODUCCIÓN

He decidido realizar este trabajo debido al gran interés que despertó en mí la asignatura de Derecho procesal penal, durante mis años de estudio del Grado en Derecho. Siempre tuve un especial interés sobre la fase de instrucción en general y por la prisión provisional en particular ya que muchas veces no lograba entender cómo se podía privar a una persona de su libertad sin haber sido juzgada ni haber ostentado, al menos en el plano teórico, el derecho a la presunción de inocencia. Es por esta razón por la cual decidí enfocar mi trabajo sobre la prisión provisional.

2. OBJETIVOS

El objetivo de este trabajo es realizar un estudio teórico a través de las obras de destacados juristas como José María Asencio Mellado, Silvia Barona Vilar y Odoné Sanguiné entre otros. El estudio de sus obras, junto con el estudio de diferentes publicaciones, quisiera que sirviera para llevar a cabo un análisis completo de la tan controvertida figura de la prisión provisional, logrando conocer a fondo toda su regulación y casuística.

3. PRISIÓN PROVISIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Empezaremos haciendo un análisis de los derechos fundamentales que a nuestro parecer la medida cautelar de la prisión provisional puede vulnerar de manera fulgurante. El artículo 5.1 del CEDH dispone que *“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”*. Esta libertad y seguridad se entienden como una protección contra injerencias arbitrarias, tanto de procedimiento como de fondo por parte de cualquier órgano de los poderes públicos, contra la libertad y la seguridad de una

persona¹. Por otro lado, nuestra constitución, en su artículo 17, establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”*. Esta seguridad a la que nuestra CE se refiere, es la seguridad física contra el arresto y la detención arbitrarios, al igual que establece el CEDH. Este derecho a la libertad y a la seguridad está concebido como un derecho fundamental y se considera, tal como establece el artículo 1 de la CE, un valor superior del ordenamiento jurídico. En este sentido, el derecho a la libertad determina la imposibilidad de ser detenido o preso sino con arreglo a la ley o, dicho de otra manera, lo que nos garantiza este derecho es que no pueden existir privaciones de libertad arbitrarias por los poderes públicos. El TC ha declarado que *“la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares, que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opiniones y convicciones”*².

De todas maneras, el derecho a la libertad no está consagrado como ilimitado o absoluto, sino que está sujeto a una serie de limitaciones para que otros fines constitucionales se puedan desarrollar. Una de estas restricciones a este derecho fundamental es la prisión provisional, que siempre estará fijada por unos límites para su adopción o mantenimiento. La doctrina constitucional reconoce que *“la prisión provisional puede constituir un supuesto limitativo excepcional del derecho a la libertad”*³, ya que como hemos explicado antes, la libertad no se entiende como un derecho absoluto. Es por todo esto que entendemos que el reto consiste en hallar un punto de equilibrio entre el derecho a la libertad y los otros derechos constitucionales protegidos que, a través de la medida cautelar de la prisión provisional se garantizan.

¹ SANGUINÉ ODOÑO, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 374

² STC 15/86, de 31 de enero FJ II

³ STC 2/1982, de 199 de enero, FJ V

Este punto de equilibrio se podrá alcanzar a través del desarrollo de las leyes que regulen la prisión provisional.

Otro derecho fundamental que proclama la CE es el de la presunción de inocencia, recogido en el artículo 24.2. Dicho derecho, constituye una garantía procesal, una especie de principio *“que debe conformar toda la regulación del proceso por el legislador ordinario”* ⁴. La presunción de inocencia es un derecho que tiene que mantenerse durante todo el proceso penal desde su incoación, donde normalmente se adoptan las medidas cautelares y hasta la sentencia condenatoria o absolutoria. La LECrim en su artículo 503 dice que uno de los requisitos para decretar la medida cautelar es *“tener motivos bastantes para creer responsable criminalmente al imputado”*, lo que nos hace pensar que uno de los fundamentos para decretar la prisión provisional es la presunción de culpabilidad, lo que vulneraría de manera exagerada la presunción a la inocencia. En este sentido la presunción de inocencia constituye una regla de tratamiento, en virtud de la cual el investigado tiene el derecho a recibir la consideración de no autor del delito del cual se le investiga. Es debido a esta regla de tratamiento que debido a que el investigado no debe considerarse todavía culpable, no se le puede castigar con la prisión preventiva.⁵

4. CONCEPTO Y NOTAS ESENCIALES

La prisión provisional es una medida cautelar provisional, de duración limitada, que puede dictar el Juez de Instrucción a través de un auto especialmente motivado, que priva la libertad del investigado con el objetivo de asegurar la presencia de este en el proceso, evitar la destrucción de pruebas o incluso evitar la reiteración delictiva.

⁴ SANGUINÉ ODOÑO, *Prisión provisional ...*, op. cit., pág. 430

⁵ STC 128/1995, 26 julio, FJ 3º

En cuanto a las notas esenciales estableceremos las siguientes:

A) Jurisdiccionalidad

Como establece el artículo 502.1 de la LECrim, la prisión provisional sólo puede ser adoptada por los órganos judiciales, sin que pueda adoptarla la policía judicial, el Ministerio Fiscal ni otra autoridad. Según Asencio Mellado, esta restricción a la libertad supone el ejercicio del *ius puniendi*, del cual solo tiene potestad el Poder Judicial⁶, de acuerdo con lo establecido en el artículo 117.3 de la CE el cual establece que *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*. Así mismo el Tribunal Constitucional ha señalado que *“la prisión provisional es una medida cautelar que solo puede ser acordada por los órganos judiciales”*⁷

B) Objeto: La restricción del derecho a la libertad

Como dice Barona Villar, la prisión provisional es una medida cautelar del proceso penal en la que el investigado, se ve sumido y por la que se le impone una restricción de sus derechos fundamentales como son la libertad y la presunción de la inocencia.⁸

El derecho fundamental a la libertad está reconocido en el artículo 17 CE y establece que *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”*. No se trata de un derecho absoluto, sino que existen unos límites, pudiéndose privar de la libertad a un individuo, siempre que se haya observado lo establecido en el artículo 17 de la CE. El hecho de que la prisión provisional recaiga sobre un derecho fundamental como es la libertad, hace que sea de aplicación la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la proporcionalidad, que exige el cumplimiento de los siguientes presupuestos:

⁶ ASENCIO MELLADO, José María: *La prisión provisional*, Civitas Madrid, 1987, pág. 51

⁷ STC 147/2000, de 29 de mayo, FJ.4.

⁸ BARONA VILLAR, Silvia: *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988, pág. 15

a) Legalidad: en primer lugar y con carácter general, la prisión provisional requiere de una regulación a través de Ley Orgánica y que dicha norma habilitadora reúna las condiciones mínimas suficientes de exigencias de seguridad jurídica y certeza del Derecho para proteger al investigado contra la arbitrariedad.

El TC ha puesto de manifiesto que la Ley que regule los supuestos en que se acuerde la prisión provisional, ha de adoptar forma de Ley Orgánica *“ya que al limitar el derecho a la libertad personal constituye un desarrollo del derecho fundamental de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 de la CE”*⁹

b) Necesidad: no es suficiente con que la prisión provisional y el motivo que la justifique esté regulado en una norma, si no que para su adopción se justifique objetivamente para obtener el cumplimiento de los fines constitucionales que la legitiman, debiéndose adoptar, en cualquier otro caso, la alternativa menos gravosa para la restricción de la libertad.

c) Motivación: desde una perspectiva formal, la prisión provisional ha de ser adoptada, necesariamente, por medio de auto motivado. Como expresa el artículo 506.1 de la LECrim, *“las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional expresará los motivos por lo que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”*.

5. NATURALEZA, FINALIDAD Y CARACTERES

5.1. Naturaleza

La naturaleza de la prisión provisional y su función primordial es la de actuar como medida cautelar del proceso penal asegurando la persona del investigado para que el proceso penal se lleve a cabo y se ejecute la posible sentencia. En este sentido, Ibáñez

⁹ STC 147/2000, de 29 de mayo FJ 4

García Velasco afirma que, durante la instrucción y el juicio oral, la prisión provisional asegura la presencia del sujeto pasivo en el proceso, pero entiende que no asegura la ejecución de la pena ya que el parecer del tribunal en la sentencia es incierto todavía.¹⁰ La jurisprudencia del TC la define también como una medida cautelar personal que tiene el objetivo de asegurar la presencia del investigado o encausado para el cumplimiento de una sentencia condenatoria que pueda ser dictada en su contra evitando que dicho sujeto pueda evitar la acción de la justicia.¹¹

Entiendo que la prisión provisional no es una anticipación de la pena, ya que todavía no existe una condena y no se ha declarado culpabilidad alguna en juicio.

En cuanto a reconocer a la prisión provisional como medida de seguridad, nuestro CP en su artículo 3, establece que ninguna medida de seguridad podrá ejecutarse sino en virtud de sentencia firme. La segunda razón por la cual no podemos considerar a la prisión provisional como una medida de seguridad es debido a que no figura en la enumeración que el artículo 96 del CP establece. En definitiva, no podemos considerar a la prisión provisional como una medida de seguridad.

5.2 Finalidad

Las finalidades de la prisión provisional, como bien explica Asencio Mellado, pueden ser reconducidas a cuatro: evitar la frustración del proceso evitando la fuga del reo, asegurar el éxito de la instrucción, la ocultación de futuros medios de prueba e impedir la reiteración delictiva.¹² En este sentido, la doctrina del TC ha establecido que *“los riesgos a prevenir son la sustracción a la acción de la Administración de justicia, la obstrucción de la justicia penal y la reiteración delictiva”*¹³

¹⁰ IBAÑEZ GARCÍA-VELASCO, Miguel, *Curso de Derecho procesal penal*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1969, pág.198.

¹¹ STC 19/1999 de 22 de febrero. FJ. 5

¹² ASENCIO MELLADO, José María, *La Prisión provisional*, op. cit., pág.33.

¹³ STC 207/2000, de 24 de Julio

5.2.1 Evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del reo

Este riesgo de fuga puede transformarse en una declaración en rebeldía del encausado, impidiendo el desarrollo del proceso penal y la posible ejecución de la pena. Hay que tener en cuenta, ateniéndonos al artículo 503.3 de la LECrim, que *“para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley”*. Existe en la práctica una tendencia generalizada a considerar únicamente la gravedad de la eventual pena que pudiera llegar a ser impuesta al investigado. En este sentido la doctrina del TEDH se afirma que *“si la gravedad de la pena de la cual el acusado puede ser objeto en caso de condena puede ser legítimamente tenida en cuenta como causa para incitar su huida, dado que el efecto de este temor disminuye a medida que la detención provisional se prolonga y disminuye en consecuencia la cuantía que la pena del acusado puede esperar cumplir, la eventualidad de una condena severa no basta a este respecto”*¹⁴

5.2.2 Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para asegurar el éxito de la instrucción.

Esta finalidad, de carácter procesal, se consigue, como sostiene Asencio Mellado, imposibilitando que el investigado, mediante sus comunicaciones con el exterior, se confabule con cómplices, testigos, etc., desvirtuando la finalidad del sumario, es decir, la de aportación de los hechos al juicio oral, para lo cual se establecen limitaciones a la correspondencia oral, escrita, etc., del preso con otros sujetos que se encuentran fuera del recinto carcelario.¹⁵

¹⁴ STEDH, de 27 de junio de 1968, Wemhoff contra Alemania

¹⁵ ASENCIO MELLADO, José María, *La Prisión provisional, op. cit.*, pág.35.

5.2.3 Evitar la reiteración delictiva.

Empezaremos diciendo que no es suficiente con una “potencialidad” o “posibilidad” de reiteración delictiva, sino que es importante apreciar un riesgo real de que vuelva a suceder. Esta finalidad, como dice Gutiérrez de Cabiedes, tiene una naturaleza distinta al considerarse una medida de prevención y no cautelar específicamente.¹⁶ Esta posibilidad de reiteración delictiva, será suficiente para adoptar la medida cautelar, que en este caso tiene una función de prevención especial. En este sentido, la legitimidad de esta finalidad, ha sido apoyada por el TEDH, en base a lo dispuesto en el artículo 5.1 c) CEDH, que dispone que podrá ser privado de libertad *“Si ha sido detenido preventivamente o internado, 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.”* De igual forma esta finalidad de la prisión provisional es contemplada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁷, así como legislaciones de la UE.

5.2.4 Finalidades Ilegítimas

Finalmente, y para acabar este apartado, haremos un breve inciso de las finalidades ilegítimas de la prisión provisional. En primer lugar, la finalidad punitiva, que en ningún caso está recogida en la LECrim, y que es incompatible con la naturaleza de la medida cautelar. Si consideramos la prisión provisional como un adelanto de la pena estaríamos vulnerando el derecho a la presunción de inocencia. En referencia a la imposibilidad de la función punitiva de la prisión provisional, el artículo 3 del CP establece que *“no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales”*. De la misma manera el artículo 34 del CP dispone que *“No se reputarán penas: 1. La detención y la prisión preventiva, y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”*.

¹⁶ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo: *La prisión provisional*, Editorial Aranzadi, 2004, pág.107

¹⁷ Recomendación R (80) 11, del Consejo de Europa.

Siguiendo con los fines ilegítimos, la prisión provisional no puede tener un objetivo inquisitivo, esto es que, intente provocar en el inculpado una declaración de culpabilidad. La doctrina del TC establece que *“Es esencial al régimen jurídico de la prisión provisional la consideración de la presunción de inocencia que, opera en el seno del proceso como una regla de juicio y constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor en hechos de carácter delictivo”*¹⁸ En este sentido, pues, el TC viene a decir que la presunción de inocencia es uno de los pilares básicos de la medida cautelar, lo que imposibilita que la prisión provisional sea una medida enfocada a la autoincriminación del investigado, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales.

Finalmente, la alarma social, y el propósito de acabar con ella puede ser un fin ilegítimo de la prisión provisional, ya que como dice el TC atribuir a la prisión provisional el objetivo de mitigar la alarma social, es darle a esta una finalidad retributiva o de prevención general, cuando estas finalidades son propias de la pena y no de la medida cautelar.¹⁹

La problemática es determinar cuándo un Juez ha actuado movido por la alarma social, pues bajo el paraguas de los fines legítimos no es difícil que, en realidad, el motivo subyacente sea la alarma social.

5.3 Caracteres

Son varios los caracteres de la prisión provisional. Estos caracteres han sido estudiados por la doctrina científica y jurisprudencial y sirven para complementar las previsiones legales, estableciendo una serie de parámetros que ayudan a la aplicación de la prisión provisional dentro del respeto al ordenamiento constitucional. Estos caracteres son la

¹⁸ STC 128/1995, de 26 de julio, F.3

¹⁹ STC 33/1999, de 8 de marzo, F.6

proporcionalidad, la excepcionalidad, la jurisdiccionalidad, la instrumentalidad y la provisionalidad.

En cuanto a la proporcionalidad, tiene que ser uno de los pilares básicos en la regulación de la prisión provisional y en todo momento tiene que existir una proporcionalidad entre la prisión preventiva que sufre el encausado aún no condenado y el hecho delictivo del que presuntamente se le considera responsable.²⁰ Esta proporcionalidad hace que la medida de la prisión provisional sólo pueda acordarse para casos graves e importantes. No podríamos llegar a entender que para infracciones o delitos de escasa gravedad se impusiese esta medida. Esta proporcionalidad se ve reflejada en el artículo 502.2 LECrim, cuando dispone que *“... y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional”*. Como bien dice Barona Villar *“el principio de la proporcionalidad tiene la tarea de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal del individuo y las necesidades ineludibles de una persecución penal eficaz”*.²¹

Para Sanguiné *“el principio de proporcionalidad funciona como el presupuesto clave en la regulación de la prisión provisional en todo Estado de derecho, y tiene la función de conseguir una solución del conflicto entre el derecho a la libertad personal y derecho a la seguridad del individuo, garantizada por las necesidades eludibles de una persecución penal eficaz”*²². En cuanto a la doctrina del TC, el Tribunal de Garantías establece que *“la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”*²³. La

²⁰ BARONA VILLAR, Silvia: “Prisión Provisional.”, *op. cit.*, pág. 67.

²¹ BARONA VILLAR, Silvia: “Prisión Provisional.”, *op. cit.*, pág. 70.

²² SANGUINÉ ODONE, *Prisión provisional...*, *op. cit.*, Pág. 638

²³ STC 108/1984, de 26 de noviembre.

prisión provisional no puede extralimitarse a la hora de vulnerar el derecho fundamental, y como bien apunta Sanguiné *“las resoluciones que limiten derechos fundamentales han de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido, han de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone y, en todo caso ha de respetar su contenido esencial”*.²⁴

El TC y el TS han fijado como parámetros desde los que analizar el principio de proporcionalidad la adecuación entre la medida adoptada y el fin que se persigue, es decir, la idoneidad entre la medida y los fines. El otro parámetro es la exigencia de la necesidad de la medida adoptada en el sentido de que solo con ella se puede alcanzar el fin perseguido o que si se hace uso de otra medida el resultado será más gravoso. El último requisito del principio es la existencia de proporcionalidad en sentido estricto, que se determina comparando la entidad del delito y la entidad de la pena.

Otra de las características principales de esta medida cautelar es su excepcionalidad ya que solo se podrá acordar cuando su fin no se pueda obtener mediante una medida menos gravosa para el encausado. Esto quiere decir que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del investigado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea.²⁵

Otra característica de la prisión preventiva es la jurisdiccionalidad, que implica que sólo un órgano judicial es el autorizado para acordar la medida objeto de estudio. El artículo 502 de la LECrim dispone que *«Podrá decretar la prisión provisional el Juez o Magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o Tribunal que conozca de la causa»*. En este sentido, como argumenta Gutiérrez de

²⁴ SANGUINÉ ODONE, *Prisión provisional ...*, op. cit., Pág. 640

²⁵ Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Cabiedes, *“la intervención judicial en la adopción o en la confirmación de una privación cautelar de libertad constituye una garantía inherente, y como tal ineludible, al derecho de libertad personal que enuncia el artículo 17 CE”*²⁶

La instrumentalidad es otra característica y significa que debe de existir una vinculación entre la prisión provisional y el proceso penal. Dicho de otra manera, la prisión provisional no constituye un fin en sí misma, ya que se halla necesariamente vinculada a un proceso principal. Esta vinculación determina que en los casos en los que el proceso penal no se mantiene vivo, la prisión provisional debe ser alzada. En el mismo sentido, la prisión provisional tiene la finalidad de asegurar la efectividad de la resolución que finaliza el proceso garantizando la efectividad de la tutela judicial.

Otra característica de la prisión provisional es la provisionalidad e implica que la medida tenga que ser revisada en función del mantenimiento o no del riesgo, dejándola sin efecto si los indicios que han llevado a su aplicación desaparecen. Dicha característica, explica Asencio Mellado, *“constituye la nota más importante a la hora de calificar una medida como cautelar”*.²⁷

Las medidas cautelares como la prisión provisional no son nunca definitivas, sino que dependen de la existencia de un proceso penal pendiente del cual se mantienen y, en última instancia, de la sentencia firme que, en todo caso, la extinguirá. En cualquier caso, la prisión provisional nace para extinguirse, ya que la resolución final del proceso penal, la cual pretende asegurar, determina que terminado el proceso y dictada la sentencia, debe desaparecer la medida cautelar. Es importante distinguir, siguiendo a Gutiérrez de Cabiedes, la provisionalidad de la temporalidad. La provisionalidad hace referencia a la duración limitada de la medida, esto es, que se establecen unos plazos máximos, cuyo transcurso conlleva al alzamiento de la medida preventiva, mientras que la provisionalidad *“tiene su fundamento en la instrumentalidad, esto es, en la inescindible*

²⁶ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, op. cit., pág.62

²⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *La Prisión provisional*, op. cit., pág.43

vinculación y dependencia de la medida respecto del proceso principal y su resolución final".²⁸

Seguidamente abordaremos la característica de la variabilidad, que determina que la prisión provisional puede ser modificada, sustituida o alzada, en el caso de que cambien las circunstancias que llevaron a adoptar su decreto. Esta característica es una consecuencia de la regla *"rebus sic stantibus"*. Esta regla implica que la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares dependen de que existan y se mantengan las circunstancias de hecho que constituyen su adopción, motivándolas y legitimándolas. En este sentido la ley es muy clara y el artículo 504.1 LECrim establece que *"la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción"*.

Como última característica de la prisión provisional, pero no menos importante, abordaremos el deber de motivación. En efecto, toda decisión que adopte mantenga o varíe la prisión provisional, debe expresarse en una resolución judicial motivada. En este sentido el artículo 506.1 LECrim dispone que *"el auto que acuerde la prisión provisional o disponga su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción"*. Como bien apunta Gutiérrez de Cabiedes, *"ha de observarse que cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental (como la operada mediante la prisión provisional) necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y precisa, además que se exteriorice por el sujeto que la lleva a cabo"*.²⁹

²⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, op. cit., pág.83

²⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, op. cit., pág.85

6.PRESUPUESTOS

Para que pueda acordarse la medida cautelar de la prisión provisional tienen que concurrir dos presupuestos: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), y el peligro en la mora (*periculum in mora*).

El primer presupuesto lo encontramos en el artículo 503 LECrim, concretamente en los puntos 1 y 3 y dispone que *“la prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito y que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”*

Como dice Gutiérrez de Cabiedes, con las investigaciones y actuaciones del proceso penal, aparecerán elementos para atribuir al investigado los delitos por los cuales se le investigan.³⁰ El TEDH estableció que tenían que concurrir elementos que fueran suficientes para convencer a un tercero imparcial de que el individuo afectado por la medida puede ser el autor del hecho delictivo que se le atribuye.³¹ La doctrina del TC apunta también en este sentido que *“tienen que existir indicios racionales de la comisión del delito”*³²

Se exige que el hecho delictivo tenga una determinada gravedad. El artículo 503.1 de la LECrim establece que el delito debe tener señalada una pena igual o superior a dos años de prisión. En el caso de determinados investigados puede decretarse la prisión provisional si el delito está sancionado con pena de prisión, aun cuando sea inferior a dos años, siempre que el investigado tenga antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de ser cancelados derivados de delito doloso cuando se trate de investigados que hayan sido llamados por requisitorias al menos dos veces en los años anteriores, cuando se trate de investigados que presenten riesgo de actuar contra

³⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, op. cit., pág.126

³¹ SSTEDH, de 30 de agosto de 1990, asuntos Fox, Campbell y Hartley; de 26 de abril de 2000, asunto Labita

³² STC 145/2001, de 18 de junio.

bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los casos de violencia familiar y cuando se trate de investigados que actúen concertadamente con otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o dentro de una organización o que realice actividades delictivas de forma habitual.

El segundo presupuesto que ha de cumplirse para que se pueda adoptar la prisión provisional, el “*periculum in mora*”, integra unos riesgos que pueden hacer peligrar el proceso penal y son el del riesgo de fuga por parte del encausado, así como la posible ocultación o desaparición de pruebas. Como apunta Gutiérrez de Cabiedes, “la duración temporal del proceso establecida por la Ley puede constituir ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso realice actuaciones que puedan privar de efectividad a éste y a la sentencia que le pone fin”³³. De esta manera y para evitar este riesgo, se pueden adoptar las medidas cautelares en base a este presupuesto.

7.DURACIÓN

El artículo 17.4 CE dispone que “por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”. Este precepto intenta evitar la lentitud de la justicia en los procesos penales, de modo que dicha duración máxima de la prisión provisional sirva de estímulo a los órganos judiciales para que la instrucción acelere y el enjuiciamiento se lleve a cabo con la máxima celeridad posible, evitando así que el imputado quede en libertad antes de la celebración del juicio.³⁴

Seguidamente el artículo 504.1 de la LECrim dispone que “la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”. A parte de esta disposición, existen una serie de límites máximos de duración de la prisión provisional, ya que un encausado no puede estar indefinidamente privado de su libertad sin haber sido declarado culpable, incluso cuando subsistan los riesgos contemplados en el

³³ GUTIERREZ DE CABIEDES, Pablo, op. cit., pág.131

³⁴ SSTC 305/2000

artículo 503 LECrim. La prisión provisional está sometida a un plazo máximo absoluto y es por esto por lo que no tiene como único límite el tiempo en que está “vivo” el proceso.

De este modo, la LO 13/2003 diferencia los plazos máximos en función, por un lado, del fin que se persiga y, por otro lado, de la gravedad del delito. En los casos en los que lo que se pretende evitar es la fuga del investigado, que atente contra bienes jurídicos de la víctima o que cometa nuevos hechos delictivos, la medida cautelar de la prisión provisional no podrá exceder de un año en los casos en que la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera inferior a tres años, y no podrá exceder de dos años, si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años (artículo 504.2 LECrim). En estos casos que acabo de explicar, es posible la prórroga de la medida cautelar cuando concurrieren circunstancias que hicieren prever que la causa no pudiera ser juzgada antes de que el plazo inicial de la medida cautelar expirase. Esta prórroga podría acordarse mediante auto, por el Juez o Tribunal, previa celebración de la comparecencia previa, y con una duración de hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si fuera igual o inferior a tres años (artículo 504.2 LECrim)

Seguidamente, la duración de la prisión provisional cuando se acordare para la alteración, ocultación o destrucción de fuentes de prueba debe ser mucho más breve no pudiendo durar más de seis meses, plazo en el que se tienen que asegurar aquéllas. Además, la prórroga de la prisión provisional en estos casos no es posible.

Por último, una vez dictada la sentencia que condene al investigado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta en dicha resolución judicial cuando ésta hubiera sido recurrida. El tiempo transcurrido en prisión provisional es computable en la pena privativa de libertad como dispone el artículo 58 y siguientes del CP.

8. MEDIDAS ALTERNATIVAS

Las medidas alternativas a la prisión provisional son una consecuencia del principio de proporcionalidad y no de la presunción de inocencia ya que las medidas que se dictan en lugar de la prisión provisional suponen una limitación de la libertad personal del investigado. En España las alternativas a la prisión provisional son la prisión atenuada y la libertad provisional. La primera está regulada en el artículo 508 de la LECrim, y tiene dos modalidades distintas: el arresto domiciliario por razón de la enfermedad y el internamiento en centro de desintoxicación. La primera modalidad se refiere a la situación en la cual el internamiento entrañe algún peligro grave para la salud del investigado debido a una enfermedad preexistente. En estos casos el internamiento se podría sustituir por arresto domiciliario siendo interrumpido solamente cuando el investigado tenga que desplazarse a un centro médico para tratar la enfermedad. La otra situación que permitiría al juez no decretar la prisión provisional es en las situaciones en las que el investigado estuviera llevando a cabo un tratamiento de deshabituamiento de drogas y su ingreso en prisión tendría como resultado un efecto negativo en dicho tratamiento. En estos casos, el encausado podría ingresar en un centro autorizado de desintoxicación en régimen de interno y no podría salir del centro sin autorización judicial. Ambos supuestos de prisión atenuada son infrecuentes en la práctica.

En cuanto a la libertad provisional, se trata de una medida cautelar que limita la libertad del investigado, sin llegar a ser una sustracción de esta. Esta medida alternativa se adopta por el juez instructor mediante la imposición al investigado de unas obligaciones como la de comparecer ante la autoridad judicial determinados días al mes “comparecencia apud acta” y la de prestar fianza aseguradora del cumplimiento de sus obligaciones. Esta medida, como apunta Sanguiné, “viene determinada por la falta de los presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza, debiendo el inculcado prestar obligación de comparecer en los días que le fueren

señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuese llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa”.³⁵

La libertad con fianza, también denominada prisión eludible mediante fianza está regulada en los artículos 528 y siguientes de la LECrim y en relación con la fianza tiene que ser gravosa para el investigado, pero no inalcanzable o ilusoria. Dispone el artículo 531 que, *“para determinar la calidad y cantidad de la fianza, se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y los antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudiere influir en el mayor o menos interés de éste para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial”*. Esta fianza no puede ser arbitraria ni desproporcionada, ya que el único objetivo de esta es la de garantizar la comparecencia del investigado. La fianza debe ser en primer lugar adecuada a las circunstancias de arraigo previstas en el artículo 531 de la LECrim y proporcionada a su patrimonio real. Es importante anotar que el incumplimiento de las condiciones de libertad y el quebrantamiento por parte del encausado de las condiciones de libertad impuestas por la autoridad judicial puede dar lugar a que el Estado se adjudique dicha fianza y a la sustitución de la situación de libertad bajo fianza por la prisión provisional sin fianza. Finalmente, la LO 13/2003, en cumplimiento de la doctrina del TC, introdujo la facultad del Juez de disponer la retirada provisional del pasaporte del investigado de manera cautelar en aras de paliar el riesgo de fuga.

9. ANÁLISIS DE AUTOS DE PRISIÓN PROVISIONAL DICTADOS RECIENTEMENTE EN ASUNTOS CON TRASCENDENCIA MEDIÁTICA

Para continuar con el estudio e investigación de la medida cautelar de prisión provisional, nos adentraremos en el análisis de varios autos que han decretado la prisión preventiva de los investigados en asuntos con trascendencia mediática. De esta manera,

³⁵ SANGUINÉ ODONE, *Prisión provisional ...*, op. cit., pág. 660

realizaremos una proyección práctica de los presupuestos, requisitos y fines que la autoridad judicial sostiene en los diferentes casos escogidos. Pasamos a enumerar los autos de prisión provisional y las razones por las cuales hemos decidido elegirlos. El primer auto de prisión provisional es el auto de la Magistrada del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 2 de noviembre de 2017. Se trata la resolución que enviaba a prisión a los políticos y líderes independentistas después de los acontecimientos ocurridos durante los meses de septiembre y octubre de 2017 y que todos conocemos. Su notoriedad nos excusa de mayores explicaciones en cuanto al supuesto de hecho sometido a la consideración de la Magistrada. El segundo auto que analizaremos será el de la Magistrada del Juzgado Central de Instrucción nº 3 de 14 de noviembre de 2017 que decretaba la prisión a los jóvenes de la localidad navarra de Alsasua, después de los hechos ocurridos en un bar del pueblo, consistentes en la agresión a unos Guardias Civiles que estaban fuera de servicio. Estos hechos tuvieron gran repercusión mediática debido a que, para unos, dicha medida cautelar era acertada, ya que los hechos eran considerados como delitos de odio y terrorismo, hecho que despertaba viejos fantasmas del pasado y para otros, no fue sino una medida totalmente desproporcionada, al considerar los hechos como una simple pelea de bar.

Por último y quizás conectado con el anterior, comentaremos el auto de 6 de febrero de 2016, del Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 2 de la Audiencia Nacional en el cual decretaba prisión provisional a unos titiriteros que habían realizado una representación teatral en la cual presuntamente habrían incurrido en un delito de enaltecimiento del terrorismo.

9.1 Auto Juzgado Central Instrucción nº 3 de 2 de noviembre 2017

En cuanto a los requisitos de la prisión provisional, el auto empieza determinando la concurrencia de los presupuestos legales que establece el artículo 503 LECrim. Estos presupuestos son, en primer lugar, que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. En este caso estaríamos ante unos hechos que podrían

ser calificados como delitos de rebelión, previsto en el artículo 472 y siguientes del CP, sedición previsto en el artículo 544 del CP y malversación previsto en el artículo 432 y siguientes del CP. En segundo lugar, y en cuanto a la duración de la pena, los delitos de rebelión, sedición y malversación cumplen de sobra con lo que establece el artículo 503 de la LECrim, en el sentido que dichos delitos tienen penas superiores a dos años (en realidad, llevan aparejadas penas severísimas, de hasta 25 años de privación de libertad). En cuanto a la existencia de motivos bastantes para estimar criminalmente responsables a las personas contra las que se haya de dictar prisión provisional, pasará a realizar un resumen de las investigaciones y conclusiones de dicho auto. Se refiere el auto a los acontecimientos ocurridos tras las elecciones autonómicas septiembre de 2015 en Cataluña. Tras éstas se formó un gobierno de coalición cuyo objetivo era lograr la independencia de Cataluña en un plazo estimado de dieciocho meses, realizando un referéndum, el cual promovería una declaración de independencia si este saliera respaldado por el pueblo catalán. Con esta finalidad se redactó un documento, llamado EnfoCats, que establecía una hoja de ruta para llegar a tal independencia y en el que se establecía el papel a seguir por cada uno de los actores. Resumiendo, este documento pretendía la independencia de Cataluña, su configuración como Estado propio utilizando un referéndum como elemento necesario para su consecución, independientemente de su validez legal. Los hechos que el juzgado de instrucción investigaba y que a su parecer estaban enmarcados en los delitos anteriormente citados son, en primer lugar, la sesión plenaria celebrada por el Parlamento de Cataluña, el 9 de noviembre de 2015, en la que se aprueba la Resolución 1/XI sobre el inicio del proceso político en Cataluña como consecuencia de los resultados electorales de septiembre. Dicha resolución fue declarada inconstitucional y nula por el TC (STC 259/2015, de 2 de diciembre). Haciendo caso omiso a esta sentencia del TC, el Govern de la Generalitat siguió impulsando las medidas necesarias para la creación de un Estado catalán independiente en forma de república, aprobando leyes y resoluciones que daban a este proceso una supuesta cobertura legal. Este proceso fue apoyado en todo momento por asociaciones independentistas como ANC i Òmnium Cultural a las que pertenecen varios de los querellados (hoy ya acusados en el juicio que se está celebrando ante el Tribunal

Supremo). Todas estas resoluciones y leyes aprobadas, tras varios recursos de inconstitucionalidad, propiciaron de nuevo un pronunciamiento del TC (STC 32/2015, de 25 de febrero), por la cual se declaraban inconstitucionales estas resoluciones y leyes que favorecían a la creación de un estado independiente catalán a través de la celebración de un referéndum vinculante. Para la consecución fin secesionista, los querellados se valían, según el auto de la Juez, de los actos de insurrección pública, de desobediencia y de resistencia colectiva a la autoridad legítima del estado, ocupando a tal efecto carreteras, calles, edificios y sometiendo a los agentes de la autoridad a un acoso continuado. Continuando con los hechos que configuraban los delitos anteriormente citados, haré una cronología de hechos que supusieron tal calificación. El 6 de septiembre el presidente Puigdemont envió una carta a los alcaldes de Cataluña pidiéndoles que pusieran a disposición locales municipales para la celebración del referéndum. Seguidamente, el 20 y 21 de septiembre las asociaciones ANC y Òmnium cultural actuaron como el brazo civil del levantamiento favoreciendo movilizaciones que se llevaron a cabo durante la práctica de unas diligencias de entrada y registro en la Conselleria de economía y en la sede del PSC. En la sede del PSC se llegó a agredir a militantes socialistas, mientras que en la Secretaría General de Vicepresidencia, Economía y Hacienda se llevaron a cabo destrozos en coches de la Guardia Civil, se empujó a los agentes y se impidió la salida del edificio a la comitiva judicial, obligándolos a abandonar el edificio por el tejado y a través del edificio colindante. Continuando con la cronología de los hechos indiciariamente acreditados durante la fase de instrucción, el 1 de octubre se llegó a celebrar el referéndum ilegal gracias a las asociaciones civiles, que concentraron a un gran número de personas que ofreciendo resistencia trataban de impedir el acceso a la policía a los distintos centros donde se llevaban a cabo las votaciones, llegando a enfrentamientos directos entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y las personas allí reunidas. Finalmente, se procedió a promulgar una declaración unilateral de independencia el 10 de octubre, declaración que llevaba anudada la exclusividad sobre el mando de los Mossos de Esquadra, cuerpo policial de unos 17.000 efectivos armados y con el gran potencial intimidatorio que esto representaba. En cuanto al delito de malversación, según la investigación, la

planificación, organización y celebración del referéndum se financió con dinero público, ya que se reservaron unas partidas concretas, en la Ley 4/2017 de Presupuestos de la Generalitat de Cataluña. El TC declaró igualmente inconstitucionales dichas partidas presupuestarias (STC 90/2017, de 5 de julio), y el Govern, haciendo caso omiso a estas resoluciones del TC, realizó pagos para llevar a cabo un acto constitutivo de delito ya que vulneraba las declaraciones de inconstitucionalidad del TC. Según el auto *“todo ello contribuye a la inicial configuración de los delitos que se imputan a los citados investigados y de su participación organizada en los mismos, y ello con carácter provisional”*. El auto continúa analizando si con la medida de prisión provisional se podría alcanzar algunos de los fines previstos por ésta y, de ser así, si la privación de libertad puede considerarse razonable atendiendo ese fin. En este supuesto específico, para valorar el riesgo de fuga hay que tener en cuenta las penas que establecen los delitos que se les imputan y también el gran poder adquisitivo de los investigados, que les permitiría abandonar rápidamente el territorio español. El auto incide en el hecho de que ya había habido varios querellados que se habían desplazado fuera de España para evitar la acción de la justicia. En cuanto a la posibilidad de destrucción de pruebas, cree la juez instructora que existen grandes posibilidades de que lo hagan teniendo en cuenta que estas personas han ocupado cargos en las principales instituciones de Cataluña y por tanto tendrían acceso a todo tipo de información y documentación desde sus puestos de responsabilidad. Por último, entiende la Juez que existe un alto riesgo de reiteración delictiva, ya que todos estos hechos descritos en el auto se han venido realizando durante los últimos dos años desatendiendo a las resoluciones del TC, de forma consciente y planificada. Finalmente, la Juez decreta prisión provisional comunicada y sin fianza para todos los querellados, que en nuestra opinión fue muy acertado ya que, de no haber sido así, creemos que algún otro querellado hubiera optado por fugarse de España y así librarse del proceso penal y sus posibles penas.

9.2 Auto Juzgado Central Instrucción nº 3 de 14 de noviembre 2017.

En este caso, la magistrada decretó prisión provisional para los responsables de unas supuestas agresiones que unos Guardias Civiles fuera de servicio y sus parejas sufrieron en un bar de copas en la localidad navarra de Alsasua. En este supuesto el delito que se les imputa a los jóvenes son los de atentado, lesiones, provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos y de terrorismo. La pena señalada para estos delitos supera los dos años con creces, que es uno de los requisitos que marca la LECrim, para la adopción de la medida cautelar. En cuanto a los motivos bastantes para estimar criminalmente responsables a las personas contra las que se haya de dictar el auto de prisión provisional, el auto pone de manifiesto las agresiones sufridas por estos así como también los insultos y amenazas recibidos. Lo cierto es que algunos de los agresores conocían previamente la condición de guardia civiles de los agredidos, y fue esta la causa por la cual fueron agredidos, insultados y amenazados. Al día siguiente de los hechos se llevó a cabo una concentración contra la Guardia Civil con el lema “Aldehemendik” (Fuera de aquí), con el objeto de desmentir lo ocurrido, portando los asistentes el logo de ETA. El auto continúa relatando el clima de tensión que se respira en la localidad, alentada desde grupúsculos radicales abertzales que intentan hacer la vida imposible a los guardias civiles destinados en Alsasua, así como a sus familiares y a las personas que se relacionan con ellos. Continúa explicando el auto que existen indicios que vinculan a las personas investigadas con las agresiones a los guardias civiles, ya que la mayoría de ellos fueron identificados por los agredidos a través de fotografías. Estos hechos y su posterior atribución a estas personas agresoras configuran el delito y se imputa a los investigados la participación en el mismo. El auto prosigue analizando si mediante la medida cautelar, se podría alcanzar alguno de los fines legítimamente previstos y de ser así, si la medida cautelar es proporcional. En este caso, en cuanto a la presencia del investigado en el proceso, la autoridad judicial cree que hay riesgo fundado de fuga, debido a la gravedad de la pena. Independientemente de que los investigados tienen residencia fija en España, la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena aconsejan el

mantenimiento de la medida cautelar ya que el riesgo se acentúa, según la juez por *“la facilidad que tienen los investigados, por sus recursos y medios, de salir al extranjero y sustraerse así de la acción de la justicia española”*. Entiende la magistrada que esta medida también pretende evitar la destrucción de pruebas *“teniendo en cuenta que la investigación se encuentra en sus inicios”*. Finalmente, la magistrada entiende que el riesgo de reiteración delictiva existe ya que los investigados, al estar integrados al colectivo *“OSPA MUGIMENDUA”* de Alsasua, vienen realizando una serie de actos violentos e intimidatorios contra la Guardia civil. Por todo esto la jueza decretó el ingreso en prisión provisional comunicada y sin fianza para todos los investigados. En mi opinión, la medida cautelar adoptada por la magistrada no está del todo equivocada, ya que el delito por el cual se les acusaba era el de terrorismo, y por tanto las penas que acarrearán son muy altas, pudiendo dar lugar a la fuga de algún investigado. Esta tesis se puede ver apoyada por la época en la que investigados por terrorismo se fugaban a países de Latinoamérica para evitar la acción de la justicia. De todas maneras, creemos que la calificación de estos hechos como terrorismo fue de alguna manera exagerada, ya que no consideremos que el objetivo de estos jóvenes tuviese tintes terroristas, aunque sí de odio.

9.3 Auto Juzgado Central Instrucción nº 2 de 6 de febrero de 2016.

El siguiente auto de prisión provisional vino a causa de unas representaciones teatrales callejeras que dos personas realizaron en Madrid durante las fiestas de carnaval. En dichas representaciones, que eran realizadas por marionetas y, según testimonio de los presentes, se escenificaron actos ofensivos como el ahorcamiento de un muñeco que representaba la figura de un juez, el apuñalamiento de una monja con un cuchillo o el apaleamiento de varios policías. Durante las representaciones se exhibió una pequeña pancarta con el lema *“alka-eta”*, que a entender del juez se trata de un juego de palabras con las denominaciones de dos grupos terroristas como AL-QAEDA y ETA. El auto sigue detallando que, entre los efectos intervenidos, se encontró una especie de cuaderno-libreta, en cuya portada figuraba la portada de un libro llamado *“CONTRA LA*

DEMOCRACIA”, de los Grupos Anarquistas Coordinados (GAC), un supuesto grupo terrorista activo entre los años 2012 y 2015. Según estos hechos, se deduce la posible comisión de un delito de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578 del CP. El auto pasa a describir los elementos vertebradores del delito como, la existencia de acciones por las que se enaltece o justifica el terrorismo, el objeto de dicho enaltecimiento o justificación que tiene que ser o bien las conductas definidas como terrorismo de los artículo 571 a 577 del CP, y que tal enaltecimiento o justificación se realice por medio de expresión pública o difusión. En el caso que nos ocupa, la autoridad judicial y justificando los requisitos para establecer la prisión provisional del artículo 503 de la LECrim, cree que existen unos hechos que presentan caracteres de delito con penas superiores a dos años, como son los relatados anteriormente. Estos hechos serían subsumibles en el delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución del artículo 510 del CP y en el de enaltecimiento del terrorismo del artículo 578. En cuanto al punto 2º del artículo 503 de la LECrim, el auto concluye que existen en la causa motivos suficientes para creer presuntamente responsables de dichos delitos a los dos investigados, ya que existen indicios racionales de criminalidad basados en los atestados policiales y diligencias practicadas. En cuanto a los fines que se persiguen con la medida de prisión provisional decretada en el auto se pretende, por un lado, asegurar la presencia del investigado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente riesgo de fuga, y, segundo, evitar la ocultación, alteración o destrucción de la prueba. En cuanto al riesgo de fuga, cree el juez que es determinante, debido a la gravedad punitiva de los delitos, pues entiende que a mayor penalidad el riesgo de fuga aumenta. Sigue diciendo el auto que para valorar dicho riesgo se ha tenido en cuenta conjuntamente la gravedad de la pena, la situación familiar, laboral y económica, así como la inminencia de la celebración del juicio oral. Siguiendo con los fines, esta medida cautelar persigue evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba. Finalmente, y para valorar el riesgo de que los investigados cometieran otros hechos delictivos se valoró su concurrencia atendiendo a las conductas desarrolladas por los investigados

anteriormente, cuando realizaron otras representaciones parecidas incluso con contenidos más violentos.

Pasando a realizar un análisis crítico de esta medida, entendemos la perspectiva del juez al decretar la prisión provisional, aunque no la compartamos. Este caso creó un gran revuelo mediático debido a que no se entendía como unos “titiriteros” podían acabar en prisión preventiva por una representación teatral. Los medios de comunicación daban a entender que los “titiriteros” habían sido encarcelados por el presunto delito de enaltecimiento del terrorismo, pero en ningún caso hablaron del delito cometido con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución. Por tanto, se les atribuían dos delitos y no uno, como dieron a entender los medios de comunicación. De todas maneras, y a la luz de los fines perseguidos por el juez con esta medida, considero que fue un tanto desproporcionada ya que ni el riesgo de fuga ni el de reiteración delictiva estaban justificados y en ningún caso entiendo se motivara debidamente, ya que simplemente se refiere el Juez a los estándares de estos riesgos, en abstracto, sin descender realmente al caso concreto.

10.CONCLUSIONES

La prisión provisional es una medida cautelar que atenta contra varios derechos fundamentales protegidos por la CE. Estos derechos son el derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la tutela judicial efectiva. La naturaleza de la prisión provisional es la de medida cautelar o incluso de medida preventiva debido a la finalidad de evitación de reiteración delictiva. En cuanto a los presupuestos, tiene que haber constancia de un hecho delictivo y motivos bastantes para creer responsable al inculpado, así como un riesgo de fuga que pueda perjudicar el proceso penal. Finalmente es muy interesante conocer la duración, ya que existen unos

plazos establecidos legalmente de manera que la medida no se puede prolongar en el tiempo indefinidamente.

11.BIBLIOGRAFÍA

- Asencio Mellado, José María, La prisión provisional, Madrid, Civitas,1987
- Barona Villar, Silvia, Prisión provisional y medidas alternativas, Barcelona, Librería Bosch,1987
- Sanguiné, Odone, *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo blanch,2003
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo , La prisión provisional (A partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre), Navarra, Aranzadi,2004
- Sospedra Navas, Francisco José , Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas, Madrid, Civitas,2004
- Carballo Armas, Pedro, La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica, 2004
- Gimeno Sendra, Vicente , Manual de Derecho Procesal, Madrid, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2009
- Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, Derecho procesal penal, manuales. 7ª edición, Valencia, Tirant lo blanch, 2015