

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARÍA VICTORIA ULL SALCEDO

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.-2. LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.-3. REQUISITOS DE EXCEPCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD.-3.1. Excepcionalidad.-3.2. Proporcionalidad.-4. FINES LEGÍTIMOS QUE LA JUSTIFICAN.-4.1. Riesgo de fuga.-4.2. Ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba.-4.3 Protección de los bienes jurídicos de la víctima.-4.4. Riesgo de comisión de otros hechos delictivos.-5. CELEBRACIÓN DE AUDIENCIA.-6. RESOLUCIÓN MOTIVADA. ESPECIAL ATENCIÓN AL SUPUESTO DE QUE EL SUMARIO SE HUBIERE DECLARADO SECRETO.-7. RECURSO.-8. MODALIDADES: PRISIÓN ATENUADA Y PRISIÓN INCOMUNICADA.-8.1. Prisión atenuada.-8.2. Prisión incomunicada.-8.2.1. Presupuestos.-8.2.2. Duración.-8.2.3. Contenido.-9. PROCEDIMIENTO DE HABEAS CORPUS PARA EL CASO DE DETENCIÓN AJUSTADA ORIGINARIAMENTE A LA LEGALIDAD PERO QUE TIENE LUGAR EN CONDICIONES ILEGALES.-BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma producida por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en materia de prisión provisional, pone de manifiesto la necesidad de realizar un estudio sobre la modificación efectuada.

Más que una reforma, se ha de considerar como una adaptación de la LECRIM a las exigencias de la realidad imperante hoy en día, y fundamentalmente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Por otra parte, se han de considerar como objetivos primarios la necesidad de objetivar la institución de la prisión provisional para de esta forma no sólo garantizar la seguridad del procedimiento sino también la del imputado.

Así pues, se establecen de una forma más clara y precisa cuáles han de ser los requisitos y fines exigidos para su establecimiento, para de esta manera poder controlar y establecer de una forma más justa cuáles se adaptan mejor a la proporcionalidad que se ha de mantener en relación al fin perseguido, es decir, el aseguramiento del procedimiento.

Se mantiene la exigencia de celebración de audiencia, si bien se introduce una novedad al incorporar la mención a los supuestos del procedimiento regulado en el título III del libro IV de esta ley de Enjuiciamiento Criminal, con el fin de que se tramiten con arreglo a lo establecido en el art. 798, es decir, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

Se hace hincapié en la necesidad de que la resolución que la acuerda deba estar motivada, haciéndose una especial mención al supuesto de que el sumario se hubiere declarado secreto.

El recurso de apelación contra el auto que la decreta pasa a sustanciarse por medio del procedimiento abreviado, facilitando la rapidez que se pretende, y que ya indicamos.

Finalmente, en cuanto a las modalidades, por un lado se mantiene la prisión atenuada, si bien el art. 508 de la LECRIM la delimita de una forma más acertada que en la anterior regulación; y por otro lado se transforma profundamente la prisión incomunicada, modernizando dicha regulación al establecer de forma más precisa y clara, a través de sus artículos 509 y 510 de la LECRIM, sus presupuestos, duración, y contenido.

2. LA PRISIÓN PROVISIONAL COMO LÍMITE A LA LIBERTAD Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Algunos autores, ponen en entredicho la existencia de la presunción de inocencia en la medida en que surge una vez iniciado un procedimiento contra una determinada persona. Así pues, para Manzini esta presunción debería ser de culpabilidad¹.

¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: *Presunción de inocencia y prisión sin condena*, en *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 23.

Ahora bien, para que se inicie un proceso contra una determinada persona han de existir unos indicios de presunta culpabilidad los cuales no han sido probados². Por lo que esta presunción de inocencia se constituye como una garantía que tiene como fin el derecho de toda persona a un proceso público en el que la carga de la prueba la tenga la parte acusadora y no se traslade al imputado la necesidad de demostrar su inocencia.

El art. 17.1 de la Constitución establece que toda persona tiene derecho a la libertad, pero al mismo tiempo autoriza la privación de la misma en los casos y formas establecidos en la ley. De aquí se deriva la necesaria reforma ya producida de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que el antiguo art. 503 y el 504 de la misma no establecían de forma clara una serie de casos taxativos sino que incluso en el artículo 503.2.^a dejaba a la libre apreciación del juez, en el caso de delito que tuviera previsto pena inferior a la de prisión mayor, la puesta en libertad del inculpado. El precepto constitucional demanda la fijación de unos casos y formas determinados en los que se establezca la privación de libertad y que no puedan ser extendidos a otros por analogía para poder garantizar la libertad y seguridad de todos los ciudadanos, lo que muestra su lógica con el hecho de que la libertad de determinados ciudadanos implica la ausencia de seguridad en otros.

Odone Sanguiné interpreta esa seguridad del art. 17.1 de la Constitución como una forma de garantía de libertad personal consistente en no ser detenido ni preso sino con arreglo a la ley para de esta forma evitar la arbitrariedad de los poderes públicos³.

Si bien es cierto, que el art. 1.1 de la Constitución propugna la libertad como un valor superior del ordenamiento jurídico no lo es menos el hecho de que la inseguridad ciudadana producida por determinados individuos atenta contra la libertad de los demás. Por tanto, esa seguridad a la que nos venimos refiriendo no solamente ha de ir encaminada a la prevención de posibles privaciones de libertad injustas e ilegales sino además y de forma principal a la salvaguarda de la protección ciudadana.

En este sentido el Tribunal constitucional ha venido señalando reiteradamente que «la constitucionalidad de la prisión provisional exige que su configuración y aplicación tengan como presupuesto la

² Vide STC 128/1995, fundamento jurídico 3.º

³ SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, ed. Tirant monografías, Valencia, 2003, pp. 373 a 378.

existencia de indicios racionales de la comisión de la acción delictiva y que su objetivo sea la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida, mereciendo tal consideración únicamente aquellos que remiten a la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, teniendo su origen en el imputado se proyectan... sobre la *sociedad*»⁴.

El principal problema en torno a la falta de libertad que implica la prisión provisional consistiría en dilucidar la diferencia existente entre la misma y la pena que se establecería en el caso de que el imputado fuera declarado culpable.

La presunción de inocencia implica que la prisión provisional no puede ser utilizada como un castigo y no puede ir más allá de su finalidad de aseguramiento del juicio⁵. Así pues la diferencia existente entre esta medida cautelar y la pena consistiría en la finalidad perseguida por el juez que la impone, por lo tanto si a pesar de cumplirse los requisitos establecidos por la ley para poder adoptar la prisión provisional el objeto de la misma no tiene su origen en el aseguramiento del juicio dicha prisión se reputará improcedente y no habrá lugar a ella ya que en este caso se trataría de un castigo arbitrario por parte del juez.

Pudiera parecer que en los casos en los que se decretara la prisión provisional la presunción de inocencia careciera de sentido y su existencia pudiera reputarse como inútil; pero ello no es así ya que en mi opinión una de las principales causas de la presunción de inocencia radica en el hecho de que esta medida solo podrá ser acordada tras la celebración de una audiencia en la que las partes podrán hacer alegaciones y se podrán aportar pruebas, por lo tanto las partes acusadoras deberán desvirtuar esta presunción de inocencia de la que goza el detenido para que se acuerde la prisión provisional. La presunción de inocencia despliega toda su eficacia hasta el momento en que se produce una resolución motivada por la que se acuerda la prisión provisional, si bien extiende su campo de actuación hasta la terminación del proceso al no ser considerado el imputado culpable pese a las pruebas que se hayan podido aportar en la citada audiencia y a pesar de que evidencien una notable y prácticamente probable culpabilidad.

⁴ Vide SSTC 128/1995, de 26 de julio, fundamento jurídico 3.º; y 14/2000, de 17 de enero, fundamento jurídico 4.º

⁵ COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo Blanch libros, Valencia, 1999, p. 98.

3. REQUISITOS DE EXCEPCIONALIDAD Y PROPORCIONALIDAD

3.1. EXCEPCIONALIDAD

En nuestro ordenamiento jurídico la libertad es un valor superior reconocido en el art. 1.1 de la Constitución por lo que debe ser la regla general, siendo la prisión provisional la excepción. De tal manera que sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria 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 conforme establece el art. 502 de la LECRIM.

El Tribunal Constitucional en la sentencia n.º 128/1995 (sala segunda), de 26 de julio, fundamento jurídico 3.º subraya que la prisión provisional, tanto en su adopción como en su mantenimiento, es una medida de aplicación excepcional⁶.

Fruto de esta excepcionalidad es que todos los supuestos de prisión provisional han de estar recogidos en la ley de forma taxativa y razonablemente detallada, por lo que sólo podrá ser decretada cuando concurren los requisitos del art. 503 de la LECRIM y se persiga alguno de sus fines. Estos requisitos consisten en la existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, y que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión, debiéndose estar a lo previsto en los arts. 73 a 79 del Código Penal si los hechos imputados fueran varios.

En todo caso el juez no estará obligado a decretar la prisión provisional, tanto el art. 502 como el 503 de la LECRIM establecen que «podrá» hacerlo cuando concurren esos requisitos y fines, no que estará obligado a ello.

Según el art. 528 de la LECRIM la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado. De aquí que Gimeno Sendra estime que la prisión provisional, en tanto que medida cautelar, está sometida a la cláusula «rebus sic stantibus» con la particularidad de que, a diferencia del proceso civil, al incidir en un

⁶ Vide SSTC 41/1982, fundamentos jurídicos 2.º y 3.º; 32/1987, fundamento jurídico 3.º; 34/1987, fundamento jurídico 2.º; 40/1987, fundamento jurídico 2.º; 13/1994, fundamento jurídico 6.º

derecho fundamental, debe ser por el Juez vigilado «de oficio» el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican⁷.

Pero, ¿hemos de entender por motivos, simplemente los fines o también los requisitos o ambos a la vez? El artículo 503 de la LECRIM nos habla de requisitos y fines pero dentro de los requisitos establece el de que aparezcan «motivos» bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar el auto de prisión, ¿significa esto que sólo en el caso de que el juez ya no crea responsable criminalmente del delito a dicha persona le dejará en libertad? En mi opinión dichos motivos se refieren a los fines consagrados en el párrafo 3.º del apartado 1 y en el apartado 2 del art. 503 de la LECRIM si bien dichos motivos pudieron tenerse en su día en cuenta por la concurrencia de los requisitos establecidos en el párrafo 1.1.º y 2.º del citado art., salvo en el caso del apartado 2 cuando de los antecedentes del caso se estime que el imputado actúa concertadamente con otras personas o realiza sus actividades delictivas con habitualidad; ya que si tuviéramos en cuenta solamente esa creencia para establecer la libertad del imputado, se estaría subjetivando la institución de la prisión provisional y la reforma de la LECRIM efectuada por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, resultaría inoperante ya que trata de objetivar la institución con el fin de incrementar las garantías procesales del imputado.

En conclusión, los «motivos» a los que alude el art. 503.1.2.º de la LECRIM se han de considerar como sinónimo de indicios, por lo que el juez deberá tener en cuenta a la hora de interpretar el art. 528 de la LECRIM los fines que le llevaron a adoptar la prisión provisional, los cuales son excepcionales a diferencia de los indicios que puede ser de diversa índole y no vienen establecidos por ley.

Considero innecesario el párrafo 2.º del apartado 1 del art. 503 de la LECRIM, en cuanto que establece como requisito para decretar la prisión provisional el «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», ya que toda persona imputada lo es porque existen motivos bastantes para creerla responsable criminalmente, de tal manera que si el art. 503 de la LECRIM estableciese que la prisión provisional pudiera ser decretada cuando

⁷ GIMENO SENDRA, V.: «La Prisión Provisional y Derecho a la Libertad», en *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997, *op. cit.*, pág 145.

se cumpliera alguno de los requisitos de los que contempla en lugar de establecer la concurrencia de todos ellos, se estaría estableciendo la prisión provisional de una forma genérica, y no excepcional.

El Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de la Excepcionalidad diciendo:

«En cuanto a la excepcionalidad de la medida, reiteradamente hemos afirmado —por todas, STC 147/2000, de 29 de mayo, F. 5 y, reproduciéndola, STC 305/2000, de 11 de diciembre, F. 3— que el papel nuclear que desempeña la libertad en el sistema que configura la Constitución, bien como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), bien como derecho fundamental (art. 17 CE), determina que el disfrute de la libertad sea la regla general, en tanto que su restricción o privación representa una excepción. La efectiva vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) determina que en los procesos por delito la situación ordinaria del imputado en espera de juicio no es la de hallarse sometido a tal medida cautelar. Como consecuencia de esta característica de la excepcionalidad, rige el principio de «favor libertatis» (SSTC 32/1987 y 34/1987, ambas de 12 de marzo; 115/1987, de 7 de julio; 37/1996, de 11 de marzo) o de «in dubio pro libertate» (STC 117/1987, de 8 de julio, formulaciones que, en definitiva, vienen a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la prisión provisional «debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen, dado, además, la situación excepcional de la prisión provisional. Todo ello ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la Ley más favorable, o sea, la menos restrictiva de la libertad» (STC 88/1988, de 9 de mayo, F. 1).»

3.2. PROPORCIONALIDAD

Este principio se encuentra recogido de forma expresa en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, al indicar que la limitación a la libertad que se produzca ha de ser proporcionada con los fines constitucionalmente legítimos, los cuales son: asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva (STC 47/2000).

Estos fines, son los ahora recogidos por el párrafo 3.º del apartado 1 y en el apartado 2 del art. 503 de la LECRIM, los cuales a su vez también guardan una proporción en relación a su importancia la que

se manifiesta por la distinta duración máxima que pueden tener, y que está prevista en el art. 504 de la LECRIM.

La sentencia del Tribunal Constitucional n.º 234/1998 (Sala Segunda), de 1 de diciembre, en su fundamento jurídico 2.º nos indica que «el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el art. 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración»⁸.

La prisión preventiva nunca podrá exceder del plazo de duración de la pena privativa de libertad aplicable en el caso de una eventual condena⁹. De ocurrir lo contrario estaríamos ante una desproporción ya que la medida cautelar resultaría más gravosa que la posible pena, al igual que si la eventual condena no consistiera en una privación de libertad. En este sentido, no considero que el nuevo art. 504 de la LECRIM haya quedado totalmente adecuado al principio de proporcionalidad, dado que en su apartado 2 establece que para los casos en los que haya motivos bastantes para creer responsable del delito a la persona imputada y cuando haya riesgo de fuga su duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años. Respecto del supuesto de que la pena señalada fuese igual a tres años podríamos estar de acuerdo, pero si es inferior no, debido a que dentro de este supuesto estaría el de que dicha pena fuese inferior a un año, por lo que se estaría autorizando mediante un mandato legal a que la prisión provisional fuese superior a la eventual condena que pudiera recaer sobre el imputado y por lo tanto manifiestamente desproporcionada. Si bien el art. 503 de la LECRIM establece como requisito que el hecho que presenta caracteres de delito tenga señalada como pena máxima la de dos años, esto no exonera de imprecisión al citado art. 504 de la LECRIM, ya que la pena que finalmente recaiga sobre el inculgado puede ser inferior a dos años e incluso a un año en virtud de las circunstancias que se observen durante el proceso.

Con esta nueva regulación de la prisión provisional, ésta queda excluida si la pena máxima para el hecho imputado no supera los dos años de prisión (art. 503.1.1.º LECRIM), lo que tiene su lógica a la luz del art. 80 del Código Penal ya que si permite a los Jueces o Tribu-

⁸ Vide SSTC 127/1984, fundamento jurídico 3.º; 98/1998, fundamento jurídico 2.º; 142/1998, fundamento jurídico 3.º

⁹ SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional...*, *ob. cit.*, p. 641.

nales dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años ¿por qué se ha de permitir que se establezca prisión provisional como medida cautelar de un delito por el que el sujeto una vez condenado puede no ser llevado a prisión? De lo contrario se establecería una desproporción entre la medida y la pena finalmente impuesta.

La adopción de la prisión provisional debe contener los siguientes presupuestos en orden a que se establezca una eficacia del principio de proporcionalidad: a) idoneidad o adecuación; b) necesidad o exigibilidad; y c) proporcionalidad en sentido estricto¹⁰. La medida debe adecuarse a los fines perseguidos por el órgano jurisdiccional, tal como son el correcto desarrollo del proceso con el fin de garantizar a la sociedad una justa resolución con todas las garantías de que pueda llegarse a producir; es preciso que la medida sea absolutamente necesaria, para que esto no de lugar a una generalidad en la aplicación de la prisión provisional; y finalmente la medida a de ser razonable en comparación con la importancia que supone el sacrificio que a la libertad de la persona se impone tal como establece la exposición de motivos de la Ley Orgánica 13/2003.

4. FINES LEGÍTIMOS QUE LA JUSTIFICAN

El Tribunal Constitucional ha considerado que no son anejos a la motivación de la consecución de estos fines, consistentes en asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva, especialmente para el riesgo de fuga, datos objetivos como la gravedad del delito imputado y el estado de tramitación de la causa [STC 23/2002, de 28 de enero, fundamento de derecho 3.º b)].

El art. 503 de la LECRIM en su apartado 1 párrafo 3.º y en su apartado 2 nos señala cuatro fines que justifican la puesta en prisión de una determinada persona a la que se le impute uno o varios hechos constitutivos de delito sancionados con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o de duración inferior si tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso. Estos fines son los siguientes: a) que no se produzca riesgo de fuga para asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) evitar la ocultación, altera-

¹⁰ SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 643.

ción o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima; y d) evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, aunque en este caso no se aplicará el límite de que el hecho constitutivo de delito esté sancionado con pena máxima igual o superior a dos años de prisión cuando de los datos del caso se desprenda que el presunto delincuente actúa de forma concertada con otra u otras personas o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

4.1. RIESGO DE FUGA

En la anterior regulación el riesgo de fuga no estaba incluido a priori como un fin o presupuesto que justifica la prisión provisional. Si bien parecía preverse el riesgo de fuga, no se hacía con el fin de asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, ya que se establecía la posibilidad de que el juez decretara prisión provisional en el momento en el que sujeto no acudía a su primer llamamiento (antiguo art. 504.1 de la LECRIM). A la luz del antiguo art. 539.4 de la LECRIM que establecía que « Si a juicio del Juez o Tribunal concurriere riesgo de fuga, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el imputado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las setenta y dos horas siguientes, a la indicada comparecencia», pudiera pensarse que estuviera reconociendo el riesgo de fuga, y que lo considerara de mayor importancia que las otras circunstancias del antiguo art. 503 de la LECRIM, las cuales coinciden prácticamente en sus apartados 1.º y 3.º con los requisitos del nuevo art. 503.1.1.º y 2.º de la LECRIM (existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, y que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión) con la salvedad de la limitación de que los delitos lleven aparejada una pena máxima consistente al menos en dos años o menos si el delito fue doloso y no estuviere cancelado ni fuese susceptible de cancelación.

En la actualidad, se ha pasado a configurar la prisión provisional por riesgo de fuga como un fin tendente a asegurar la presencia del imputado a lo largo de todo el proceso. Si bien, ahora este fin puede

llamarse con toda precisión riesgo de fuga, debido a que la medida cautelar se produce para evitarlo. Por lo tanto, aunque pudiera parecer que el riesgo de fuga no es una novedad introducida por la Ley Orgánica 13/2003, si que lo es, ya que lo que antes era llamado por el antiguo art. 539.4 de la LECRIM riesgo de fuga en realidad no lo era, debido a que si el imputado realmente adoleciese de tal riesgo ya se habría evadido de la justicia y no esperaría a que el juez reformase el auto para que lo metiesen preso, por lo que en realidad lo que podría producirse a lo mas sería una reincidencia en la fuga si es que consiguen encontrarlo y lo ponen en libertad, o una puesta en prisión injusta por ser inexistente ese riesgo de fuga.

Por otra parte, lo que establecía el antiguo art. 539 para la reforma del auto por riesgo de fuga, y que tras la reforma de la Ley Orgánica 13/2003 requiere la presencia de todos los presupuestos del art. 503 añadiendo la posibilidad de que se establezca también para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto, o evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima, o impedir el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos no es más que una simple detención preventiva ordenada por la autoridad judicial, tal como se deduce del deber que tiene de convocar una comparecencia en el plazo de 72 horas, ya que este plazo es el establecido como máximo por el art. 520.1 para el caso de que se produzca una detención preventiva.

El factor determinante de la prisión preventiva, cuando se den los presupuestos para acordarla, es el riesgo de fuga¹¹. Ello continúa siendo así, si bien el art. 503.1.3.º introduce las circunstancias que han de ser valoradas para su apreciación, las cuales son: la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena, la situación familiar, laboral y económica del imputado así como la inminencia de la celebración del juicio oral.

El riesgo de fuga sigue siendo esencial en orden al establecimiento de la prisión provisional, y constituye el fin esencial en la medida en que es el único que verdaderamente tiende a asegurar el proceso sin establecer en cierto modo una presunción de culpabilidad, ya que toda persona a la que se le imputa un hecho grave puede temer que se le condene a cumplir la pena que lleve aparejada el mis-

¹¹ SERRANO BUTRAGUÑO, I.: «La Reforma de la Prisión Preventiva», en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, ed. comares, Granada, 1996, p. 482.

mo, y eso puede ser tenido legítimamente en cuenta como causa para incitarle a la huida¹². En cambio, aunque garantizar que se evite la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, evitar que se actúe contra bienes jurídicos de la víctima o que se cometan otros hechos delictivos, constituye un aseguramiento del proceso, en cierto sentido se está creando un juicio anticipado sobre la culpabilidad de los hechos, ya que solamente se espera que una persona actúe de dicha forma cuando sin duda es culpable de los hechos que se le imputan.

Para valorar la existencia del peligro de fuga, el art. 503.1.3.ª), establece en primer lugar que se atenderá a la naturaleza del hecho. Más que a la naturaleza del hecho, que evidentemente en todos los casos en los que se inicia un proceso penal, es delictiva, debería referirse más precisamente a las circunstancias del hecho en sentido estricto, así pues referida al hecho de que la forma o manera de la comisión del ilícito penal, por su especial violencia u otras circunstancias anormales que confluyan en su realización, revelen una grave peligrosidad del imputado¹³.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado. En el párrafo 1 cardinal 1.º del art. 503 de la LECRIM lo que se tiene en cuenta es la pena máxima aplicable al hecho delictivo, por lo que para que exista peligro de fuga se ha de apreciar además las posibles causas eximentes, atenuantes y agravantes con la finalidad no de determinar una pena en concreto, sino como datos relevantes, en la medida en que se aprecie su virtual concurrencia, para concretar un mayor o menor peligro de fuga¹⁴.

En tercer lugar, se ha de atender a la situación familiar, laboral y económica del imputado. No estoy de acuerdo con la inclusión de estos motivos en la valoración del riesgo de fuga, en cuanto que devienen inconstitucionales al ir en contra del art. 14 de la Constitución, el cual establece entre otras cosas que todos los españoles son iguales ante la ley sin que puedan discriminarse por cualquier circunstancia personal o social. Aunque de la experiencia, pueda deducirse que la mayoría de los imputados que sufren una mala situación familiar, carecen de trabajo y poseen una situación económica infame suelen ser culpables, no por ello se tiene que establecer una presunción de culpabilidad, ni es justo que el sujeto que posee estas características sea

¹² SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 128.

¹³ ASENCIO MELLADO, J. M.: *La prisión provisional*, ed. Civitas, Madrid, 1987, p. 86.

¹⁴ ASENCIO MELLADO, J. M.: *La prisión...*, ob. cit., p. 90.

tratado de forma distinta a otros que están imputados por unos mismos hechos e indicios, solamente porque tienen la desgracia de no tener una vida mejor.

Finalmente en cuarto lugar, se ha de apreciar 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 de Enjuiciamiento Criminal. En los casos de enjuiciamiento rápido la inminencia de juicio oral siempre se producirá como se desprende del art. 800.3 de la LECRIM al indicar que el juez de guardia hará el señalamiento para la celebración del juicio oral en la fecha más próxima posible y, en cualquier caso dentro de los quince días siguientes; lo que ocurre, en mi opinión es que la prisión preventiva no se producirá siempre, ya que si el juicio oral se produce dentro de las 72 horas siguientes estaremos ante una detención preventiva incluida dentro del 520.1 de la LECRIM.

Todos estos requisitos valorativos del riesgo de fuga han de ser tenidos en cuenta conjuntamente, lo que no significa que si uno de estos requisitos no se da no pueda apreciarse el riesgo de fuga; por lo que lo más imprescindible para ello es que el hecho delictivo se haya producido de una manera especialmente violenta, lo que lleva implícito una mayor gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado.

Para el caso de que a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para el llamamiento y búsqueda del imputado por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores se podrá acordar la prisión provisional por riesgo de fuga sin tener en cuenta el límite de dos años que establece el ordinal 1.º del apartado 1 (art. 503.1.3.º a) LECRIM), así como ninguno de los antes citados elementos valorativos (naturaleza del hecho, gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, situación familiar, laboral y económica del imputado, inminencia de la celebración del juicio oral). El hecho de que en estos casos no se tenga en cuenta ese límite de dos años, y que de esta forma se le este dando una mayor importancia a una posible reincidencia en la fuga que a los resultados de esos procesos judiciales de los que resultó evadido, los cuales pueden estar ya cancelados, implica que el objeto pretendido no es establecer una presunción de culpabilidad basada en condenas anteriores sino asegurar la presencia del imputado con independencia de sus antecedentes penales.

4.2. OCULTACIÓN, ALTERACIÓN O DESTRUCCIÓN DE LAS FUENTES DE PRUEBA

La LECRIM en su art. 503.1.3.ºb) establece este fin tendente a evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba, sólo para los casos en los que exista un peligro fundado y concreto, el cual habrá de valorarse atendiendo «a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.»

En cuanto a la capacidad del imputado para acceder a través de terceros a las fuentes de prueba, solamente se podrá evitar mediante una prisión incomunicada, imposibilitando que el imputado, mediante sus comunicaciones con el exterior, se confabule con cómplices, testigos, etc., desvirtuando la finalidad del sumario, es decir, la de aportación de los hechos al juicio oral¹⁵. Luego no todos los medios de valoración del peligro de ocultación, alteración y destrucción de pruebas, conducen a una misma modalidad de prisión preventiva.

No se deberá acordar la prisión provisional por esta causa cuando dicho peligro difiera del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación (art. 503.1.3.ºb) LECRIM).

Pero, ¿a que defensa se refiere a la del imputado o a la de la parte acusadora? La cuestión no resulta tan clara, en cuanto que según Pisapia la prisión provisional, podría acarrear consecuencias dañinas para el ejercicio del derecho de defensa del sujeto pasivo de la pretensión penal, ya que si bien a través de ella se consigue el aseguramiento de las pruebas en contra del acusado mediante la evitación de la confabulación con el exterior, a su vez, se puede privar al imputado de utilizar todas las pruebas que considere oportunas para su defensa, y ello porque la situación de privación de libertad es la menos indicada para proceder a una labor de búsqueda de tales medios de defensa¹⁶.

A lo que se refiere este art. 503.1.3.ºb) LECRIM al indicar que «no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuanto pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del imputado en el curso de la investigación», podría ser a que en ningún caso procederá establecer

¹⁵ ASENSIO MELLADO, J. M.: *La prisión...*, ob. cit., p. 35.

¹⁶ ASENSIO MELLADO, J. M.: *La prisión...*, ob. cit., p. 36.

la prisión provisional, en base a la actitud pasiva del sujeto que no utiliza las pruebas oportunas a su alcance para su defensa, lo cual tendría cabida bajo el derecho consagrado en el art. 520.2.b) de la LECRIM de no declarar contra sí mismo y de no confesarse culpable.

4.3. PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS DE LA VÍCTIMA

Este fin, implica más que una forma de asegurar el proceso una manera de evitar la posible reiteración delictiva del imputado, que podría tener como base el art. 17.1 de la Constitución en cuanto que establece la seguridad como derecho fundamental junto con la libertad. Así pues, esta seguridad iría encaminada a la protección de los bienes jurídicos de la víctima.

Aunque la ley no lo diga de forma expresa esta protección descansa en la idea de peligrosidad y pretende cumplir una función preventiva; de acuerdo con lo expuesto por Solchaga, aunque la finalidad preventiva no puede considerarse como propia de la medida cautelar, lo cierto es que la realidad pone de manifiesto como la prisión preventiva se adopta en base a garantizar la seguridad de los ciudadanos, debido a que la pena difícilmente puede cumplir esta misión como consecuencia del retardo excesivo de los procedimientos¹⁷.

Pero, de todas formas esta protección además de cumplir el fin de proporcionar seguridad a la víctima, principalmente asegura la pronta conclusión del proceso ya que es el único modo de evitar realmente el riesgo de comisión de nuevos delitos¹⁸.

El art. 503.1.3.ºc) LECRIM hace una especial referencia a las personas mencionadas en el art. 153 del Código Penal, las cuales son el cónyuge del imputado o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a su potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro. En estos casos, la existencia del hecho delictivo dependerá de que sea el imputado el que lo ha cometido, ya que en caso contrario la parte acusadora incurriría en un delito de calumnia tipificado por el art. 205 del Código Penal. Por lo tanto, en estos supuestos, a diferencia de los demás en los que

¹⁷ ASENSIO MELLADO, J. M.: *La prisión...*, ob. cit., pp. 37 a 39.

¹⁸ SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional...*, ob. cit., p. 297.

lo que se plantea no es la existencia del hecho delictivo sino si es el imputado su autor, aquí el proceso trata de dilucidar si el imputado es culpable, ya que de no ser así no habría delito alguno. Dado la protección que se dispensa a estas personas, en este caso no se aplicará el límite de dos años de pena máxima.

4.4. RIESGO DE COMISIÓN DE OTROS HECHOS DELICTIVOS

Aunque, el art. 503.2 de la LECRIM no lo llama fin, es evidente que lo es y en cuanto tal debe cumplir con los requisitos previstos en el apartado 1 ordinales 1.º y 2.º; si bien debido a su especialidad en cuanto a la aplicación de los requisitos (existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, y que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión), el límite de dos años de prisión del apartado 1 ordinal 1.º «no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la policía judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o que realiza sus actividades delictivas con habitualidad»; y además solamente se podrá decretar la prisión provisional por esta causa cuando el hecho delictivo imputado sea doloso.

Este fin, cumple la misma función que el que hemos citado anteriormente, si bien en este caso la seguridad es social en lugar de individual. Esto quiere decir, que mientras que el anterior va dirigido a la protección de la víctima como sujeto individual, en este supuesto se pretende obtener una salvaguarda de toda la ciudadanía en general al evitar que durante el proceso se produzcan nuevas víctimas.

Para valorar la existencia de este riesgo «se atenderá a las circunstancias de hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer» (art. 503.2 párrafo segundo LECRIM). En cuanto a dichas circunstancias reiteramos lo dicho para el caso de riesgo de fuga, con la salvedad de que la prisión provisional se podrá decretar en cuanto que concurra una de estas dos circunstancias, no siendo preciso que se produzcan ambas a la vez.

Para que la prisión provisional se adopte por esta causa el delito imputado habrá de ser doloso (art. 503.2 párrafo tercero LECRIM). Aunque el límite previsto en el ordinal 1.º del apartado 1 del art. 503 de la LECRIM no se aplique cuando se deduzca que el imputado actúe de forma concertada (art. 503.2 párrafo tercero LECRIM), pienso que cuando la ley se refiere a los antecedentes del imputado habrá que entender los no cancelados ni susceptibles de cancelación.

En el supuesto al que se aplica esta limitación, el art. 503.2 párrafo tercero LECRIM señala que pueda «racionalmente inferirse» que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada. ¿Qué se ha de entender por racionalmente inferirse? El término racional nos induce a pensar que no se admiten simples conjeturas, ni indicios de los que se puedan llegar a deducir este tipo de actuación; lo que se requiere son unos datos y circunstancias que si bien de momento intuyen que el imputado puede ser culpable, estimen que en ese caso lo más probable es que el delito lo haya realizado actuando concertadamente y de forma organizada.

Se ha de actuar no sólo concertadamente sino también de forma organizada, es decir, el delito no solamente ha de haber sido realizado por varias personas sino que también es preciso que esos sujetos se hayan puesto de acuerdo para lograr un mismo fin.

En cuanto al hecho de que se realicen las actividades delictivas con habitualidad, habría que tener en cuenta los antecedentes del imputado, tanto los cancelados como los no cancelados, dado que el citado art. 503.2 LECRIM nada dice acerca de que dichos antecedentes deban o no estar cancelados o ser susceptibles de cancelación.

5. CELEBRACIÓN DE AUDIENCIA (art. 505 de la LECRIM)

En el caso de que el juez entienda que procede la prisión provisional, deberá convocar una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar en que se decrete o bien la prisión provisional del imputado o su libertad provisional con fianza (párrafo primero del art. 505.1 LECRIM). Así pues tanto la prisión provisional como la libertad provisional con fianza se acordará siempre a instancia de parte cuando el juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa lo considere oportuno por concurrir los requisitos del art. 503 de la LECRIM (existencia de un delito sancio-

nado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión, y que se persiga alguno de los siguientes fines: a) que no se produzca riesgo de fuga para asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima; y d) evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos). De esta forma, se establecen mayores garantías para el imputado al no dejarse tal decisión ni en las solas manos del juez ni en las del Ministerio Fiscal y partes acusadoras.

El juez, podrá decretar la libertad provisional sin fianza, sin audiencia (arg. Ex. párrafo primero del art. 505.1 LECRIM). Esta observación debería ser excluida del precepto 505 de la LECRIM en cuanto que da a entender que lo usual es que se establezca la prisión durante todo el proceso, cuando lo normal es que el individuo no sea privado de su libertad hasta que se demuestre su culpabilidad mediante un proceso establecido con todas las garantías. De ahí, que para decretar la prisión provisional, sea necesario una audiencia, en la cual sean oídas las alegaciones de las partes, y se tengan en cuenta las pruebas aportadas (arg. Ex. art. 505.3 LECRIM).

En el caso de que el delito imputado sea un supuesto de los regulados mediante un procedimiento para el enjuiciamiento rápido, la audiencia se sustanciará conforme a lo establecido en el art. 798, salvo si se hubiese celebrado con anterioridad (párrafo segundo del art. 505.1 LECRIM). En estos casos, el proceso penal se incoa mediante un atestado policial, tras el cual la Policía Judicial pondrá a la persona detenida a disposición del Juzgado de guardia o, sin detenerla la citará para comparecer ante dicho juzgado (art. 795.1 LECRIM); de ahí que se haya o no podido celebrar la audiencia con anterioridad.

La audiencia deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial (art. 505.2 LECRIM), lo cual es acorde con el art. 17.2 de la Constitución al establecer dicho plazo para la detención preventiva.

A la audiencia se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a

las demás partes personadas (art. 505.2 LECRIM). A diferencia de lo que ocurría con el antiguo art. 504 bis 2 de la LECRIM, en el nuevo art. 505.2 ha desaparecido la obligación de comparecer impuesta al imputado y al Ministerio Fiscal. Ello tiene su razón de ser en el hecho de que si se tienen razones para pensar que el imputado no comparecerá se le tendrá en detención preventiva hasta que se produzca la audiencia; la cual habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza. Aunque esta detención preventiva la establece el art. 17.2 de la Constitución para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, no estaría demás que en este art. 505.2 de la LECRIM se hubiera establecido un añadido mediante el cual se determinarían los requisitos para poder llevar a cabo la detención preventiva, entre los que se encontrarían no solo el poder esclarecer los hechos, sino también el supuesto en el que de los antecedentes y circunstancias de hecho se prevea que el imputado no comparecerá a la audiencia, pudiéndose producir por tanto un riesgo de fuga.

En cuanto al Ministerio Fiscal, esta falta de obligación de asistir a la audiencia tendría su causa en las dificultades prácticas que puede acarrear la comparecencia del Ministerio público, como dice Banacloche, sobre todo si se llegara a producir la coincidencia de varias audiencias en juzgados de instrucción distantes entre sí, pero encomendados a una sola sección de la Fiscalía¹⁹.

Para que se decrete la prisión provisional, es necesario que el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora (los acusadores particulares o populares) lo solicite, en cuyo caso podrán quienes concurren realizar alegaciones y proponer los medios de prueba (art. 505.3 LECRIM). Pero, ¿qué debería ocurrir si el imputado es el único que acude a la audiencia y ni las partes acusadoras ni el Ministerio Fiscal solicitan la prisión provisional o la libertad provisional bajo fianza, por no haber podido comparecer a dicha audiencia? en este caso tendríamos que aplicar el art. 505.5 de la LECRIM y reconduciríamos el hecho al caso de que la audiencia no pudiera celebrarse, en cuya situación el juez o tribunal podría acordar la prisión provisional, si concurrieren los presupuestos del art. 503 de la LECRIM (existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso,

¹⁹ BANACLOCHE PALAO, J.: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 397.

que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión, y que se persiga alguno de los siguientes fines: a) que no se produzca riesgo de fuga para asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el imputado pueda atacar contra bienes jurídicos de la víctima; y d) evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos), o en todo caso decretar la libertad provisional con fianza. A pesar de ello, el juez o tribunal convocaría una nueva audiencia, dentro de las 72 horas siguientes, adoptando las medidas a que hubiere lugar por la falta de celebración de la primera audiencia (art. 505.5 LECRIM). Entiendo, que en esta nueva audiencia las partes pueden solicitar la prisión provisional, pudiendo en todo caso realizar las alegaciones que estimen convenientes y proponer las pruebas oportunas que puedan practicarse en el acto o dentro de esas nuevas 72 horas, con el fin de fundamentar de una manera más amplia la decisión del juez (si es que ya acordó la prisión provisional), el cual podrá o bien ratificarse en su decisión, o bien desistir de la misma. De esta forma, en cierta manera e implícitamente se establece una fórmula para poder ampliar el tiempo de prueba de 72 horas hasta 144 horas.

¿Qué se debería hacer en el caso de que fuese el imputado el que se declarase culpable durante la audiencia? de esta forma se estaría mostrando una intención de reducción de la pena, manifestado en forma de arrepentimiento; y en este caso si concurren los requisitos del art. 503 de la LECRIM, incluso si no se solicitara por el Ministerio Fiscal ni por las partes acusadoras, habría que decretar la prisión provisional, hasta que en virtud del art. 406.1 de la LECRIM, se practiquen todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito; y así poder finalizar el proceso con todas las garantías para el imputado, estableciéndose la pena de prisión si resultará culpable a la vista de las averiguaciones realizadas.

En los demás casos que puedan plantearse, y que no estén comprendidos dentro de la imposibilidad de celebrar audiencia, si ninguna de las partes instará la prisión provisional o la libertad bajo fianza, se acordará la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviese detenido (art. 505.4 de la LECRIM), y ello aunque el juez o tribunal estime su procedencia.

Si el detenido es puesto a disposición de un juez o tribunal distinto del que correspondería conocer de la causa, y el detenido no pu-

diere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de la forma anteriormente expuesta (art. 505.6 LECRIM). No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oír al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda (art. 505.6 de la LECRIM). Este precepto, se ajusta a lo expuesto por Serrano Butragueño al decir que «Si un detenido es puesto a disposición de un Juez de Instrucción en funciones de guardia, sin procedimiento pendiente, o con procedimiento pendiente, pero sin que exista contra el detenido auto de prisión, aunque ese Juez no vaya a conocer del asunto, la Junta de Jueces de Madrid considera que también deberá convocar (el que esté de guardia) a la citada audiencia; y tras decidir con arreglo a Derecho, en función de lo solicitado por las partes y de su propio criterio, la prisión o libertad del detenido, lo pondrá a disposición del Juzgado o Tribunal competente»²⁰. Pero habrá que añadir, que una vez que el imputado sea puesto a disposición del juez que ha de conocer de la causa, y sea oído, dicho juez habrá de ratificar la decisión del primero o en su caso tomar la decisión que considere oportuna mediante la resolución que proceda.

6. RESOLUCIÓN MOTIVADA. ESPECIAL ATENCIÓN AL SUPUESTO DE QUE EL SUMARIO SE HUBIERE DECLARADO SECRETO

La prisión provisional, así como cualquier otra medida relativa a la situación personal del imputado, se decretará mediante una resolución en forma de auto (art. 506.1 LECRIM). El art. 506 de la LECRIM establece que el auto por el que se acuerde la prisión provisional o su prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que la justifican. El mero hecho de indicar que se producen los fines del art. 503 de la LECRIM no es suficiente, habrá que justificar no sólo la existencia de los mismos sino también que de no establecerse la prisión provisional se va a producir un perjuicio mayor del que se trata de evitar con ella, de ahí que haya de ser necesaria y proporcionada.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 33/1999 (sala segunda), de 8 de marzo [RTC 1999/33] establece en su fundamento jurídico 2.º que «en los supuestos de resoluciones limi-

²⁰ SERRANO BUTRAGUEÑO, I.: *La Reforma de la Prisión...*, op. cit., p. 470.

tativas de derechos fundamentales la falta de motivación de las mismas infringe, ya por esta sola causa, los derechos fundamentales afectados»²¹.

La ley parece ser que solamente establece esta exigencia de motivación en relación a los fines, pero nada indica acerca de los otros dos requisitos del art. 503.1.1.º y 2.º de la LECRIM (existencia de un delito sancionado con pena igual o superior a dos años o pena inferior si el imputado tuviera antecedentes no cancelados ni susceptibles de cancelación derivados de condena por delito doloso, y que haya motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se haya de dictar auto de prisión), la razón puede ser debida no a que se excluya la motivación de estos dos presupuestos, ya que lo que se exceptúa es la reiteración de los mismos. Es decir, la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena máxima de dos años de prisión, y los motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra la que se ha de dictar auto de prisión, son también requisitos indispensables para que se produzca la imputación del delito en relación a una determinada persona, por lo que su motivación se ha de realizar con el fin de justificar la imputación del presunto culpable, ya que motivarlo en aras a establecer la prisión provisional resultaría reiterativo.

Cosa distinta sería que nos encontráramos ante el supuesto recogido en el art. 309 párrafo último de la LECRIM, el cual establece que «si el delito fuere de los que dan motivo a la prisión preventiva, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, y el presunto culpable hubiese sido sorprendido in fraganti, podrá ser, desde luego, detenido y preso, si fuere necesario»; ya que al ser el presunto culpable sorprendido in fraganti, detenido y preso con el fin de que se decrete la prisión provisional, en el auto que la estableciera debería incluirse también la motivación referente al porque de su imputación.

Nada se dice en éste art. 506 de la LECRIM acerca de la libertad provisional del que fue sometido a detención preventiva. La razón de ser de esta ausencia de motivación viene justificada por el principio de presunción de inocencia, ya que todo individuo se considera ino-

²¹ Vide SSTC 8/1990, fundamento jurídico 1.º; 12/1994, fundamento jurídico 4.º; 50/1995, fundamento jurídico 5.º; 128/1995, fundamento jurídico 4.º; 37/1996, fundamento jurídico 5.º; 62/1996, fundamento jurídico 2.º; 44/1997, fundamento jurídico 5.º; 67/1997, fundamento jurídico 2.º; 107/1997, fundamento jurídico 4.º; 156/1997, fundamento jurídico 4.º; 170/1996, fundamento jurídico 6.º y 177/1978, fundamento jurídico 2.º

cente hasta que se demuestra lo contrario, por lo que lo que se habrá de motivar no es la libertad, considerada como la regla general sino la restricción a este derecho fundamental.

Además la justificación de este auto, no solo tiene por fin el que el imputado conozca las razones de la restricción de su derecho fundamental, sino también que pueda ejercitar con eficacia los recursos devolutivos contra aquella resolución en los que el Tribunal «ad quem» podrá comprobar la justificación o no del acto²².

Si la causa se hubiere declarado secreta, en el auto de prisión se deberán indicar los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse (primera parte del art. 506.2 LECRIM), con el fin de dejar constancia de la falta de conocimiento del imputado sobre los mismos. En ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art. 503 de la LECRIM se pretende conseguir con la prisión (parte segunda del art. 506.2 LECRIM).

Una vez alzado el secreto de sumario, se deberá notificar nuevamente el auto de prisión de manera íntegra (art. 506.2 in fine LECRIM), y aunque este precepto 506 de la LECRIM no lo diga debería contener un añadido en el cual se indicará la obligación del Juez de Instrucción de convocar una nueva audiencia en el plazo de 72 horas desde el alzamiento del secreto, en aras a minorar la indefensión sufrida como consecuencia de dicho secreto de sumario.

7. RECURSO

La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre introduce en este aspecto una reforma sustancial al regular la tramitación del recurso de apelación mediante los cauces del procedimiento abreviado. Así pues, el nuevo art. 507 de la LECRIM establece que «contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado podrá ejercitarse el recurso de apelación en los términos previstos en el artículo 766.»

Pudiera parecer que con esta nueva formulación, se ha suprimido el recurso de reforma. Aunque la ley ya no lo menciona, nos remite al

²² GIMENO SENDRA, V.: «La necesaria reforma de la prisión provisional», en *Diario La ley*, Madrid, 2001, p. 3.

art. 766 en el cual nos indica que contra los autos del juez de instrucción y del juez de lo penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse además del de apelación el de reforma. Si bien el legislador no excluye el recurso de reforma, lo que pretende al no citarlo en el art. 507 de la LECRIM es simplificar y acelerar la tramitación del procedimiento mediante el recurso de apelación.

Nada dice el art. 507 de la LECRIM sobre el órgano judicial ante el cual se ha de interponer el recurso. El art. 219 de la LECRIM nos remite ante el mismo juez que hubiere dictado el auto, cuando se trate de un recurso de reforma o apelación contra una resolución de un Tribunal o Juez de instrucción.

Pero, también podrá dictar un auto decretando la prisión provisional el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa en base de lo dispuesto en el art. 502.1 de la LECRIM.

La supresión del art. 504 bis 2 párrafo último de la LECRIM, el cual establecía que «contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial», trae consecuencia de la modificación producida en el art. 502 de la LECRIM, ambas por la Ley Orgánica 13/2003, al ampliar en este nuevo artículo la relación de jueces y tribunales que pueden dictar auto acordando la prisión provisional (juez o magistrado instructor, juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa), y además sirve para evitar una posible contradicción con el art. 219 de la LECRIM.

Entiendo, que cuando la prisión provisional haya sido establecida por el juez de lo penal o el tribunal que conozca de la causa, deberá conocer del recurso de reforma o apelación la Audiencia respectiva, ya que el art. 766.3 de la LECRIM establece la remisión a la misma, del testimonio sobre los particulares señalados para la tramitación del recurso de apelación.

Este recurso de apelación gozará de tramitación preferente, y deberá resolverse en un plazo máximo de 30 días (art. 507.1 LECRIM). Entiendo que este plazo engloba también la suma del recurso de reforma más el de apelación cuando se haya optado por interponer además el primero de estos recursos citados.

Se establece una especialidad en el art. 507.2 de la LECRIM, cuando la causa hubiere sido declarada secreta y en virtud de la misma no se hubiere notificado íntegramente el auto de prisión al

imputado, en cuyo caso éste podrá también recurrir el auto íntegro cuando le sea notificado, en los mismos términos antes citados.

Si bien ha de establecerse una compatibilidad entre el principio de defensa y el fin que se pretende conseguir, es decir, el aseguramiento del proceso, con esta nueva regulación, se ha llegado a una aproximación que puede llegarse a considerar más o menos justa, al incluir dentro del auto inicialmente notificado una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el art. 503 de la LECRIM se pretende conseguir.

De igual forma, se le da una nueva oportunidad al imputado para poder recurrir antes de que se dicte sentencia. En mi opinión lo que se produce cuando se establece secreto de sumario, y se ha decretado la prisión provisional, no es más que una forma encubierta de ampliar la detención preventiva, la cuál se transformará en prisión provisional si una vez recurrido el auto de prisión, la misma se confirmare o cuando el imputado dejare pasar el plazo para recurrir.

Finalmente, cabe decir, que con esta formulación contenida en el art. 507.2 de la LECRIM, nos aproximamos a la regulación establecida en Italia, donde el art. 264 del CPP ha venido a ofrecer, tras la reforma de 1955, la vía pertinente para compatibilizar la motivación del auto de prisión y el secreto de la instrucción²³.

8. MODALIDADES: PRISIÓN ATENUADA Y PRISIÓN INCOMUNICADA

Por lo que respecta a las modalidades de prisión provisional, por un lado, se mantiene la tradicional prisión atenuada, que pasa a ser regulada por el art. 508 de la LECRIM; y por otro lado, se reforma notablemente la prisión incomunicada al establecerse con precisión los presupuestos, duración y contenido de la incomunicación a través de los arts. 509 y 510 de la LECRIM.

8.1. PRISIÓN ATENUADA

Con esta nueva regulación, en realidad lo que se hace es aclarar la naturaleza de la prisión atenuada que no es más que la de un arresto domiciliario dotado de la vigilancia necesaria.

²³ ASENSIO MELLADO, J. M.: *La prisión...*, ob. cit., p. 198.

Solamente se permite este arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para la salud del imputado (art. 508 LECRIM). Esto quiere decir, que en este supuesto no solamente cabe incluir los casos en los que la salud del imputado sufra un grave peligro, sino también aquellos en los que si bien el imputado sufre una enfermedad, su salud no corre grave peligro a no ser que se le interne en prisión.

Dentro de estos últimos supuestos, podríamos incluir los casos de enfermedades psicológicas, en los cuales si bien el imputado debe ser mantenido preso, en aras al aseguramiento del proceso, esta situación podría llegar a empeorar su estado mental.

El juez o tribunal podrá autorizar a que el imputado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa (art. 508 LECRIM). De esta forma, se esta limitando el régimen de autorización de salida del domicilio; por lo que creo que en ningún caso se deberá permitir que el enfermo salga de él para ir a trabajar a no ser que nos encontráramos ante un caso encuadrable dentro de la enfermedad mental, en el cual, previo informe del facultativo correspondiente, se recomiende como positivo para su enfermedad el que siga desempeñando su trabajo, para el que se le considera apto debido a su escasa complejidad, y siempre que mediante el mismo no le sean facilitados instrumentos peligrosos para la vida.

En cambio, ante situaciones en las cuales los imputados adolezcan de alguna enfermedad, siempre que no sea mental, en ningún caso se deberá permitir la salida del sujeto de su domicilio para trabajar, debido a que la circunstancia laboral ya se tuvo en cuenta a la hora de valorar el riesgo de fuga, por lo que si se considera necesario que el trabajador continúe con sus labores durante el proceso, no se decretará la prisión provisional y se tomarán otras medidas tales como la libertad provisional bajo fianza.

Cabe señalar, que este art. 508, regulador de la prisión atenuada, indica la diferencia existente entre la misma y la concepción del arresto domiciliario como medida alternativa. Así pues, el citado precepto, autoriza en su última línea al juez o tribunal para que el imputado salga de «su» domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa. Por lo tanto, para que estemos ante un caso de prisión provisional, el arresto deberá ser llevado a cabo en el domicilio del imputado y no en otro; en cambio, nos encontraremos ante una medida alternativa revestida bajo la forma de arresto domiciliario, cuando el sujeto se

halle en otro domicilio distinto del suyo, del que además no se le permita salir. En este último caso el concepto de «domicilio» se debe entender a cualquier centro hospitalario o de internamiento.

8.2. PRISIÓN INCOMUNICADA

Si bien este tipo de prisión ha sido reformado ampliamente por La Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, siguen siendo de aplicación los arts. 523, 524, y 527 de la LECRIM.

8.2.1. Presupuestos

El art. 509.1 de la LECRIM nos indica los presupuestos que se han de tener en cuenta para acordar la prisión provisional incomunicada, que no son otros que los fines recogidos en el art. 503 de la LECRIM: a) que no se produzca riesgo de fuga para asegurar la presencia del imputado en el proceso; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en el caso de que exista un peligro fundado y concreto; c) evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima; y d) evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos).

Así pues, se podrá acordar la prisión incomunicada para evitar: 1) que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, lo que equivale al fin de evitar el riesgo de fuga; 2) que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con la comisión de los hechos delictivos, lo que se identifica con el apartado b), ordinal 3, párrafo 1 del art. 503 de la LECRIM; 3) que se cometan nuevos hechos delictivos, lo cual engloba tanto que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima como que actúe contra los de cualquier otro individuo, por lo que estaríamos ante los fines del art. 503.1.c) y 503.2 de la LECRIM.

Por lo tanto bastará que se de alguno de los fines que justifican la prisión provisional para que una vez acordada la misma, se pueda establecer la incomunicación.

8.2.2. Duración

Viene determinada por el art. 509.2 de la LECRIM, en el cual la regla general es que la prisión provisional durará el tiempo estricta-

mente necesario para practicar con urgencia diligencias tendentes a evitar los peligros a los que acabamos de hacer referencia, siempre y cuando no se sobrepase el plazo de cinco días.

En cuanto a la regla especial, se establece para el caso de que el delito sea cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, así como también cuando se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, en cuyos casos la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días (párrafo primero del art. 509.2 parte final).

De esta forma, se establece una regulación de la duración de la incomunicación en atención no sólo a la presencia de los fines que se podrían malograr de no llevarse a cabo, sino también y de una forma especial, atendiendo a la peligrosidad que entrañan para la sociedad determinados tipos de delincuentes.

De todas formas, el juez o tribunal que conozca de la causa podrá mandar que vuelva a quedar incomunicado el preso, aun después de haber sido puesto en comunicación, siempre que la causa ofreciere méritos para ello, la cual no excederá en ningún caso de tres días (párrafo segundo del art. 509.2 LECRIM).

Si bien cualquiera de los jueces o tribunales señalados por el art. 502.1 de la LECRIM (juez o magistrado instructor, juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa) pueden acordar la incomunicación, siempre y cuando respeten los plazos señalados al inicio de este apartado, solamente el juez o tribunal que conozca de la causa podrá volver a decretar la incomunicación o prorrogarla nuevamente por un plazo de tres días. En esta ocasión no se podrá hacer la distinción anteriormente indicada y contenida en el párrafo 1.º del art. 509.2 de la LECRIM, sino que simplemente se atenderá a que la causa ofreciere méritos para ello; por lo que de esta forma y al no establecer unos requisitos específicos, se esta dejando al libre arbitrio del juez esta nueva incomunicación o prorroga extraordinaria.

No obstante, al limitar el uso de esta nueva incomunicación o prorroga al juez o tribunal que conozca de la causa, se está propiciando una mayor celeridad en el procedimiento, ya que si se quiere disponer de esta prorroga sin que transcurra un período de tiempo en el que el preso pueda estar comunicado y frustrar los objetivos perseguidos, se precisará la rapidez necesaria para que antes de que se agote el inicial plazo de cinco días o de diez en su caso, las diligen-

cias oportunas hayan sido practicadas y estén ya en manos de el juez o tribunal que ha de conocer la causa.

8.2.3. Contenido

Se encuentra establecido no sólo en el art. 510 sino también en el 523, 524, y 527, todos ellos de la LECRIM.

El art 510.1 de la LECRIM señala que «el incomunicado podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias en que le dé intervención esta ley cuando su presencia no pueda desvirtuar el objeto de la incomunicación».

Así pues, deberemos acudir al art. 527 en relación con el 520.2.c) ambos de la LECRIM, para aclarar que si bien el incomunicado no tiene derecho a relacionarse con su abogado defensor durante la incomunicación, tiene el de que se le designe uno de oficio para solicitar su presencia y asistencia a las diligencias policiales y judiciales de declaración.

Además, la razón de ser de este precepto, como indica Barona Vilar en relación a las diligencias periciales, es facilitar la asistencia del imputado a pruebas que, por su propia naturaleza, quizás no se puedan repetir en el acto del juicio oral²⁴.

En segundo lugar, el art. 510.2 de la LECRIM permite al preso «contar con los efectos que él se proporcione siempre y cuando a juicio de juez o tribunal no frustren los fines de la incomunicación».

Finalmente, el art 510.3 de la LECRIM indica que «el preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el juez o tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas.»

Este precepto viene a señalar lo mismo que en el art. 524.1 de la LECRIM el cual establece que «el juez instructor autorizará, en cuanto no se perjudique el éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso», pero con la salvedad de que este último hace referencia exclusivamente al juez instructor, mientras que el art. 510.3 de la LECRIM simplemente indica que dicha autorización podrá ser realiza-

²⁴ BARONA VILAR, S.: *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 111.

da por el juez o tribunal; por lo que deberemos entender que dicha posibilidad de comunicación deberá ser acordada por alguno de los jueces o tribunales señalados por el art. 502.1 para decretar la prisión provisional, así pues se podrá decretar por 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.

Con esta nueva regulación, se flexibiliza el contenido de la comunicación, lo que se aprecia ostensiblemente por el hecho de que la modificación que el art. 527 de la LECRIM establece para el derecho a la comunicación previsto en el apartado d) del número 2 del art. 520 de la LECRIM, con la supresión del derecho a que se ponga en conocimiento de la familia o persona que se desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle; puede llegar a ser desvirtuado por el juez o tribunal al utilizar la autorización que le confiere el citado art. 510.3 de la LECRIM.

9. PROCEDIMIENTO DE «HABEAS CORPUS» PARA EL CASO DE DETENCIÓN AJUSTADA ORIGINARIAMENTE A LA LEGALIDAD PERO QUE TIENE LUGAR EN CONDICIONES ILEGALES

Para que la detención provisional resulte válida y eficaz, no solamente hemos de tener en cuenta la concurrencia de todos los requisitos legales necesarios para su establecimiento, sino que también se han de tener en consideración tanto si se mantiene o prorroga ilegalmente, es decir, incumpliendo el plazo máximo de 72 horas, prorrogables por otras 72 horas cuando se produzcan las circunstancias del art. 505.5 de la LECRIM (imposibilidad de celebración de la audiencia) ya expuestas en un epígrafe anterior, lo que también sucederá cuando se supere cualquiera de los plazos de duración establecidos en el art. 504 de la LECRIM (es decir, cuando la prisión provisional se hubiera decretado para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga, el de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años, pudiéndose prorrogar hasta dos años, si el delito tuviera señalada pena privativa de libertad superior a tres años, o de hasta seis meses, si el delito tuviera señalada pena igual o inferior a tres años, si el imputado fuere condenado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida; cuando la prisión provisional se hubiere acordado

para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en los que exista un peligro fundado y concreto, su duración no podrá exceder de seis meses, debiéndose motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional, cuando se hubiere decretado la prisión incomunicada o secreto de sumario, y estos se levanten antes del citado plazo de seis meses) para el caso de la prisión provisional; así como si la retención del individuo se produce de forma ilegal.

Para remediar el daño producido por estas «condiciones ilegales» que impiden que el imputado recobre su libertad, la Ley Orgánica 6/1984, regula el procedimiento de «Habeas Corpus», en cumplimiento del mandato recogido en el art. 17.4 de la Constitución.

Abundante jurisprudencia del Tribunal constitucional establece que la detención preventiva en cuanto a su constitucionalidad está especialmente caracterizada por ciertas notas, y entre ellas por su limitación temporal²⁵, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible²⁶, como así lo corrobora lo dispuesto en el art. 5.2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que exigen que el detenido sea conducido «sin dilación» o «sin demora» ante la autoridad judicial.

No cabe ninguna duda acerca de la legitimidad del habeas corpus cuando lo que se produce es una detención preventiva causada antes de la puesta del detenido ante la autoridad judicial; ahora bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 224/2002 (Sala Segunda), de 25 de noviembre, en su fundamento jurídico 3.º párrafo 3 nos indica que el plazo de privación de libertad (bajo cuyo término cabe incluir como tal la prisión provisional) habrá de comprender el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; así pues es perfectamente posible que el detenido pase a manos de la autoridad judicial sin que por ello se hayan esclarecido los hechos, y que por darse los requisitos necesarios para adoptar la prisión provisional se enlace dicha detención con la misma, siendo adecuado que se inicie un procedimiento de habeas corpus.

Gimeno Sendra califica el «Habeas Corpus» como «un procedimiento especial y preferente, por el que se solicita del órgano jurisdiccional

²⁵ Vide SSTC 31/1996, de 27 de febrero, F. 8; 21/1997, de 10 de febrero, F. 4; 174/1999, de 27 de septiembre, F. 4; 179/2000, de 26 de junio, F. 2).

²⁶ Vide SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, F. 8; 224/1998, de 24 de noviembre, F. 3.

diccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, vulnerado por la comisión de cualquier detención ilegal que pueda ser dispuesta por persona no encuadrada dentro del Poder Judicial»²⁷.

Así pues esta sería la regla general, y en base a ella podríamos definir la regla especial, que es la que estamos examinando, diciendo que el procedimiento de «Habeas Corpus» supondría: «un procedimiento especial y preferente, por el que se solicita al órgano jurisdiccional competente el restablecimiento del derecho constitucional a la libertad, vulnerado por la comisión de una detención originariamente legal que tiene lugar en condiciones ilegales, la cuál puede ser dispuesta por una autoridad (judicial), agente, funcionario público o particular (ver art. 1.a) de la Ley Orgánica 6/1984)».

Aunque para algunos autores no tiene sentido que el Habeas corpus se ejercite cuando la persona detenida se encuentra ya a disposición y bajo control judicial, tal como sucede en la prisión provisional²⁸, para mí sí que tiene sentido en cuanto que con la nueva regulación de la prisión provisional se establece que podrá decretarla (sin indicar en que fase podrá hacerlo, por lo tanto entenderemos que a lo largo de todo el procedimiento) 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; por lo que tendrá sentido que se formule dicha petición para que pase a ser analizada por el juez que conozca de la causa, si es que esas «condiciones ilegales» fueron producidas bajo la actuación del juez de instrucción.

De esta forma, se debería reformar el art. 2 de esta Ley Orgánica 6/1984, con el fin de adaptarlo a la nueva normativa aplicable en materia de prisión provisional, y en aras a unas mayores garantías para el preso que no solamente podría solicitar este procedimiento cuando se encuentre en fase de detención por las fuerzas de seguridad, sino también frente a un abuso de poder del juez de instrucción; así pues este nuevo art. 2 no sólo debería hacer mención al juez de instrucción, sino también al juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.

²⁷ GIMENO SENDRA, V.: *Los Procesos de Amparo (Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional, y Europeo)*, ed. Colex, Madrid, 2003, p. 48.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en *Detención y prisión provisional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- ASENCIO MELLADO, J. M.: *La prisión provisional*, ed. Civitas, Madrid, 1987.
- BANACLOCHE PALAO, J.: *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- BARONA VILAR, S.: *Prisión Provisional y Medidas Alternativas*, ed. Bosch, Barcelona, 1988.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTÓN, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, ed. Tirant lo blanch libros, Valencia, 1999.
- : GIMENO SENDRA, V.: «La Prisión Provisional y Derecho a la Libertad», en *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*, ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1997.
- : *La necesaria reforma de la prisión provisional*, Diario La ley, Madrid, 2001.
- : *Los Procesos de Amparo (Civil, Penal, Administrativo, Laboral, Constitucional, y Europeo)*, ed. Colex, Madrid, 2003.
- SANGUINÉ, O.: *Prisión Provisional y Derechos Fundamentales*, ed. Tirant monografías, Valencia, 2003.
- SERRANO BUTRAGUENO, I.: «La Reforma de la Prisión Preventiva», en *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*, ed. Comares, Granada, 1996.
- SORIANO, R.: *El Derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986.

²⁸ VIDE SORIANO, R.: *El Derecho de Habeas Corpus*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1986, págs 273 y 274.