

La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el borrador del Código Procesal Penal¹

Rafael BELLIDO PENADÉS

*Profesor Titular de Universidad
Universidad de Valencia*

SUMARIO: 1. Introducción: las medidas cautelares en el Borrador del Código Procesal Penal. 2. Las medidas cautelares aseguradoras de la presencia del encausado. 2.1. La prisión preventiva. 2.1.1. Característica básica: su carácter excepcional. 2.1.2. Presupuestos. 2.1.3. Duración. 2.1.4. Modalidades de cumplimiento. 2.2. Las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado. 3. Procedimiento de adopción y prórroga de las medidas. 4. Régimen de impugnación.

1. INTRODUCCIÓN: LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL BORRADOR DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Borrador del Código Procesal Penal² regula las medidas cautelares en el Libro III, que se estructura en tres títulos, dedicando el Título II a la regulación de las medidas cautelares personales, el Título III a la configuración de las medidas cautelares reales y el título I al establecimiento de unas disposiciones generales aplicables a ambas clases de medidas. En estas disposiciones se establecen los presupuestos de las medidas cautelares (aparición de buen derecho y peligro en la demora) y sus caracteres (instrumentalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad)³,

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación referencia DER2011-24267.

² En adelante CPP.

³ Conforme al art. 148. 2 CPP, “las medidas cautelares son instrumentales de la tutela judicial esperada y provisionales. Su mantenimiento queda condicionado a la subsistencia de los presupuestos que las justifican en las concretas circunstancias del caso y de la persona afectada por la medida”. Así mismo, según el art. 150. 1 CPP. “las medidas cautelares serán adoptadas por el Tribunal competente, en la pieza separada sobre situación personal o cautela patrimonial que corresponda, conforme al procedimiento legalmente establecido”.

así como los principios que rigen en la materia, entre los que se encuentran el principio de legalidad (art. 147) y el principio de proporcionalidad (art. 149)⁴.

En el presente estudio se efectuará una aproximación de carácter general al régimen jurídico de las medidas cautelares personales en el nuevo CPP, en concreto, de las medidas cautelares dirigidas a asegurar la presencia del encausado, toda vez que no todas las consideradas como medidas cautelares personales en el nuevo CPP desempeñan una función cautelar.

Es por todos conocido que la tradicionalmente denominada prisión provisional —que el nuevo CCP bautiza con el nombre de prisión preventiva— es la medida cautelar personal por antonomasia del proceso penal, lo que, entre otras cosas, ha determinado que el nuevo CPP en el título relativo a las medidas cautelares haya regulado, en primer lugar, la prisión preventiva⁵. Sin embargo, como esta medida cautelar es la que más gravemente afecta al derecho a la libertad personal (art. 17 CE), han resultado pacíficas en la doctrina, en la jurisprudencia y en la legislación —al menos, a partir de la reforma introducida por la LO 13/2003—⁶ la necesidad y excepcionalidad de esta medida, que solo resulta legítimo acordar cuando su finalidad no pueda alcanzarse con otras medidas cautelares menos gravosas.

Sin embargo, la efectividad de su carácter excepcional requería, como reiteradamente ha reivindicado la doctrina, el establecimiento de un sistema legal de medidas alternativas a la prisión provisional —preventiva—⁷. Consciente de ello,

⁴ En virtud del primer principio, “las medidas cautelares, dirigidas al aseguramiento de las responsabilidades penales, civiles y procesales, sólo podrá efectuarse de conformidad con lo previsto en la Ley” (art. 147 CPP). Por su parte, con arreglo al art. 149 CPP, “en la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares se aplicarán todos los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad establecidos por el Artículo 12 de este Código”.

⁵ El apartado V, B de la Exposición de Motivos proclama que “en el Título relativo a las medidas cautelares, el Código regula en primer lugar la *prisión preventiva*, optando por esta denominación frente a la de “prisión provisional” tanto por ser más expresivo aquel adjetivo que resalta su naturaleza, cuanto por ser la “provisionalidad” una nota extensible a todas las medidas cautelares. La prelación sistemática que se otorga al tratamiento de esta medida, quebrantando la tradición que le anteponía la relativa a la detención, responde en primer lugar a su indudable naturaleza de pena privativa de libertad anticipadamente impuesta, si se contempla desde la perspectiva constitucional de la realidad y efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales, pues sin duda afecta a los derechos a presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva. Y en segundo término, esta novedad sistemática tiene su fundamento en la necesidad de fijar los requisitos de la detención, en función de los que se exigen para la prisión preventiva, sin perjuicio de que los supuestos legales de posible detención se extiendan también a otros supuestos que no sean vicarios de esta medida”.

⁶ LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

⁷ En este sentido, BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, ob. cit., pp. 173-176; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 76-78;

el prelegislador establece en el Borrador de CPP un amplio catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva (art. 181), si bien, en rigor, no todas ellas son medidas cautelares.

En dicho precepto se diseñan tres clases de medidas, que responden a finalidades diferentes. En primer lugar, medidas dirigidas a garantizar la disponibilidad del encausado. En segundo lugar, medidas encauzadas a asegurar la protección de la víctima. Y, en tercer lugar, medidas cuya finalidad es neutralizar la peligrosidad del encausado. Sólo las primeras desempeñan una función verdaderamente cautelar y en ellas se centrará este trabajo, mientras que las otras desempeñan una función de prevención, función que, por cierto, también se realiza en algunos supuestos por la prisión preventiva.

2. LAS MEDIDAS CAUTELARES ASEGURADORAS DE LA PRESENCIA DEL ENCAUSADO

2.1. *La prisión preventiva*

2.1.1. **Característica básica: su carácter excepcional**

La prisión preventiva es la medida que comporta una mayor lesión del derecho a la libertad, en cuanto que comporta la privación de la misma, a diferencia de otras medidas, que tan sólo conllevan una limitación o restricción de la libertad.

Como consecuencia de lo anterior, nota básica de la prisión provisional es su reforzado carácter excepcional, de modo que sólo resultará legítimo adoptar esta medida cuando su fin no pueda alcanzarse mediante otra medida menos gravosa para el derecho a la libertad, tal y como se establece en el derecho vigente (art. 502. 2 LECrim en la redacción dada por la LO 13/2003) y en el proyecto de reforma (art. 151 CPP)⁸.

ASENCIO MELLADO, J. M^a., "Notas sobre la regulación de La prisión provisional tras la reforma de 2003", en *Nuevos retos de la justicia penal*, (Coord. ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO), La Ley, 2008, pp. 132-133; GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M., "La prisión provisional y sus medidas alternativas", en *Las reformas procesales*, Estudios de Derecho judicial, n^o 58 de 2004, C.G.P.J., p. 55 y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ.), Tirant lo Blanch, 2010, p. 299.

⁸ En palabras de la Exposición de Motivos del nuevo proyecto "En esta regulación de la prisión preventiva se ha destacado el carácter reduplicadamente excepcional de su adopción, al sumarse a su genérica pertenencia a las medidas cautelares, de por sí ya excepcionales, su naturaleza material de pena privativa de libertad y las limitaciones que la actual jurisprudencia impone a la hora de indemnizar al que la ha padecido siendo finalmente sobreesido o absuelto. Esta excepcionalidad reforzada exige al Fiscal, primero, y al Tribunal de Garantías, después, sopesar

Así mismo, el carácter excepcional de la prisión provisional es una manifestación del principio de proporcionalidad que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es requisito necesario para la legitimidad de las medidas que supongan restricción de derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución española o en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dicho principio se introduce expresamente entre las disposiciones generales de las medidas cautelares (art. 149 CPP) y se configura detalladamente en las disposiciones del Título preliminar (art. 12 CPP). Este principio constituye un principio vertebral de la regulación de las medidas o diligencias restrictivas de derechos fundamentales, según ha reiterado la jurisprudencia constitucional, de la que se hace eco el citado precepto.

En efecto, según la doctrina constitucional, el principio de proporcionalidad comprende un triple juicio: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Así, se erigen en requisitos o exigencias de toda diligencia o medida restrictiva de derechos fundamentales los siguientes: “idoneidad de la medida para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido (juicio de idoneidad), que la misma resulte necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad), y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”⁹.

la estricta concurrencia de todos los requisitos legales exigidos para su adopción, con especial énfasis en que no se puedan alcanzar sus fines mediante la adopción de alguna o algunas de las medidas cautelares personales que de un modo casi exhaustivo ofrece este Código, llegando incluso a admitir la adopción de medidas no previstas en aplicación de la *analogía in bonam partem*, tal cual se ha previsto en el Título preliminar. Y esta misma doble excepcionalidad, sumada a la provisionalidad de toda medida cautelar, exigen a instructor y garante judicial su levantamiento y sustitución por otra menos gravosa, en cuanto desaparezcan las circunstancias que motivaron su adopción⁷.

Con todo, debe advertirse de la problemática que puede generar esa analogía in bonam partem recogida en el art. 20. 1 CPP, según la cual “las normas procesales penales limitativas de derechos se interpretarán restrictivamente y no podrán aplicarse analógicamente, salvo en lo más favorable para el ejercicio de los derechos”; problemática que derivaría de las exigencias del principio de legalidad —o de habilitación legal— respecto de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, como se verá infra.

⁹ SSTC 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 9; 70/2002, de 3 de abril, FJ 10, y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y STC 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6.

2.1.2. Presupuestos

Los presupuestos de la prisión preventiva regulados en el CCP presentan bastante similitud con los establecidos en la LECrim vigente. Por una parte, la gravedad del hecho objeto del proceso en el que se acuerda la medida. Por otra parte, la existencia de indicios de responsabilidad penal respecto del sujeto contra el que se acuerda la medida. Por último, la persecución de un fin constitucionalmente legítimo previsto en la ley.

a) *La gravedad del hecho delictivo*

En primer lugar, para que pueda acordarse la prisión preventiva es necesario que el proceso penal en el que se adopte la medida cautelar se dirija a la investigación y enjuiciamiento de un hecho que presente los caracteres de un delito grave. Ello es consecuencia del principio de proporcionalidad, el cual exige que la medida cautelar personal más grave en sus efectos restrictivos sobre la libertad sólo pueda acordarse cuando el hecho objeto del proceso presente los caracteres de un delito grave.

Lo anterior significa que, como regla general, solo podrá acordarse la prisión preventiva cuando el hecho objeto del proceso penal presente los caracteres de un delito castigado con pena de prisión no inferior a dos años en su límite máximo, atendiendo al grado de ejecución y a la modalidad de participación del encausado (art 152. 1 CPP).

No obstante, con carácter excepcional, también se admite que pueda acordarse la prisión preventiva si el límite máximo de la pena imponible no fuera inferior al año de privación de libertad, bien cuando el encausado tuviera antecedentes penales por delito doloso, o bien cuando hubiera indicios de su vinculación con una organización criminal (art 152. 2 CPP).

Con relación a este presupuesto, en mi opinión, se mejora la regulación sobre la materia existente en la LECrim de cara a la consolidación del carácter excepcional de la medida. En primer lugar, porque, al configurar el requisito de la gravedad del hecho necesaria para que pueda acordarse esta medida cautelar, acogiendo propuestas efectuadas por la doctrina¹⁰ se establece que la pena de prisión relevante no es la pena abstracta señalada por la ley para el tipo, sino la pena concreta que

¹⁰ En este sentido, BELLIDO PENADÉS, R., *La duración de la prisión provisional (I): su limitación mediante los parámetros del plazo máximo y del plazo razonable*, Tribunales de Justicia, junio de 1998, pp. 630-632; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión ...*, ob. cit., pp. 76-78 y ASECIO MELLADO, J. M^a., *La prisión provisional*, Civitas, 1987, pp. 80-81.

resulte aplicable al encausado, atendiendo al grado de ejecución y a la forma de participación de aquel.

Esta regulación constituye un acierto, si en el momento de decidirse sobre la adopción de la cautela existen datos suficientes para poder apreciarlos, pues si la gravedad del hecho delictivo viene determinada por la gravedad de la pena a él asociada y esta resulta condicionada por el grado de ejecución y por la forma de participación, lógico resulta que se atienda a ambos extremos para analizar la procedencia de esta severa medida cautelar en las circunstancias del caso concreto y del sujeto encausado

En segundo lugar, se mejora la regulación actual porque se reducen las excepciones en las que es posible acordar la prisión preventiva aunque la pena sea inferior a dos años. Con la LECrim vigente, son tantas las excepciones a la regla general de que esta medida cautelar solo podrá ser acordada respecto de delitos con pena superior a dos años que, como se ha apuntado en la doctrina, la excepción se convierte en regla general¹¹.

En efecto, en la regulación actual de la LECrim son numerosos los supuestos en que puede acordarse la prisión provisional aunque la pena previsible sea inferior a los dos años de privación de libertad: cuando el encausado tuviera antecedentes penales por delito doloso (art. 503.1, I LECrim), cuando hubiera indicios de su vinculación con una organización criminal (art. 503.2, III LECrim), que se hubieran dictado en los dos años anteriores dos requisitorias para su llamamiento y busca (art. 503.1, 3º, a, III LECrim), cuando la medida persiga asegurar la protección de la víctima (art. 503.1, 3º, c LECrim) y cuando el encausado realice sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2, III LECrim).

Por el contrario, en la redacción otorgada por la Borrador del CPP sólo ese establecen dos supuestos en los que puede admitirse la adopción de la prisión preventiva, aun cuando la pena imponible en su grado máximo sea inferior a dos años de privación de libertad: cuando el encausado tuviera antecedentes penales por delito doloso y cuando hubiera indicios de su vinculación con una organización criminal (art. 152. 2 CPP).

Lo anterior supone que las excepciones al límite penológico de los dos años de privación de libertad sólo se mantienen en los dos casos enunciados en último lugar, mientras que desaparecen los otros tres restantes (que se hubieran dictado en los dos años anteriores dos requisitorias para su llamamiento y busca, que la medida persiga asegurar la protección de la víctima y que el encausado realice sus

¹¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M., "La prisión provisional ...", en *Las reformas procesales*, ob. cit., p. 59.

actividades delictivas con habitualidad), lo que supone un refuerzo del carácter excepcional de la prisión preventiva.

Y, en tercer lugar, la regulación contenida en el Borrador del CCP también mejora en la medida en que se establece una pena mínima (no inferior al año de privación de libertad) por debajo de la cual ni siquiera en los supuestos excepcionales pueda acordarse la prisión preventiva, a diferencia de la regulación actual, en la que en los supuestos excepcionales en que la pena puede ser inferior a dos años de prisión la prisión preventiva puede acordarse por muy leve que sea la pena correspondiente al hecho delictivo objeto del proceso.

Con todo, estimo que debiera revisarse el límite penológico de los dos años de privación de libertad establecido tanto en la LECrim actual como en el Borrador del CPP. La razón no es otra que las exigencias derivadas del carácter excepcional de esta medida cautelar personal y la coherencia con normas comunitarias que afectan a la materia que ahora se está analizando.

Es cierto que el establecimiento del límite de una pena de, al menos, dos años de privación de libertad tenga su razón de ser, al coincidir con el límite de pena por encima del cual no es posible celebrar el juicio en ausencia del acusado (art 786.1, II LECrim), así como con los límites establecidos por el legislador penal para la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (art. 81 CP), así como para la sustitución de esta clase de penas (art. 88 CP)¹².

Pese a ello, a mi juicio, las exigencias derivadas del carácter excepcional de esta medida cautelar personal y la coherencia con las normas comunitarias que afectan a la materia que ahora se está analizando requieren que la pena mínima que autorice la adopción de la prisión preventiva debiera ser, al menos, superior a los tres años de privación de libertad. Por una parte, porque en regulaciones anteriores del ordenamiento procesal penal español se han establecido límites punitivos superiores —tres o seis años de privación de libertad— en consonancia con el carácter excepcional de esta medida cautelar¹³.

Por otra parte, porque la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, establece como requisito del reconocimiento de resoluciones sobre medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión preventiva sin control de la doble tipificación que los hechos delicti-

¹² En este sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión ...*, ob. cit., pp. 133-134 y GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M., "La prisión provisional ...", en *Las reformas procesales*, ob. cit., p. 59.

¹³ Para un breve pero interesante análisis de la evolución legal en este aspecto véase ASENSIO MELLADO, J. M^a., *La prisión ...*, ob. cit., Civitas, 1987, pp. 65-67.

vos estén castigados en el Estado de emisión con pena o medida privativas de libertad de un máximo al menos de tres años (art. 14). Si para el reconocimiento simplificado de resoluciones sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional se requiere que las mismas versen sobre hechos castigados, como mínimo, con privación de libertad de tres años, el reconocimiento de una resolución que acuerde la prisión provisional debiera referirse a hechos sancionados, como mínimo, con pena o medida de tres años de privación de libertad. Sin que, por otra parte, resulte razonable que en el ámbito comunitario —en las relaciones de España con otro Estado comunitario— opere un límite penológico determinado y en el ámbito interno nacional se aplique un límite distinto.

b) La aparente responsabilidad penal del encausado

Con relación al segundo presupuesto, la existencia de indicios de responsabilidad penal respecto del sujeto contra el que se acuerda la medida, en la LECrim vigente se requiere la concurrencia de “motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503.1, 2º LECrim).

En cambio, en el CPP se exige la existencia de “indicios bastantes que fundamenten sólidamente la sospecha de responsabilidad penal del encausado por los hechos objeto del proceso”.

De esta forma, en la nueva regulación se sigue exigiendo la verosimilitud de la responsabilidad penal del encausado, e, incluso, podría llegar a mantenerse que parece reforzarse la exigencia de los motivos que fundamentan la sospecha de la participación del encausado en los hechos delictivos, ya que aquellos no es suficiente que sean bastantes, sino que además deben permitir inferir una sospecha sólida de responsabilidad.

Por lo tanto, tanto la regulación de la LECrim como la del proyecto de CPP y las resoluciones judiciales que las apliquen cumplen con creces las exigencias establecidas por la doctrina constitucional respecto de este presupuesto, ya que, con arreglo a la misma, se considera que no son susceptibles de reproche constitucional las resoluciones judiciales que expresen los hechos que se estiman provisionalmente acreditados y las fuentes que les han conducido a estimar que existen indicios de responsabilidad penal del sujeto sometido a prisión provisional, siempre que esa inferencia de responsabilidad criminal no pueda calificarse de ilógica, o de argumentalmente insuficiente¹⁴.

¹⁴ En este sentido, STC 44/1997, 10 marzo, FJ 6º; STC 66/1997, 7 abril, FJ 5º; STC 98/1997, 20 mayo, FJ 8º y STC 164/2000, 12 junio, FJ 6º.

c) *La persecución de un fin legal constitucionalmente legítimo*

La reforma de la LECrim llevada a cabo por la LO 13/2003, de 24 de octubre, tenía como objetivo principal la adecuación de la normativa procesal penal sobre prisión provisional a la doctrina constitucional, objetivo que perdura con el proyecto del nuevo CPP.

Por ello, se debe partir de cuál es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, para después analizar la regulación legal. La doctrina del Tribunal Constitucional ha especificado los fines para cuya consecución resulta legítimo acordar la prisión preventiva. En este sentido se ha establecido que: “la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva (STC 40/1987). Por el contrario, lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/1982), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc.” (STC 128/1995, 26 julio, FJ 4º).

Así mismo, en un intento de delimitación negativa cabe señalar que constituye doctrina consolidada que la mitigación de una genérica alarma social anudada a cierta clase de delitos no constituye un fin constitucionalmente legítimo coherente con la naturaleza de la prisión provisional, porque: “la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena —la prevención general— y, so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”¹⁵.

Una primera finalidad constitucionalmente legítima de la prisión preventiva es evitar la reiteración delictiva. Aún cuando la doctrina constitucional ha declarado insistentemente por vía de principio que una finalidad legítima de la prisión provisional es evitar la reiteración delictiva, sin embargo, son muy escasos los supuestos en los que se ha denegado el amparo frente a resoluciones judiciales que motivaban la adopción de la prisión preventiva en este fin (*ATC 4/1997, 13 enero, FJ 2º*). Por el contrario, son algunos más los casos en los que se ha repro-

¹⁵ *STC 66/1997, 7 abril, FJ 6º*. En el mismo sentido, *STC 98/1997, 20 mayo, FJ 9º*; *STC 156/1997, 29 septiembre, FJ 5º*; *STC 33/1999, 8 marzo, FJ 6º*; *STC 47/2000, 17 febrero, FJ 5º*; *STC 8/2002, 14 enero, FJ 6º* y *STC 23/2002, 28 enero, FJ 4º*.

chado inconstitucional el acuerdo de una prisión provisional con fundamento en la existencia de un riesgo de continuidad delictiva, bien por limitarse la resolución judicial a efectuar una mera afirmación genérica de la concurrencia del riesgo, sin expresar las razones que podrían avalar la existencia de un peligro de reiteración delictiva (*STC 33/1999, 8 marzo, FJ 7º*); o bien porque el Tribunal Constitucional, separándose de su consolidada doctrina sobre el alcance de su competencia para la apreciación del riesgo concreto, entrando en el fondo, estima que en el caso el riesgo no había quedado suficientemente acreditado, a la vista de los informes médicos (*STC 191/2004, 2 noviembre, FJ 6º y 7º*).

En efecto, en este supuesto la apreciación judicial del riesgo de reiteración delictiva no podía considerarse arbitraria o irrazonable, pues se trataba de un enfermo mental que estaba siendo juzgado por haber agredido a su hermano con un arma blanca y que, con anterioridad, en la fase álgida de su dolencia ya había acuchillado a tres personas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional efectuó un nuevo juicio de fondo sobre la efectiva concurrencia del riesgo en el caso concreto, lo que permite poner en tela de juicio fundadamente que el riesgo de evitar la reiteración delictiva sea en realidad un fin constitucionalmente legítimo.

Una segunda finalidad legítima de la prisión preventiva es evitar la destrucción o alteración de las fuentes de prueba. La legitimidad constitucional de la adopción de la prisión provisional para conjurar el riesgo de que el imputado pueda obstruir la investigación judicial de los hechos resulta confirmada en distintas resoluciones, en las que de un modo más genérico (*ATC 4/1997, 13 enero, FJ 2º*), o más concreto, se asume la idoneidad de la prisión preventiva como medio para evitar el riesgo de destrucción de pruebas, tanto al inicio de la instrucción sumarial, como si la investigación todavía no se encuentra cerrada y la causa presenta complejidad (*STC 98/1997, 20 mayo, FJ 9º y ATC 32/2000, 31 enero, FJ 3º*).

Con todo, el riesgo que por antonomasia persigue atajarse con la prisión provisional es el peligro de fuga del imputado, adoptándose la medida cautelar para asegurar su presencia en el proceso penal, o la ejecución de la sentencia en él dictada. Siendo indiscutida la legitimidad de esta finalidad de la prisión preventiva, la doctrina constitucional ha ido perfilando el cúmulo de circunstancias de las que se puede inferir racionalmente este riesgo.

La doctrina, sentada inicialmente en la *STC 128/1995* y reiterada pacíficamente con posterioridad, parte como premisa básica de que, desde una perspectiva constitucional, los requisitos exigidos en el momento inicial de su adopción no son los mismos que los que deben exigirse con posterioridad para decretar su mantenimiento, conclusión que se funda en el argumento de que: “el mero transcurso del tiempo, al margen de propiciar la aparición de circunstancias sobrevenidas, va disminuyendo el peligro de fuga puesto que si bien es cierto que la gravedad de la pena que amenaza al imputado podría constituir en un primer

momento razón suficiente para afirmar un peligro efectivo y relevante de fuga, no contrarrestable con otras medidas de aseguramiento de menor intensidad coactiva, también lo es que este argumento se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso” (STC 128/1995, 26 julio, FJ 4º y ATC 85/1998, 30 marzo, FJ 3º).

Como consecuencia de lo anterior se argumenta que: “en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional —p.ej. evitar la desaparición de pruebas—, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto” (STC 128/1995, 26 julio, FJ 4º).

Esta doctrina se ha consolidado de modo pacífico de forma generalizada y mayoritaria en posteriores resoluciones. Así, se rechaza el amparo dirigido frente a resoluciones judiciales que adoptaban por primera vez la prisión provisional al inicio de la investigación, con el fin de evitar el riesgo de fuga que se anudaba tan sólo a la gravedad de la pena impuesta (STC 44/1997, 10 marzo, FJ 7º); o frente a resoluciones judiciales que acordaban incluso el mantenimiento de una prisión provisional ya acordada con anterioridad, pero hallándose todavía en los momentos iniciales del procedimiento, sin haber transcurrido apenas tres meses desde que se acordó la medida cautelar (ATC 259/1996, 24 septiembre, FJ 2º y ATC 85/1998, 30 marzo, FJ 3º).

Igualmente, se confirma la doctrina anterior en la jurisprudencia constitucional que revisa resoluciones judiciales sobre el mantenimiento y la prórroga de la prisión provisional. Con relación a las decisiones de *mantenimiento* de la prisión preventiva, se ha estimado que, frente a las peticiones de libertad provisional que son denegadas cuando ya ha transcurrido un mínimo período de tiempo¹⁶, no puede acordarse el mantenimiento de la prisión provisional con base exclusiva en la gravedad de los hechos y de la consiguiente pena, sin valorar las circunstancias personales del imputado, ni las circunstancias particulares del caso concreto.

En igual sentido, se ha concluido que vulneran el derecho a la libertad las resoluciones judiciales que acordaban la *prórroga* de la prisión provisional antes de que transcurriera el plazo máximo inicial, cuando el riesgo de fuga se seguía fundando exclusivamente en la gravedad de la pena sin ponderación alguna de las

¹⁶ Diez meses en la STC 156/1997, 29 septiembre, FJ 5º y un año en la STC 67/1997, 7 abril, FJ 3º.

aludidas circunstancias del imputado y del caso¹⁷. Por el contrario, el amparo se ha rechazado cuando la decisión de prórroga se fundaba en la apreciación judicial de la persistencia del riesgo de fuga, pese al tiempo transcurrido, si se había expresado la ponderación de las circunstancias personales y de las del caso concreto¹⁸.

Además, en resoluciones posteriores se ha precisado o matizado la anterior doctrina mayoritaria. Por una parte, se ha precisado que, aunque se trate de resoluciones judiciales que acuerden inicialmente la prisión provisional —primer momento en el que el riesgo de fuga puede inferirse racionalmente sólo de la gravedad de la pena impuesta—, no constituye una motivación suficiente la que se limita a constatar el cumplimiento en el caso de las prescripciones legales relativas a la prisión provisional, ya que, desde una perspectiva constitucional, resulta preciso que aún en el momento inicial se exprese la finalidad constitucionalmente legítima que en el caso concreto sirve de fundamento a la decisión de prisión preventiva, debiendo exteriorizarse, hasta hacerse cognoscible, la razón por la que se acuerda¹⁹.

Por otra parte, frente a la consideración inicial de que el riesgo de fuga disminuye con el transcurso del tiempo, con posterioridad se ha matizado el significado ambivalente del paso del tiempo. Es cierto que puede razonarse que con él se debilita el peligro de fuga, bien porque con el paso del tiempo disminuyen las consecuencias negativas que puede sufrir el preso, bien porque pueden debilitarse los indicios que fundaban la culpabilidad. Sin embargo, también puede argumentarse que: “el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga”. Por lo que se concluye que: “Esta ambivalencia es precisamente la que obliga a que, cuando se alude a lo avanzado de la tramitación y al aseguramiento de la celebración del juicio oral —dato puramente objetivo—, se concreten las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el imputado huya”²⁰.

Por lo que respecta a la recepción de estos fines en la ley procesal penal se debe advertir que, partiendo de la anterior jurisprudencia constitucional, la LECrim, en

¹⁷ STC 138/2002, 3 junio, FJ 5º y STC 142/2002, 17 junio, FJ 4º.

¹⁸ STC 145/2001, 18 junio, FJ 6º.

¹⁹ STC 66/1997, 7 abril, FJ 4º; STC 177/1998, 14 septiembre, FJ 4º; STC 165/2000, 12 junio, FJ 6º; STC 8/2002, 14 enero, FJ 6º y 7º y STC 23/2002, 28 enero, FJ 4º.

²⁰ STC 66/1997, 7 abril, FJ 6º. En el mismo sentido STC 146/1997, 15 septiembre, FJ 5º y STC 33/1999, 8 marzo, FJ 6º.

la redacción dada por la LO 13/2003, estableció que la prisión provisional podía perseguir cuatro fines: asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento; evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los casos de violencia doméstica; y evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

Por su parte, el Borrador del CPP establece que la prisión provisional sólo podrá acordarse con los siguientes fines: a) impedir el peligro de fuga del encausado; b) evitar el riesgo de desaparición o inutilización de fuentes de prueba relevantes para la causa; o c) neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro.

En consecuencia, en el Borrador de CPP los anteriores cuatro fines de la prisión preventiva se reconducen a tres, manteniéndose los dos primeros (evitar el riesgo de fuga y el riesgo de alteración de las fuentes de prueba) y reduciendo los dos últimos al fin de neutralizar la fundada peligrosidad de delitos en el futuro. Esta última expresión puede considerarse desafortunada dada su referencia a la peligrosidad por sus connotaciones próximas al Derecho penal de autor, pero también puede estimarse acertada en la medida en que, dado que la prisión preventiva se acuerda cuando todavía no se ha dictado sentencia de condena, es más correcta la referencia a la comisión de delitos en el futuro, que la referencia a la comisión de otros hechos delictivos, como si el hecho delictivo objeto del proceso atribuido al encausado ya resultara probado²¹.

Con relación a la regulación efectuada sobre las circunstancias que deben ponderarse para apreciar alguno de los fines que justifican la prisión provisional, se debe distinguir según cuáles sean estos.

Respecto del riesgo de fuga, en la regulación efectuada en el Borrador del CPP, junto al mantenimiento de la mayoría de los criterios establecidos actualmente en la LECrim, salvo el de la naturaleza del hecho, se añaden otros, como la conducta del encausado tras la comisión del hecho objeto del proceso, la existencia de antecedentes penales y la posible pertenencia a un grupo u organización criminal (art. 154. 2 CPP). De forma que en su conjunto aumentan los criterios que se deben ponderar al objeto de poder apreciar el riesgo de fuga. Además, la regulación mejora en cuanto que en el caso de que el encausado hubiere desatendido con anterioridad citaciones de comparecencia deja de configurarse como un supuesto

²¹ En este sentido, con relación a la redacción efectuada en la LO 13/2003, GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión ...*, ob. cit., pp. 107-108.

de prisión automática²², para regularse como un criterio más con base en el cual el juez puede inferir el riesgo de fuga.

Por lo que respecta a la configuración legal del riesgo de alteración de las fuentes de prueba en el CPP, aunque se mantiene básicamente la regulación, a mi juicio, resulta más acertada la conformación normativa existente en la actual LE-Crim, tanto porque exige que el peligro de alteración sea “fundado y concreto”, como porque resulta más rica y expresiva en la determinación de los criterios de los que se puede inferir dicho riesgo.

Por último, respecto de la configuración del riesgo de que el encausado cometa hechos delictivos en el futuro, se debe recordar que la conjuración de ese riesgo no es una función propiamente cautelar, sino una función de prevención especial. Aunque la legitimidad de esta función ha sido admitida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe quedar también sometida al principio de proporcionalidad, en cuanto medida restrictiva de la libertad²³.

Además, los criterios legales utilizados para inferir ese riesgo se han incrementado, siendo algunos especialmente idóneos, como el relativo a los antecedentes penales, pero resultan mejorables; en este sentido, en mi opinión, debieran también recogerse otros criterios que contempla hoy la LECrim, como que pueda inferirse racionalmente que forma parte de una organización criminal, o que comete delitos con habitualidad.

2.1.3. Duración

Si se procede a la lectura de la Exposición de Motivos del borrador del CPP se obtiene la conclusión de que la reforma que se realiza en este aspecto se hace en beneficio del encausado, ya que en aquella se proclama que “los plazos y las prórrogas se han reducido en la medida que se ha considerado razonable, a unos máximos de duración que sólo podrán alcanzar los cuatro años en relación con determinados delitos”.

Sin embargo, tras la lectura del articulado del borrador del CPP, la anterior conclusión debe ser necesariamente matizada, ya que la reforma efectuada en re-

²² Hecho que había sido criticado en la doctrina. En este sentido, ASENSIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre la regulación ...”, en *Nuevos retos ...*, ob. cit., pp. 141-142 y GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M., “La prisión provisional y ...”, en *Las reformas ...*, ob. cit., p. 63.

²³ Cfr. ASENSIO MELLADO, J. M^a., “Notas sobre la regulación ...”, en *Nuevos retos ...*, ob. cit., p. 147.

lación con la duración de la prisión preventiva no siempre se realiza en beneficio del encausado.

Si se realiza una comparación del régimen vigente establecido en la LECrim con el régimen diseñado en el borrador del CPP se perciben algunas modificaciones que benefician al encausado, mientras que otras modificaciones se establecen en perjuicio de aquel, siendo conveniente a estos efectos diferenciar entre la duración inicial de la prisión preventiva y su prórroga.

Por lo que respecta a la duración inicial de la prisión provisional, en principio, la regulación contenida en el borrador del CPP perjudica la situación del preso provisional, porque la LECrim vigente establece que la prisión provisional, salvo en el supuesto de que persiga evitar la alteración de las fuentes de prueba, no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, ni exceder de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años (art. 504, 2, I LECrim).

Por el contrario, el borrador del CPP, tras proclamar como principio favorable al encausado que la prisión preventiva durará el tiempo imprescindible que la haya motivado, al fijar los plazos máximos de duración señala que la prisión preventiva no podrá exceder de un año si la pena aplicable no supera los dos años de prisión, ni podrá exceder de dos años si la pena aplicable supera los dos años de prisión.

La consecuencia de lo anterior es que con el borrador del CPP la reforma introducida con relación a los plazos máximos de duración de la prisión preventiva se realiza en perjuicio del preso, pues el límite que deslinda una duración máxima de la prisión preventiva de un año de una duración máxima de dos años se reduce de los tres a los dos años de prisión (art. 155. 1 borrador CPP). Con otras palabras, que en los supuestos en que se acuerde la prisión preventiva por la aparente responsabilidad penal del encausado respecto de un delito al que le es aplicable una pena de dos años y un día a tres años, conforme a la LECrim actual, el plazo máximo inicial de duración de la prisión provisional sería de un año, mientras que en el mismo supuesto, conforme al borrador de CPP, el plazo máximo inicial de duración de la prisión provisional sería de dos años.

Por el contrario, otras reformas introducidas por el borrador del CPP benefician al preso provisional. Por una parte, porque la duración máxima de la prisión preventiva dirigida a evitar la alteración de las fuentes de prueba se reduce, ya que el plazo máximo de duración inicial de la prisión preventiva pasa de los seis a los tres meses (art. 504. 3, I LECrim y art. 155. 1. II borrador CPP).

Por otra parte, también mejora la situación del preso provisional respecto del límite de la mitad de la pena. El borrador del CPP mantiene la regla de que, cuando se hubiere dictado sentencia de condena recurrida, la prisión preventiva no

puede exceder de la mitad de la pena privativa de libertad efectivamente impuesta (art. 504. 2, II LECrim y art. 156. 2 Borrador CPP).

Pero, además, en el borrador del CPP se establece un nuevo límite inexistente en la actual LECrim, según el cual la prisión preventiva tampoco podrá superar la mitad del límite máximo de la concreta pena imponible al encausado, es decir, considerando el tipo delictivo aplicable, su grado de ejecución, la forma de participación del encausado, las posibles circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y la eventual concurrencia de hechos delictivos (art. 155. 2 BCPP).

Por lo que respecta a la prórroga de los plazos máximos de la prisión preventiva, puede concluirse lo mismo que respecto del plazo máximo inicial de duración, es decir, que unas modificaciones perjudican la situación del preso provisional, mientras que otras lo benefician.

Por lo que respecta a las reformas desfavorables al preso provisional, cabe señalar que, con arreglo a la LECrim, el plazo máximo de prisión provisional de un año podía prorrogarse por seis meses más, mientras que, conforme al Borrador del CPP, el plazo máximo de prisión provisional de un año puede prorrogarse por un año más (arts. 504. 2, I LECrim y 156. 1, I BCPP).

Sin embargo, otras reformas respecto de las prórrogas de la prisión provisional benefician la situación del preso preventivo, como indica la Exposición de Motivos del BCPP, pues el plazo máximo de prisión provisional de dos años, con arreglo a la LECrim, puede prorrogarse con carácter general durante dos años más, mientras que, con arreglo al Borrador del CPP, el plazo máximo de prisión provisional de dos años solo puede prorrogarse, con carácter general, por un año más (arts. 504. 2, I LECrim y 156. 1, I CPP); de modo que sólo excepcionalmente la prisión preventiva podrá prorrogarse por dos años más si la causa se sigue por delito contra la vida, por delito de terrorismo, o por delito cometido en el seno de una banda organizada (art. 156. 1, II CPP).

Con todo, y puestos a mejorar la regulación legal en el aspecto de la duración máxima de la prisión preventiva, estimo que debiera recogerse también en el nuevo Código Procesal Penal el deber de comunicación de la cercanía de las dos terceras partes de su duración máxima, a fin de imprimir celeridad a las actuaciones, tal y como establece el art. 504.6 de la actual LECrim.

2.1.4. Modalidades de cumplimiento

La LECrim vigente contempla tres regímenes de cumplimiento de la prisión provisional: ordinaria (arts. 522-526), atenuada (art. 508) e incommunicada (arts. 509, 510, 520 bis y 527 bis).

El nuevo Código Procesal Penal mantiene esas tres modalidades de cumplimiento de la prisión preventiva: ordinaria (art 157), atenuada (art 158) e incomunicada (arts. 174-176).

Respecto de la prisión provisional ordinaria, no se aprecian especialidades dignas de mención, con la salvedad de que, atendidos algunos de los casos señalados en la reciente práctica forense, precisa que no podrán ser intervenidas las comunicaciones del preso provisional con su abogado, salvo en los supuestos de terrorismo, cuando existan indicios fundados de la participación del letrado en la actividad delictiva y previa expresa autorización judicial (art. 157. 2 CPP).

Por lo que se refiere a la prisión provisional atenuada, la nueva regulación, atendiendo reivindicaciones doctrinales realizadas desde antaño²⁴, amplía los supuestos en los que puede aplicarse esta modalidad de cumplimiento de la prisión preventiva. En la LECrim vigente este régimen de cumplimiento de la prisión provisional se reserva para dos clases de supuestos: cuando por razón de enfermedad el ingreso en prisión suponga grave riesgo para la salud y el caso del preso preventivo que se halle sometido a un tratamiento de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes si el ingreso en prisión pudiese frustrar el resultado del tratamiento (art. 508 LECrim).

El Borrador del CCP mantiene esos dos supuestos de prisión provisional atenuada, pero introduce otros dos, como son que el preso provisional sea mayor de setenta años, y que exista riesgo para su seguridad (art. 158. 1 CCP). En estos supuestos el ingreso en prisión se sustituye por la permanencia en su propio domicilio, o en un centro médico, de deshabitación o de educación especial (art. 158. 2 CCP).

También es de destacar que el nuevo proyecto aclara que a este régimen de cumplimiento le son aplicables los plazos de duración previstos para la prisión preventiva ordinaria, a la cual podrá adaptarse si cesan las causas que motivaron la prisión atenuada (art. 158. 3 CCP).

Con relación a la prisión provisional incomunicada, el Borrador de CPP reduce en alguna medida los supuestos en que puede procederse a la incomunicación del preso preventivo, pues la LECrim vigente admite que la incomunicación pueda ser adoptada para evitar todos los riesgos que habilitan para el acuerdo de la prisión provisional —riesgo de fuga, riesgo de lesión a la víctima, riesgo de alteración de las fuentes de prueba y riesgo de reiteración delictiva (art. 509. 1 LECrim). En cambio, el nuevo CPP sólo prevé que pueda acordarse la prisión

²⁴ En este sentido, ASECIO MELLADO, *La prisión...*, ob.cit., pp. 199-203; BARONA VI-LAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, 1988, p. 117. Más recientemente, GUTIERREZ DE CABIEDES, P., *La prisión ...*, ob. cit., p. 200.

incomunicada para evitar la alteración, ocultación o destrucción de fuentes de prueba, así como para evitar la reiteración delictiva, omitiendo el fin de evitar el riesgo de fuga (art. 174. 1 CPP).

Esta omisión a mi juicio, no resulta acertada, debido a la vigencia del principio de legalidad en lo que se refiere a medidas de restricción de derechos fundamentales y a que la prisión preventiva puede estar justificada para evitar la fuga de otros posibles implicados en los hechos. Por el contrario, la regulación resulta acertada en el extremo relativo a la exigencia de que con la incomunicación se persiga atajar no un riesgo genérico, sino un peligro concreto de alteración de las fuentes de prueba o de reiteración delictiva.

En los aspectos relativos a la duración y posible reiteración de la incomunicación, la regulación de la LECrim vigente y del Borrador de CPP coinciden a grandes rasgos: la incomunicación no puede durar más de cinco días, prorrogables por cinco días más, y con posibilidad de acordar una segunda incomunicación por un máximo de tres días (art. 509. 2 LECrim y art. 175 CPP). Sin embargo, se aprecian diferencias, pues en la regulación vigente la prórroga de cinco días y la segunda incomunicación se reservan para los delitos de terrorismo y los delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas. En cambio, en el Borrador de CPP ni la prórroga ni la segunda incomunicación se limitan respecto de determinadas clases de delitos, redundando en una restricción de derechos no justificada ni en la Exposición de Motivos ni en el articulado.

Por lo que respecta a los derechos que se limitan en la prisión preventiva incomunicada, coinciden sustancialmente la regulación de la LECrim y la del Borrador del nuevo CPP, suspendiéndose el derecho a designar letrado de confianza —designándolo de oficio—, el derecho a tener entrevistas reservadas con el mismo, el derecho a comunicar el hecho y lugar de la prisión a persona alguna (arts. 527 LECrim y 176 CPP) y, en general, el derecho a comunicarse con otras personas (art. 510. 3 LECrim y 176. 1, d CPP).

No obstante, existen algunas diferencias. Por una parte, frente al silencio de la LECrim, en el Borrador se precisa que podrán suspenderse todos o algunos de los derechos mencionados (art. 176. 1, I CPP), aunque no llega a concretar a quien le corresponde determinar los derechos restringidos. Estimo que debiera hacerse mediante auto del Tribunal de Garantías y que el nuevo CPP debería especificarlo.

Por otra parte, se establecen una serie de garantías dirigidas a asegurar la protección de los derechos del detenido o preso provisional. Así, por lo que respecta al reconocimiento médico, en la regulación actual dicho reconocimiento se supedita a la previa instancia del preso provisional; en cambio, en el CPP se establece con carácter imperativo, aun sin mediar petición del preso, y con frecuencia —cada ocho horas— (art. 176. 2 CPP).

Así mismo, para garantizar los derechos del detenido y del preso se exige que la permanencia de este en dependencias policiales sea registrada en soporte apto para la reproducción del sonido e imagen, que quedará a disposición del Ministerio Fiscal y del Tribunal de Garantías (art. 176. 3 CPP).

Por lo que respecta al procedimiento para acordar la incomunicación, con carácter general, se acordará por decreto del Ministerio Fiscal, al que se acompañará simultánea solicitud motivada de autorización judicial, que deberá ser autorizada o denegada en el plazo de veinticuatro horas desde su adopción por auto del Tribunal de Garantías (art. 177. 1 y 2 CPP). Excepcionalmente, la policía podrá mantener incomunicado al detenido desde que se produzca una detención por su propia iniciativa, si considera que deviene imprescindible, hasta que pueda comunicarse con el Fiscal, durante el plazo máximo de tres horas (art. 177. 3 CPP).

2.2. *Las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado*

El CCP colma una de las mayores aspiraciones y reivindicaciones doctrinales relativas a la necesidad de establecer medidas alternativas a la prisión preventiva²⁵, con el fin de conseguir que su excepcionalidad sea una realidad.

En este sentido, el art 181 establece un generoso catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva, las cuales, según reza el indicado precepto, pueden imponerse de modo aislado, o combinando unas con otras.

La prestación de una caución tiene por fin garantizar la comparecencia del encausado cuando sea llamado a comparecer en el proceso, siendo una medida prevista tanto en la LECrim vigente como medida complementaria de la libertad provisional (arts. 528 y ss.), como en el Borrador de CPP como medida cautelar alternativa (arts. 182 y ss.).

Se introduce como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva la obligación de portar medios telemáticos que permitan un seguimiento permanente del encausado, previa información de la obligación de permitir su instalación, así como de mantenerlo en funcionamiento. Los datos de localización obtenidos mediante el sistema de control electrónico serán registrados y conservados a disposición del Fiscal y del Tribunal durante la tramitación de la causa, y destruidos

²⁵ En este sentido, BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, ob. cit., pp. 173-176; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 76-78; ASECIO MELLADO, J. M^a, "Notas sobre la regulación de La prisión provisional tras la reforma de 2003", en *Nuevos retos de la justicia penal*, (Coord. ASECIO MELLADO y FUENTES SORIANO), *La Ley*, 2008, pp. 132-133; GIMENO SENDRA, V./DÍAZ MARTÍNEZ, M., "La prisión provisional y sus medidas alternativas", en *Las reformas procesales*, Estudios de Derecho judicial, n^o 58 de 2004, C.G.P.J., p. 55 y MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal* (con CORTÉS DOMÍNGUEZ.), Tirant lo Blanch, 2010, p. 299.

cuando se cancela la medida y, en toso caso, cuando el proceso termine de forma definitiva (art. 185 CCP).

Así mismo, se introducen como medidas alternativas a la prisión preventiva la prohibición de salida del territorio nacional y del territorio de la Unión Europea, aunque con cierta falta de coordinación, pues enumerándose ambas como medidas distintas (art. 181. A, 3º y 4º CPP), sólo es objeto de desarrollo la prohibición de salida del territorio nacional; medida que se complementará con la retirada del pasaporte y del documento de identidad que habilita para viajar a determinados países, así como con la prohibición de que se expida nuevo ejemplar de dichos documentos, entregando al encausado un testimonio del documento original en el que conste su limitación de movimientos (art. 186 CCP).

Se recoge también como medida alternativa la obligación de comparecer en el lugar y tiempo que se señale. Esta medida, si bien se contempla en la actualidad en la LECrim (art. 530), en el Borrador de CPP es objeto de modificaciones relevantes. Así, si en el régimen de la medida regulada en la LECrim se prevé que la comparecencia se haga ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa, el Borrador de CPP establece que puede imponerse la obligación de comparecer no sólo ante el Tribunal, sino también ante el Fiscal o la policía (art. 187 CPP).

Así mismo, se introduce como medida alternativa a la prisión preventiva la obligación de comunicar los cambios de localización (arts. 181. 1, A. 6ª y 188 CPP), aunque con cierta incoherencia. Al enumerar la medida se establece que podrá imponerse la obligación de comunicar inmediatamente los cambios de residencia o domicilio y el lugar o puesto de trabajo (arts. 181. 1, A. 6ª CCP). Sin embargo, en el precepto que desarrolla la medida se refiere con carácter general a la obligación de comunicar los cambios de domicilio que realice durante la tramitación de la causa (art. 188. 1 CPP) —omitiendo los supuestos de cambio de domicilio y de lugar o puesto de trabajo—, e incluso se refiere a la posibilidad de obligar a comunicar los cambios ocasionales de domicilio y de lugar o puesto de trabajo (art. 188. 2 CPP), omitiendo de nuevo la referencia a los cambios de residencia. A nuestro juicio, debería mejorarse la regulación aclarando qué concretos cambios de localización puede obligarse a comunicar al encausado, bien sean de carácter indefinido, o simplemente de carácter ocasional, así como armonizando el precepto que enumera las medidas con los preceptos que las desarrollan.

Por último, se incorpora la posibilidad de que pueda prohibirse al encausado que se ausente de un ámbito territorial determinado más reducido que el territorio nacional y más amplio que su lugar de residencia, medida que se articula de modo flexible, ya que es compatible con la concesión de permisos ocasionales o periódicos por motivos justificados de carácter familiar, profesional o sanitario (arts. 181. 1, A, 7ª y 189 CPP).

Expuestas las líneas principales de la regulación de las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, en nuestra opinión, debe hacerse un juicio favorable por lo que respecta al catálogo de medidas cautelares alternativas posibles, pues sin duda es amplio y generoso.

En cambio, a nuestro juicio, la regulación es mejorable, pues no cumple de forma satisfactoria el requisito de la previa habilitación legal requerida para toda injerencia en los derechos fundamentales —en el caso la libertad—, sin que se llegue a constituir, en realidad, un verdadero sistema legal de medidas alternativas a la prisión preventiva, ya que no se regula con suficiente detalle en qué circunstancias y con qué condiciones, pueden acordar las autoridades dichas medidas.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos subrayó, desde pronto, que uno de los primeros requisitos de la legitimidad de las injerencias en los derechos humanos establecidos en el artículo 8.1 del CEDH es la previsión legal de la injerencia. Según reiterada jurisprudencia del mismo, la expresión “prevista por la Ley” del artículo 8.1 del CEDH implica, en primer lugar, que exista una medida de protección legal en la legislación interna contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en los derechos protegidos por el artículo 8.1 del CEDH. Además, esta expresión no sólo requiere que la medida impugnada tenga alguna base en la legislación interna, sino que también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, de forma que, para cumplir con la exigencia de la previsibilidad, la ley debe emplear términos lo suficientemente claros para que todos puedan conocer en qué circunstancias y en qué condiciones pueden las autoridades recurrir a tales medidas²⁶.

Dicha doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos fue recibida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de modo que se puede concluir que, en nuestro ordenamiento, toda injerencia pública en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, que limite o condicione su ejercicio precisa una habilitación legal, la cual deberá ser suficientemente previsible y concretar los distintos presupuestos y condiciones de la intervención. Así, en la STC (Pleno) 49/1999, de 5 de abril, se parte de que, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales, ya incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), o ya limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Ahora, esa reserva de ley no es un mero requisito formal, sino que implica exigencias respecto al contenido de la ley, la cual cuando autorice la afectación a un derecho fundamental “ha de

²⁶ Entre otras muchas, Sentencia *Malone contra el Reino Unido* de 2 de agosto de 1984, ap. 49; *Halford contra Reino Unido* de 25 de junio de 1997, ap. 67; *McLeod contra Reino Unido* de 23 de septiembre de 1998, ap. 41; *Copland contra Reino Unido* de 3 de abril de 2007, ap. 46, y *Liberty y otros contra Reino Unido* de 1 de julio de 2008.

expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención²⁷. En definitiva, la norma habilitante “deberá concretar las restricciones alejándose de criterios de delimitación imprecisos o extensivos”, pues vulnerará el derecho fundamental afectado “si regula los límites de forma tal que hagan impracticable el derecho fundamental afectado o ineficaz la garantía que la Constitución le otorga”²⁸.

A mi juicio, en el Borrador de CPP no se regulan con suficiente claridad los presupuestos y la duración de estas medidas alternativas, lo que, en mi opinión, impide considerar respetado el requisito de la necesaria habilitación legal de toda injerencia en los derechos fundamentales, máxime cuando el mismo prelegislador reconoce que dichas medidas condicionan la libertad (art. 181 CCP).

Es cierto que entre las disposiciones generales a las medidas cautelares el art. 148 CPP regula los presupuestos de las medidas cautelares. Sin embargo, no lo es menos que, siendo muy general esa regulación, debieran regularse los presupuestos específicos de estas medidas, de modo análogo a lo que se hace con relación a la prisión preventiva en los arts. 151 y ss. (gravedad del hecho, indicios bastantes de culpabilidad, finalidad, etc...) ²⁹, para que se cumpla el requisito de su previsibilidad por el destinatario.

3. PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN Y PRÓRROGA DE LAS MEDIDAS

La regulación del procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares personales que se efectúa en el art. 202 requiere siempre que se dé audiencia

²⁷ STC Pleno 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

²⁸ SSTC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11, y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 5.

²⁹ Sobre todo, se suscita la duda de si la adopción de estas medidas requiere que se trate de hechos graves en los términos establecidos en el art. 152 CPP, o pueden acodarse cualesquiera que sean los hechos objeto del proceso y las penas o medidas de seguridad aplicables a los mismos. Siendo de destacar que en Derecho comunitario existe una regulación específica del requisito de la gravedad del hecho en relación a las medidas sustitutivas de la prisión preventiva. Así, la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, establece como requisito del reconocimiento de resoluciones sobre medidas de vigilancia sustitutivas de la prisión preventiva sin control de la doble tipificación que los hechos delictivos estén castigados en el Estado de emisión con pena o medida privativas de libertad de un máximo al menos de tres años (art. 14).

Tampoco se aclara, con carácter general, cuál puede ser la duración máxima de estas medidas cautelares alternativas, cuestión que sólo se aborda respecto de los medios electrónicos de localización (art. 185 CPP).

a la defensa. Sin embargo, esa audiencia a la defensa puede llevarse a cabo de distintas formas.

Si se trata de acordar la prisión preventiva, es necesaria siempre la celebración de una comparecencia (oral), como regla general con carácter previo a su adopción, y, excepcionalmente (“por razones de urgencia inaplazable”), con carácter posterior en el plazo de setenta y dos horas; comparecencia a la que se citará al encausado asistido de Abogado y a las demás partes personadas, sin que la ausencia del encausado debidamente citado provoque la suspensión de la comparecencia (art. 202. 1 y 2, I CPP).

Por el contrario, para la adopción de medidas alternativas a la prisión preventiva la audiencia a la defensa puede llevarse a cabo tanto mediante una comparecencia oral como por escrito (art. 202. 2, II CPP).

Cuando se celebre audiencia, en ella se realizarán las alegaciones y se practicarán las pruebas, sin perjuicio de que se acuerde una nueva audiencia si en el acto se proponen pruebas que requieran de tiempo para su obtención (art. 202. 3 CPP).

A mi juicio, la regulación de este procedimiento presenta algunos aspectos susceptibles de mejora. Por una parte, no se expresa con claridad —aunque pueda llegar a inferirse— si la prisión preventiva sin comparecencia previa —acordada por razones de urgencia— puede adoptarse de oficio.

Por otra parte, no se aclara en el art. 202 CPP si para la adopción de la prisión preventiva y de las demás medidas alternativas basta con que se dé audiencia a las partes, o se requiere además que la prisión o medida alternativa sea solicitada por el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora. No obstante, la necesaria instancia —y no sólo audiencia— del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora se exige claramente respecto de la prisión en el art. 151 CPP y respecto de las medidas alternativas en el art. 180. 2 CPP, reiterándose además en los preceptos de desarrollo de las distintas medidas cautelares alternativas (arts. 181 a 189 CPP), salvo en el que regula la comunicación de los cambios de localización (art. 188 CPP).

Por otro lado, respecto de las medidas alternativas a la prisión, se establece en el art. 202. 2, II CPP que es necesario dar audiencia a la defensa, pero tampoco se expresa a la defensa de qué partes se refiere, ¿del encausado?, ¿de las acusaciones?, ¿de ambas?

Por último, en mi opinión, convendría que se especificase en estos preceptos la necesidad de que la resolución que acuerda la medida cautelar personal adopte la forma de auto, así como que explicita el requisito de la motivación en términos similares a lo que dispone el art. 506. 1 LECrim en la actualidad.

4. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN

El Borrador de CPP establece unas disposiciones comunes sobre el régimen de recursos contra los autos del Tribunal de Garantías o del Tribunal de Juicio Unipersonal relativos a medidas cautelares personales.

Contra esos autos cabe interponer recurso de apelación (art 201. 1 CPP), estableciéndose además una regulación especial aplicable al caso de que al acordar alguna medida cautelar, en especial si es la prisión preventiva, estuviere vigente la declaración de secreto del procedimiento (art 202, 2 CCP).

Esa regulación tiene como precedente el contenido de los arts. 506. 2 y 507. 2 LECrim, los cuales, a mi juicio, permiten garantizar mejor el carácter secreto de las actuaciones, al tiempo que ofrecen una regulación más clara y precisa sobre el régimen de admisión de recursos durante la declaración de secreto del procedimiento y una vez seaalzada ésta.

El régimen de recursos admisibles contra el auto relativo a medidas cautelares personales establecido en el art 201 CPP, debe integrarse con las normas generales sobre recursos (arts. 559-576 CPP), así como con las normas aplicables a los recursos de apelación contra autos (arts. 579-583 CCP).

Por lo que respecta a las disposiciones generales sobre recursos quisiéramos destacar dos cuestiones. Con relación al derecho para recurrir, se dispone que las partes podrán recurrir las resoluciones que les afecten desfavorablemente, mientras que “el Ministerio Fiscal gozará en todo caso de legitimación para recurrir en beneficio del encausado”; lo que, en principio, supone una restricción de su legitimación para recurrir en perjuicio de aquel, cuya justificación resulta, cuando menos, dudosa.

Por otra parte, con relación a los efectos del recurso de apelación contra el auto relativo a medidas cautelares personales, se establece que, como regla, solo tendrán efecto suspensivo los recursos contra sentencias, mientras que los demás recursos solo tendrán efectos suspensivos cuando expresamente lo disponga la ley (art. 566. 1 y 2 CPP). Lo anterior implica que el recurso de apelación contra el auto que acuerde medidas cautelares personales no tiene carácter suspensivo, no solo porque no se establezca expresamente su efecto suspensivo en sede cautelar, sino porque se establece expresamente su efecto contrario, no suspensivo, al establecer que “adoptada, confirmada o prorrogada la medida se ejecutará de inmediato” (art 202. 4 CPP); regulación que, en mi opinión, resulta acertada.

Con relación a las normas aplicables a los recursos de apelación contra autos, resulta de destacar la especial configuración de la tramitación del recurso ante el Tribunal *a quo*.

A mi juicio, resulta mejorable la regulación del escrito de interposición del recurso, pues no se exige expresamente su fundamentación por el apelante, cuando dada la configuración legal de la tramitación del recurso este requisito debiera ser preceptivo, pues, en otro caso, no se comprende que, tras la interposición y, en su caso, impugnación o adhesión, el Tribunal *a quo* pueda estimar por sí mismo el recurso (art 582. 2 CP).

Sin embargo, resulta adecuada la posibilidad de que, en la fase de tramitación ante el Tribunal *a quo* del recurso de apelación, el Tribunal que ha dictado la resolución apelada pueda estimar por sí mismo el recurso, resultando un método inteligente para armonizar el derecho al recurso penal con el principio de celeridad que debe regir respecto del régimen de adopción de medidas y recursos en materia de medidas cautelares, especialmente, cuando de medidas cautelares personales se trata.

En este sentido, el CCP no establece la posibilidad de interponer recurso de reposición con carácter cumulativo al recurso de apelación, ya que el primero solo cabe contra resoluciones judiciales no definitivas, salvo que la ley prevea otro tipo de recurso (art 574 CPP), y en el caso de los autos relativos a medidas cautelares personales ese otro tipo de recurso sí lo prevé la ley, estableciendo en este caso la admisibilidad del recurso de apelación.

Sin embargo, la especial configuración que se hace de la tramitación de la fase del recurso de apelación que se sigue ante el Tribunal *a quo* ofrece al recurrente las mismas garantías que el ejercicio acumulado de ambos recursos (reposición y apelación), al permitir que el recurso sea estimado tanto por el Tribunal que dictó la resolución recurrida como por el Tribunal superior, con la ventaja adicional de que procura la economía procesal y la agilización del procedimiento.