

PRISIÓN PROVISIONAL, ¿UTILIDAD O PERJUICIO?

Una visión interdisciplinar

Directores

Alfredo Abadías Selma
Pere Simón Castellano

Prólogo de

José Ricardo de Prada Solaesa
Magistrado de la Sala de lo Penal
de la Audiencia Nacional



eBook en www.colex.es

1.^a EDICIÓN



PRISIÓN PROVISIONAL, ¿UTILIDAD O PERJUICIO?

Una visión interdisciplinar

1.^a EDICIÓN

Coordinación

Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor

Universidad Internacional de La Rioja UNIR

Grupo de investigación Penalcrim

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Grupo de Investigación Penalcrim

COLEX 2021

Copyright © 2021

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) garantiza el respeto de los citados derechos.

Editorial Colex S.L. vela por la exactitud de los textos legales publicados. No obstante, advierte que la única normativa oficial se encuentra publicada en el BOE o Boletín Oficial correspondiente, siendo esta la única legalmente válida, y declinando cualquier responsabilidad por daños que puedan causarse debido a inexactitudes e incorrecciones en los mismos.

Editorial Colex S.L. habilitará a través de la web www.colex.es un servicio online para acceder a las eventuales correcciones de erratas de cualquier libro perteneciente a nuestra editorial, así como a las actualizaciones de los textos legislativos mientras que la edición adquirida esté a la venta y no exista una posterior.

© Alfredo Abadías Selma
© David-Eleuterio Balbuena Pérez
© Carlos Bardavío Antón
© Jaime Campaner Muñoz
© Miguel Ángel Fernández-Salinero San Martín
© Rubén Herrero Giménez
© Manuel Jaén Vallejo
© Carlos Javier López Gobernado
© Aitor Martínez Jiménez
© Víctor Martínez Patón
© David Pavón Herradón
© Ana María Peligero Molina
© Francisco José Rodríguez Almirón
© Ana Isabel Serrano Esteban
© Pere Simón Castellano
© Manuel M. Vergara Céspedes

© Editorial Colex, S.L.
Calle Costa Rica, número 5, 3º B (local comercial)
A Coruña, C.P. 15004
info@colex.es
www.colex.es

I.S.B.N.: 978-84-1359-107-0
Depósito legal: C 1570-2020

PARTICIPAN EN ESTA OBRA:

Alfredo Abadías Selma

Profesor Contratado Doctor

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Grupo de Investigación Penalcrim

David-Eleuterio Balbuena Pérez

Profesor adjunto de Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Carlos Bardavío Antón

Profesor adjunto de Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Socio Director en Bardavío Abogados

Jaime Campaner Muñoz

Profesor Titular (Acr.) de Derecho Procesal

Universitat de les Illes Balears

Socio Director Campaner Law

Miguel Ángel Fernández-Salínero San Martín

Socio Director Crown Acquisitions Law Firm

Profesor de Derecho Penal

Rubén Herrero Giménez

Profesor asociado Derecho Penal

Universidad Complutense de Madrid

Director del Gabinete Jurídico Herrero Giménez

Manuel Jaén Vallejo

Magistrado

Ex letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

Profesor titular de Universidad

Carlos Javier López Gobernado

Doctor en Derecho y profesor universitario

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Personal Operativo Policía Comisaría General de Seguridad Ciudadana

Aitor Martínez Jiménez

Profesor adjunto Derecho penal

Universidad Nebrija

Abogado. Responsable área internacional en Bufete ILOCAD

Víctor Martínez Patón

Académico correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia

Profesor adjunto Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

David Pavón Herradón

Profesor asociado Derecho Penal y Criminología

Universidad Complutense de Madrid

Universidad Europea de Madrid

Abogado of counsel en Ayuela Jiménez Abogados

Ana María Peligero Molina

Profesora de Criminología

Universidad Camilo José Cela y Universidad Internacional de la Rioja UNIR

José Ricardo de Prada Solaesa

Magistrado de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional

Juez del Mecanismo Residual para los Tribunales Internacionales de Naciones Unidas

Francisco José Rodríguez Almirón

Profesor Derecho Penal

Universidad de Granada

Ana Isabel Serrano Esteban

Ex-fiscal

Profesora adjunta Derecho Penal

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Grupo de Investigación Penalcrim

Abogado of Counsel Font Advocaats

Manuel M. Vergara Céspedes

Coordinador de contenidos del Máster Universitario de Derecho Penal Internacional y Transnacional

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Director del Departamento Legal de la Fundación Baltasar Garzón

SUMARIO

PRESENTACIÓN	15
--------------------	----

PRÓLOGO	17
---------------	----

José Ricardo de Prada Solaesa

PARTE I. DOGMÁTICA JURÍDICA Y PRISIÓN PROVISIONAL

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA REFORMA PROCESAL

Manuel Jaén Vallejo

1. Introducción	29
2. La prisión provisional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	30
3. El anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011	35
4. La propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2012	39

CUESTIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS EN TORNO A LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL. UNA REVISIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

David Pavón Herradón

Rubén Herrero Giménez

1. Introducción	47
2. Contextualización: breve aproximación a las medidas cautelares en general	49
2.1. Objeto	49
2.2. Caracteres	50
2.3. Clases	52
2.4. Presupuestos	52
3. Especial mención a la prisión provisional como medida cautelar personal: aspectos esenciales	53
4. Propuesta de revisión de los requisitos de la prisión provisional	54
4.1. La adopción de la medida de prisión provisional	54
4.2. Situación de la <i>praxis</i> forense con relación a la adopción de la medida	55
4.3. Propuesta de revisión: el nuevo requisito de <i>suspicio firmaretur</i>	56
5. Bibliografía	61

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ÁMBITO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Ana Isabel Serrano Esteban

1. Introducción	63
2. Requisitos para su adopción	64

SUMARIO

3. Procedimiento para su adopción y resolución pertinente	67
4. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 ter de la LECrim	69
5. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 798 de la LECrim	73
6. Comparecencia del art. 505 junto con la del art. 544 bis <i>in fine</i> de la LECrim	76
7. Bibliografía	79
8. Referencias jurisprudenciales	81

PRISIÓN PROVISIONAL E INVESTIGACIONES POLICIALES COMPLEJAS

Carlos Javier López Gobernado

1. Introducción	83
2. Concepto de seguridad	83
2.1. Seguridad pública	85
2.2. Policía Judicial	87
3. La policía judicial en la investigación criminal	88
3.1. Criminalidad organizada	89
3.2. Terrorismo	91
3.3. Delincuencia económica	91
4. La prisión provisional	94
4.1. Configuración	95
4.2. Presupuestos	96
4.3. Clases	98
5. Conclusiones	99
6. Referencias bibliográficas	100

PARTE II. EL RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

LA PRISIÓN PROVISIONAL EN DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Manuel M. Vergara Céspedes

1. Introducción	105
2. Los aspectos más relevantes de la prisión provisional en los tribunales internacionales	106
2.1. Previsión legal: del silencio de los Tribunales Militares Internacionales al principio de legalidad como requisito imprescindible	106
2.2. Órgano competente: entre fiscales, jueces de instrucción y las salas	109
2.3. Principios que rigen la prisión provisional: la libertad como excepción en los tribunales <i>ad hoc</i> o a la libertad como norma general en la Corte Penal Internacional	110
2.4. Causas que justifican la necesidad de decretar la prisión provisional	112
2.5. Una resolución motivada: el legado de los tribunales internacionales e híbridos en el poder judicial local	114
2.6. El procedimiento de revisión de la prisión provisional	115
2.7. Indemnización en caso de absolución: más allá de lo exigido por el Derecho internacional de los derechos humanos	118
3. Conclusiones	123
4. Referencias bibliográficas	124

RÉGIMEN JURÍDICO INTERNACIONAL DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Aitor Martínez Jiménez

1. Introducción	127
2. Fuentes de derecho internacional en materia de privación de libertad provisional a espera de juicio	128
2.1. El Convenio Europeo de Derechos Humanos	131
2.2. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	133
2.3. Otras normas internacionales de <i>soft law</i>	136
3. Pronunciamientos internacionales de los organismos internacionales más relevantes en relación con la prisión provisional	137
3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos	139
3.2. El Comité de Derechos Humanos de la ONU	149
3.3. El Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de la ONU	151
4. Conclusiones	154
5. Referencias bibliográficas	155

PARTE III. ESTUDIO DE CASOS MEDIÁTICOS

EL CASO REAL FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE FÚTBOL

Víctor Martínez Patón

1. Resumen	159
2. Abstract	159
3. Palabras clave	159
4. Keywords	160
5. Introducción	160
6. Estructura del auto de prisión provisional	161
7. Los hechos investigados	162
7.1. Hechos atribuidos a Ángel María Villar	163
7.2. Hechos atribuidos a Gorka Villar	165
7.3. Hechos atribuidos a Juan Antonio Padrón Morales y a Ramón Ángel Hernández Baussou	166
8. Cumplimiento de los requisitos legales para la adopción de la prisión provisional	168
9. Duración de la prisión provisional y auto de libertad condicional	170
10. Conclusiones	171

EL CASO WANNINKHOF Y EL PROCESO DE VICTIMIZACIÓN DE DOLORES VÁZQUEZ

Ana María Peligero Molina

1. Cronología del 'caso Wanninkhof'	173
2. El proceso de victimización	176
3. Tipos de victimización	178
4. El proceso de desvictimización	180
5. El proceso de victimización de Dolores Vázquez	180
6. El proceso de desvictimización de Dolores Vázquez	184
7. Referencias bibliográficas, jurisprudenciales y documentales	186

**PRISIÓN PROVISIONAL Y ALARMA SOCIAL: A PROPÓSITO
DEL «CASO DE LOS TITIRITEROS»**

Pere Simón Castellano

1. Prisión provisional y opinión pública	189
2. El caso de los titiriteros.	192
2.1. Los hechos del caso	192
2.2. La motivación y justificación de la prisión provisional en el auto de 6 de febrero	193
2.3. La acreditación del arraigo y el Auto de reforma de 10 de febrero	194
2.4. La reducción de las comparecencias diarias y el mantenimiento de las medidas	195
2.5. El auto de 28 de junio de 2016 acordando el sobreseimiento provisional	196
2.6. El sobreseimiento por el delito del artículo 510 CP.	197
2.7. Sobre la querrela contra el juez instructor y la fiscal.	198
3. Reflexiones finales y análisis crítico.	199
3.1. Una aplicación alejada de las previsiones legales y proclamas jurisprudenciales	199
3.2. En un caso con fuerte presión mediática y alarma social	203
4. Bibliografía	204

**CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LOS SUPUESTOS
DE ESTAFA PIRAMIDAL: ESPECIAL REFERENCIA AL CASO UNETENET**

Miguel Ángel Fernández-Saliner San Martín

1. Introducción	209
2. La trascendencia jurídico penal de la estafa piramidal en relación con el instituto jurídico de la prisión provisional	210
3. Los indeseablemente específicos criterios de aplicación de la prisión provisional en los delitos de estafa piramidal: especial referencia al denominado “Caso Unetenet”	214
4. El deber de indemnizar a los sujetos absueltos que hayan sufrido prisión provisional	217
5. Conclusiones: una reflexión crítica sobre el instituto de la prisión provisional aplicado a los delitos de estafa con tinte piramidal.	220
6. Bibliografía	222
7. Resoluciones invocadas	222
8. Enlaces a páginas web	223

**PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO COMPARADO: EL CASO
RONALDINHO EN EL PROCESO PENAL PARAGUAYO**

David-Eleuterio Balbuena Pérez

1. Introducción	225
2. Las medidas cautelares en el ordenamiento paraguayo	226
2.1. Aspectos generales	226
2.2. El problema de la clasificación de las medidas cautelares en el Código Procesal Penal	229
2.3. La prisión preventiva.	230
2.4. La ilusión teórica	231

SUMARIO

2.5. La decepción práctica	239
2.6. Prisión preventiva en el caso Ronaldinho	244
3. Conclusiones	248
4. Bibliografía	249

LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO ZONA DE CONFORT JUDICIAL: EL “CRIMEN DEL HACHA” COMO PARADIGMA

Jaime Campaner Muñoz

1. Planteamiento de la cuestión	253
2. El denominado “crimen del hacha”	255
2.1. Los hechos objeto de investigación	255
2.2. La prisión preventiva y su impugnación durante la fase de instrucción	255
2.3. El juicio oral	257
2.4. La sentencia	257
2.5. Una precisión necesaria	258
3. El hipertrofiado valor de la declaración del coimputado	258
4. Las medidas alternativas a la prisión preventiva: una puesta de perfil de los órganos de instrucción que desoye las exigencias del TEDH	265
5. Conclusión	267

LA PRISIÓN PROVISIONAL Y SU CONTROVERTIDA APLICACIÓN EN LA ESPAÑA DE LOS ÚLTIMOS TIEMPOS

Alfredo Abadías Selma

1. La prisión provisional en la España de los últimos tiempos.	269
1.1 El “caso Gürtel” y los “papeles de Bárcenas”	270
1.2. Gerardo Díaz Ferrán, de presidente de la CEOE a la liquidación de Viajes Marsans.	272
1.3. El misterioso caso de Miguel Blesa.	273
1.4. Rodrigo Rato, de Ministro y Presidente del FMI a Soto del Real	274
1.5. Mario Conde y la presunta repatriación de capitales expoliados a Banesto	274
1.6. El peculiar caso de los titiriteros	275
1.7. Los Pujol, el “tres por ciento”, las “ITV” y el fin del “oasis catalán”.	276
1.8. Manos limpias y Ausbanc	278
1.9. La “Operación Lezo” y el Gobierno de la Comunidad de Madrid	278
1.10. Ángel M. ^a Villar y el fugaz paso por la prisión provisional.	280
1.11. Altsasu: de pelea de bar a presunto ataque terrorista.	280
1.12. “La Manada” y el errático criterio en la prisión provisional	281
1.13. Eduardo Zaplana: prisión provisional en caso de grave enfermedad	282
1.14. El “Proceso” y los “Jordis”.	283
1.15. ¿Gamberrismo o reivindicación política?	284
1.16. Los falangistas y el asalto a Blanquerna	285
1.17. Iñaki Urdangarín: de campeón de balonmano a la particular cárcel de Breiva	285
1.18. El caso Rosell y Besolí	287
2. Naturaleza de la prisión provisional	290

SUMARIO

3. Elementos estructurales de la prisión provisional	293
a) Legalidad	293
b) Excepcionalidad	295
c) Proporcionalidad	296
d) Necesidad.	297
e) Modificabilidad.	298
f) Temporalidad.	298
g) Motivación	299
4. Conclusiones finales.	301
5. Referencias bibliográficas	307

PARTE IV. EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA PANDEMIA POR COVID-19 SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL

LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA

Francisco José Rodríguez Almirón

1. Introducción	313
2. Principios que rigen la adopción de la prisión provisional.	314
3. Presupuestos necesarios para que la adopción de la prisión provisional.	320
4. Prisión provisional y estado de alarma.	324
5. Bibliografía	334

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN TIEMPOS DE LA COVID-19: NEUTRALIZACIÓN CONTRAFÁCTICA DEL RIESGO

Carlos Bardavío Antón

1. Premisa. ¿Qué pretende evitar el Derecho penal: peligros o riesgos?	335
2. Función del Derecho penal.	339
A. Motivación vs orientación de conductas del Derecho penal	339
B. Bienes jurídicos o vigencia de la norma: al respecto de la tentativa y la prisión preventiva como instituciones contra fenomenologías arriesgadas.	341
3. «Desconfianza» o «intolerancia» en la creación de riesgos en tiempos de la COVID-19: seguridad cognitiva y salud	344
4. La prisión preventiva: neutralización del riesgo y restablecimiento preventivo y contrafáctico de la norma en delitos de desobediencia, violencia de género y riesgos de contagios (lesiones y muerte).	346
5. La prisión preventiva como medida contrafáctica de focos de riesgos objetivos: «enemigos» y «autores por convicción»	352
6. Resumen.	355
7. Bibliografía	356

PRESENTACIÓN

La prisión provisional, también denominada preventiva es una institución privativa de la libertad que es polémica ya desde su denominación, pues la misma nunca ha sido pacífica entre la doctrina y los operadores jurídicos.

El Estado, como depositario del binomio derecho-deber de administrar justicia ha de velar por que la administración de la justicia no sea una quimera y pueda materializarse mediante un proceso sustanciado con todas las garantías debidas.

Cuando en las investigaciones de un caso el juzgador aprecia que hay una elevada probabilidad de reiteración delictiva, una situación de peligro para la víctima o un riesgo de fuga del investigado, se podrá decretar la prisión provisional siempre con la máxima cautela y cuando en base al estudio pormenorizado del caso no exista la posibilidad de aplicar una medida menos gravosa. Y es aquí cuando entra en tensión el *ius puniendi* del Estado con el derecho a la libertad del ciudadano, presupuesto fundamental de otros derechos.

Así las cosas, en los últimos años hemos podido ver y algunos vivir de primera mano varios casos en los que se ha aplicado la prisión provisional con más o menos fortuna, pero siempre con la polémica sobrevolando la realidad, pues o se ha aplicado con extrema dureza, no se ha aplicado o las fianzas para eludir esta grave privación han sido muy dispares.

La prisión provisional, ¿utilidad o perjuicio?: una visión interdisciplinar, es una obra que pretende aportar una visión completa de la prisión provisional comenzando con un primer bloque dogmático que encabeza el artículo del Magistrado, profesor y ex letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, el Dr. Manuel M.^a Jaén Vallejo, con su aportación «La prisión provisional en la reforma procesal». En este mismo bloque escriben los Dres. Rubén Herrero y David Pavón Herradón profesores de la Universidad Complutense de Madrid, que combinan el saber académico y el práctico adquirido a través de la praxis en el ejercicio de la Abogacía. También dentro de esta parte el lector encontrará el artículo de la profesora de la UNIR y exfiscal, la Dra. Ana Isabel Serrano Esteban, que nos habla de la aplicación práctica de la prisión provisional concretando los presupuestos para su adopción. Para cerrar esta primera parte encontramos el artículo del Inspector del Cuerpo Nacional de Policía y Dr. en Derecho, Carlos López Gobernado, que nos explica las peculiaridades de la prisión provisional en las investigaciones policiales complejas.

La obra contiene una segunda parte dedicada a casos reales y que tiene dos artículos dedicados a la aplicación de la prisión provisional en tribunales interna-

cionales, que están preparados por los expertos en Derecho penal internacional y abogados insignes, Dres. Manuel Vergara y Aitor Martínez. Acto seguido y en el mismo bloque encontramos una serie de artículos que analizan la prisión provisional desde el estudio de casos elaborados por: Dr. Víctor Martínez Patón Profesor de la UNIR, Dra. Ana M^a Peligero Profesora de la UCJC, Dr. Pere Simón Castellano Profesor Contratado Doctor de la UNIR y abogado *of counsel*, Miguel Ángel Fernández-Salinero Sanmartín Profesor de la UNIR, Dr. David Balbuena Profesor de la UNIR, Dr. Jaime Campaner Profesor de la UNIR y abogado penalista y un capítulo que cierra esta parte y que compendia dieciséis de los casos más controvertidos y polémicos de los últimos tiempos, elaborado por el Dr. Alfredo Abadías Selma Coordinador y profesor del Máster en Derecho penal económico de la UNIR.

Para terminar este análisis de la prisión provisional contamos con dos aportaciones finales de gran interés que versan sobre esta institución en los tiempos de la COVID-19, y que están elaboradas por el Dr. Carlos Bardavío Abogado penalista y profesor de la UNIR y por el Dr. Francisco Rodríguez Almirón Abogado penalista y profesor de la Universidad de Granada.

Creemos que con todo este material el lector podrá tener una visión muy completa de la siempre compleja y controvertida prisión provisional y su aplicación práctica.

Ha sido un honor y un placer coordinar esta obra con este elenco de autores expertos con una visión interdisciplinar que también busca de forma humilde aportar luz y justicia a la sociedad española.

Alfredo Abadías Selma y Pere Simón Castellano

En Reus y Martos en julio de 2020

PRÓLOGO

La publicación de un libro colectivo sobre aspectos actuales de la prisión provisional es siempre una buena noticia. Aunque es un tema clásico del que en apariencia todo estaría escrito, la realidad de esta publicación nos demuestra que no es así. La prisión provisional o prisión preventiva es un tema siempre controvertido y difícil, que permite múltiples enfoques y, en muchas ocasiones, reflexiones actuales y novedosas.

Los complicados tiempos en que vivimos, marcados por la emergencia sanitaria provocada por el COVID-19, también tienen sin duda reflejo en esta materia. El interés siempre creciente de la perspectiva internacional, incluida la práctica de los tribunales internacionales y comparada agrega siempre valor a las investigaciones y conclusiones que se puedan extraer.

Por ello, la oportunidad de una obra colectiva como la presente, que compendie y provoque reflexiones de actualidad sobre tema circundantes a la prisión provisional, mucho más allá o de forma muy diferente a como aborda la materia un tratado al uso. Razón por la que debe dársele especialmente la bienvenida.

Sí quisiera en este prólogo compartir con el lector algunos pensamientos e inquietudes sobre el tema surgidos en mis ya muchos años de ejercicio como jurista, primero como abogado y luego como juez, varios de ellos en jurisdicciones extrañas a la nuestra, en tribunales penales internacionales, compartiendo visiones con jueces de otras nacionalidades, de culturas continentales y anglosajonas, de países nórdicos, germánicos y latinos, europeos, latinoamericanos y africanos.

Puedo decir que existen muchísimos elementos culturales comunes. Me atrevería a afirmar lo sorprendentemente parecidos que somos todos los jueces, no importa de dónde procedamos. Pero también son muchas las diferencias, que muchas veces no tienen razón de ser en las normas, en ocasiones bastante parecidas, sino en las prácticas, derivadas de los ambientes, las culturas, los contextos sociales y políticos donde se aplican y en los que nos desenvolvemos. El resultado aplicativo de las normas sobre prisión da resultados muy distintos en cada país y jurisdicción y se ve influido por muchos factores, singularizando cada sistema.

La realidad nos demuestra que aunque las normas relativas a la prisión preventiva establezcan criterios acordes con las normas y principios constitucionales, provenientes de los estándares internacionales, de excepcionalidad y ultima ratio de la prisión provisional, el ámbito de discrecionalidad judicial es muy amplio y

al final es el juez/jueces encargado de instaurar la prisión el que valora las situaciones de acuerdo a sus propio bagaje cultural e ideológico, proyectando sus sesgos conscientes e inconscientes y ello dentro de un contexto y de un ambiente determinado.

Por supuesto, la calidad democrática y el desarrollo político, social e institucional, y dentro de éste, la fortaleza de la justicia, ha de influir definitivamente en el resultado. Pero también otros aspectos no menores. Así, por ejemplo, no podemos olvidar que vivimos insertos en la sociedad de los medios y del impacto mediático, y estos tienen una inmensa capacidad de crear escenarios propios a conveniencia sobre situaciones reales o irreales, con posibilidades de condicionar enormemente la respuesta jurídica en un tema tan particularmente sensible como el de la prisión.

En cualquier estudio que pretenda abordar la prisión provisional no puede dejar de partir de su significación jurídica, como dispositivo procesal extraordinario, de carácter multifuncional, que implica nada menos que la prematura privación del derecho a la libertad, pero sin amparo en una sentencia penal firme. Establecida únicamente sobre la base de sospechas de la comisión de un delito y de una expectativa de condena más o menos probable, como presupuestos fáctico-jurídicos, acompañado de una funcionalidad, no una cualquiera, sino una constitucionalmente prevista y admisible, que aparece como elemento definitivamente justificador de la prisión.

Pero la prisión provisional comporta, por ello, ante todo, una aporía. Una tensión irresoluble entre derechos fundamentales de distinta índole, en juego. De una parte se esgrime el derecho-valor justicia, como necesaria para la eficacia de éste, como también el derecho a la seguridad de los ciudadanos frente a los delitos y, de otro, como contrapartida, se compromete de forma anticipada y siempre con un sistema frágil de garantías, nada menos que el derecho a la libertad, derecho que además constituye el paradigma de la sanción penal *post iudicium* y cuya justa privación –de acuerdo a derecho y tras un juicio cognitivo sobre pruebas en el que resulte culpable– es la sanción penal por antonomasia y su legítima imposición, razón de ser de todo el proceso penal. Cuya columna vertebral, que actúa como árbol central del sistema, es el derecho a la presunción de inocencia, que se ve irremisiblemente abatido como regla de tratamiento, y mortalmente herido como regla de juicio, por esta previa sanción *ante iudicium*.

Hablamos de sanción, porque la prisión preventiva cada vez más, rechazablemente, en ocasiones se comporta como tal, como auténtica sanción ante o *extra delictum*, en vez de *post delictum* y *post iudicium*, como nos recuerda Ferrajoli, adquiriendo en muchas ocasiones un ámbito de autonomía propio no estrictamente cautelar o de custodia para el juicio; es decir, por razones estrictamente procesales, sino que sustituye, aunque no sea de forma definitiva, a la prisión tras la condena penal, limitándose ésta a confirmar la previa sanción provisionalmente impuesta, buscándose con ella finalidades penales previas difícilmente justificables, aunque la norma procesal desvirtuada las prevea.

Este argumento, frecuentemente utilizado por las defensas en el momento de combatir la prisión, raramente recibe respuesta por parte de los jueces que de ordinario se limitan a repetir la letanía de la doctrina y jurisprudencia interpretativa de la norma relativa a la prisión preventiva, que justifica la posibilidad de ésta en función de determinados fines constitucionalmente legítimos, sin valorar en su auténtica dimensión la facilidad transformativa de la prisión, que puede pasar con facilidad de ser un instrumento procesal de custodia para el juicio, reservada a aquellos casos extremos donde no quepan medidas alternativas ni pueda asegurarse de ninguna otra forma su presencia en juicio, a un dispositivo o maquinaria que, basándose en una afirmada gravedad del delito, cumpla funciones penales, de prevención general inmediata ante el delito o de medida de seguridad procesal de defensa social, demandada por visiones predominantemente securitaristas, alimentadas por conceptos tales como alarma social, peligro de reiteración delictiva, etc., previstos en la propia norma como posibles fines de la prisión preventiva.

Pero la presencia en juicio del acusado reducido a la condición de preso preventivo, aunque comparezca sin medidas de coerción física como grilletes, lo que no es una práctica definitivamente erradicada entre nosotros, pero en cualquier caso conducido y custodiado por policías de uniforme y, en ocasiones, introducido en un receptáculo acristalado de seguridad, comporta como poco una situación de radical desventaja frente a la acusación y estigmatiza al acusado, al ser tratado de forma diferente al que comparece libre ante el tribunal, debilitando su posición, haciéndolo reconocible como un posible culpable que debe luchar para demostrar su inocencia y la injusticia que representa su encarcelamiento, más que como un inocente del que tiene que demostrarse su culpabilidad.

Aparecer públicamente como reo sometido, reducido a prisión preventivamente por la justicia, representa pues una seria desventaja. Lo hace en una posición en la que resulta muy difícil tenerle por inocente, susceptible de ser objeto de toda clase de cavilaciones y sujeto de sesgos conscientes e inconscientes por parte de los juzgadores, jueces o jurados; también después de verse sometido a objetivas dificultades, a veces insalvables, para preparar su defensa, en ocasiones por permanecer en custodia lejos del propio abogado, del lugar de los hechos y de los medios materiales necesarios, dificultando la búsqueda de elementos para su defensa. Afecta pues directamente al derecho a ejercerla de forma eficaz y con las necesarias facilidades.

Pero no son los únicos derechos socavados sin declaración de condena. Un amplio conjunto de libertades consustanciales con la libertad deambulatoria se ven igualmente gravemente afectados: La vida privada familiar, su actividad económica y profesional. También, incluso, la salud, psíquica y física, tema especialmente sensible en estos momentos de emergencia sanitaria.

La gravedad de la prisión provisional como posibilidad jurídica conlleva necesariamente para su instauración una serie de prerequisites, razones y elementos de justificación singularmente fuertes, además de condiciones y garantías extraordinarias. Todo ello bajo el manto de la excepcionalidad y de su consideración como *ultima ratio*.

La jurisprudencia de los Tribunales internacionales regionales de derechos humanos ha elaborado una importante doctrina al respecto, estableciendo paulatinamente unos estándares internacionales suficiente claros y precisos, tratados en esta publicación, que han de servir de guía a los sistemas nacionales, que en general han ido adaptando en la última parte del siglo pasado sus jurisprudencias y sus legislaciones a las exigencias de dichos estándares. En nuestro país, en la significativa STC 47/2000, nuestro Tribunal Constitucional acudió al autoplanteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad de los art 503 y 504 de nuestra norma procesal penal, dando lugar a la reforma procesal de la prisión preventiva del año 2003.

Le existencia de un supuesto fáctico jurídico habilitante que actúe como prerrequisito juega un doble papel, de elemento de justificación básico, imprescindible para eliminar cualquier atisbo de arbitrariedad, pero también al actuar como juicio de sospecha, pesa indeleble de forma ostensible y patente en contra de la presunción de inocencia del afectado.

Las razones justificantes también juegan un papel decisivo. Ya Beccaria tenía por únicamente admisibles las estrictamente procesales: el riesgo de fuga y de obstaculización a la investigación. Las que pretenden efectos penales conllevan una carga de anticipación de pena difícilmente admisible, en el caso de pretender evitar hipotéticas reiteraciones delictivas y las que se fundan en el orden público mantienen el regusto autoritario de su génesis e irrupción en el panorama internacional en momentos históricos particularmente convulsos políticamente.

Destaco en este prólogo la jurisdiccionalidad y el control jurisdiccional que la prisión conlleva. No es una exigencia expresa que se contenga en nuestra Constitución, pero nuestro Tribunal Constitucional sí la ha recogido como tal.

Pero como en todos los procedimientos de restricción o injerencia en derechos fundamentales en los que se acude a la jurisdiccionalidad como garantía básica, la primera cuestión a plantear es qué implica la jurisdiccionalidad.

Ferrajoli nos da la pista y nos dice que no es solo su adopción por parte del juez, sino también tras el juicio. Este, como expresión máxima de la jurisdiccionalidad.

Admitir la posibilidad de la prisión provisional y la necesaria jurisdiccionalidad en su adopción implica de la misma manera que no solo sea suficiente su adopción por parte del juez, también el seguimiento de un proceso, *iudicium* provisional para la instauración de ésta. La exigencia de seguimiento de la legalidad, no solo en los fundamentos constitucionales y legales legitimantes de la prisión, también en el proceso para adoptarla aparece como una exigencia básica de la prisión en un estado de derecho.

Pero la jurisdiccionalidad también debería implicar unos requisitos estructurales elementales por parte del juez que adopte la medida, de tal manera que solo pueda hablarse de ella, cuando el juez sea verdaderamente independiente e imparcial ante el caso, trascendiendo de una visión puramente burocrática de la jurisdiccionalidad, que es en la que en gran medida se encuentra inmerso nuestro proceso

penal e impera en nuestro sistema; aunque se ha visto mejorada de la redacción inicial de nuestra centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus paulatinas reformas introduciendo principios acusatorios, pero también hay que decir que resultan insuficientes y está muy lejos de su adopción por un verdadero juez de garantías razonablemente lejano del caso para gozar de la imparcialidad necesaria como atributo imprescindible de la jurisdiccionalidad.

Cualquier futura reforma de la ley procesal, ya otorgue o no la instrucción o investigación previa al enjuiciamiento de los delitos al Ministerio fiscal, necesariamente ha de partir del principio básico de que no puede adoptar la medida el mismo actor o juez directamente implicado en la instrucción.

El planteamiento lo hacemos desde la perspectiva de la jurisdiccionalidad, que nos parece más neutro, pero también existen razones históricas que nos muestran el delirio de los investigadores e incluso de la sociedad por la confesión del crimen por parte de sus autores, en la búsqueda de la prueba plena que permitiera el tormento sin equivocaciones. Fue el paradigma procesal de la inquisición.

La proscripción de la tortura como forma de obtención de la confesión con compulsión física sobre los cuerpos, implicó el repudio formal de ésta como signo de la modernidad, pero no el abandono definitivo de la búsqueda de la confesión. Se limitó a transformar la forma, caminando hacia otras más sutiles de presión psíquica sobre las almas, adquiriendo históricamente, a partir de ese momento, protagonismo la prisión con esa finalidad de obtención de confesión, alienada y recubierta para ello con otras finalidades procesalmente más presentables.

Es una idea no abandonada que permanece en gran medida en el inconsciente colectivo, que aparece de tanto en tanto con manifestaciones más o menos intensas, y que, aunque consustancial con el sistema inquisitivo, se han mantenido en gran medida vigente hasta la actualidad. Es paradigma del reo definitivamente derrotado ante el juez, el del reo confeso que condesciende al inmediato escarnio mediático, cuyos tiempos no pueden esperar a los tiempos del proceso y urge la confesión para así concluir su sumarísimo juicio paralelo.

Las legislaciones modernas en general se han preocupado de erradicar toda esta suerte de prejuicios que acompañan a la prisión preventiva, elaborando jurisprudencias y marcos normativos teóricamente plagados de racionalidad y garantías, tratando de superar los modelos inquisitivos. Pero la práctica demuestra, como decíamos al principio, que son los jueces a través de la realidad aplicativa de la prisión preventiva, desfasada en muchos casos estos marcos normativos que la soportan, los que conforman el verdadero significado actual de la prisión preventiva.

Un tema de interés a este respecto, es el de los vaivenes de criterios aplicativos de la prisión provisional en la práctica judicial y por qué en unos sistemas se utiliza la prisión cautelar más que en otros. En otras palabras, que es lo que hace que ante una misma realidad los jueces sean más o menos proclives a la prisión provisional en unos momentos que en otros o en distintos lugares.

PRISIÓN PROVISIONAL, ¿UTILIDAD O PERJUICIO?

La prisión provisional, como media cautelar y resolución provisional, constituye una institución, en la práctica, dominada por la ambivalencia. La irredimible tensión entre el ius puniendi estatal y el derecho a la libertad del ciudadano, nos aboca a un sistema restrictivo y excepcional, a pesar de que el 16% de la población reclusa en España lo está en situación preventiva. La presente obra estudia los propósitos –marco normativo y jurisprudencia de desarrollo– y despropósitos –aplicación práctica– de la institución cautelar más polémica con diferencia.

El lector encontrará una visión completa, interdisciplinar, que aúna teórica y práctica, con un primer bloque dedicado a cuestiones propias de dogmática jurídica; una segunda parte dedicada al régimen jurídico internacional de la prisión provisional; un tercer apartado que incluye el estudio de casos mediáticos –titiriteros, Real Federación Española de Fútbol, Wanninkhof y Dolores Vázquez, Ronaldinho, Unetenet, entre muchos otros–; finalmente, dos capítulos que exploran, last but not least, los efectos que sobre esta institución ha proyectado también la pandemia por COVID-19.

La obra colectiva reúne magistrados, fiscales, letrados eméritos del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, abogados y académicos con el fin de ofrecer un estudio actualizado al debate sobre los problemas de aplicación práctica de la institución cautelar en España a las puertas de la reforma de la vetusta LECrim.

PVP: 25,95 €

ISBN: 978-84-1359-107-0



9 788413 591070