

**Treball Final de Grau**

**GRAU EN DRET**

**UAB**

**Universitat Autònoma de Barcelona**

# **Compatibilitat de la presó provisional i les garanties constitucionals**



*Autora: Carla Navarro González*

*Tutora: Núria Reynal Querol*

*Curs acadèmic: 2016-2017*

*Data de lliurament: Maig 2017*



“La prisión provisional se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y asegurar el ámbito de libertad del ciudadano” – STC 41/1982, de 2 de julio –



# Índex

---

1. Prefaci .....	6
2. Abreviatures .....	7
3. Presentació .....	8
3.1. Presentació del tema .....	8
3.2. Presentació de l'estructura del treball .....	8
4. Concepte i elements essencials de la presó provisional.....	11
4.1. Concepte.....	11
4.2. Elements essencials .....	11
4.2.1. La jurisdiccionalitat .....	12
4.2.2. La restricció del dret a la llibertat: legalitat, necessitat i motivació .....	12
4.2.3. La duració .....	15
5. Naturalesa de la presó provisional .....	17
5.1. Pena anticipada.....	17
5.2. Mesura cautelar .....	18
5.3. Mesura de seguretat.....	19
6. Col·lisió amb el dret a la llibertat i a la presumpció d'innocència .....	20
6.1. Problemes d'encaixar la presó provisional amb el respecte de les garanties constitucionals de l'encausat.....	20
6.2. Arguments contraris a la presó provisional: consideració de la presó provisional com una pena anticipada .....	22
6.3. Arguments favorables a la presó provisional: riscos que justifiquen la seva adopció .....	26
6.4. Necessitat de ponderar els interessos .....	36
7. Estudi sentència 217/2015, de 22 d'octubre de 2015 .....	39

7.1. Possibilitat d'interposar un recurs d'empara.....	39
7.2. Antecedents de la sentència 217/2015 .....	40
7.3. Reflexió de les qüestions plantejades en relació a la sentència 217/2015 ..	43
8. Estadístiques de la presó provisional a Espanya.....	48
8.1. La presó provisional en xifres .....	48
8.2. Conclusions derivades d'un informe d'investigació .....	50
9. Conclusions.....	53
10. Bibliografia .....	58
10.1. Institucions, òrgans i associacions .....	58
10.2. Lleis i altre tipus de normativa legal .....	58
10.3. Parts de llibres i monografies .....	59
10.4. Sentències.....	60
10.5. Treballs, informes d'investigació i anuaris .....	61

# 1. Prefaci

---

¿La presó provisional és realment compatible amb les garanties constitucionals de l'encausat? Respecte aquesta qüestió tant controvertida, la qual configura l'eix vertebrador del present treball, s'intentarà donar resposta exposant els arguments a favor i en contra de l'ús de la presó provisional. D'aquesta manera podrem observar els diferents problemes que sorgeixen a l'hora d'encaixar la presó provisional amb les garanties constitucionals.

Identificar els elements essencials que la caracteritzen; determinar la seva naturalesa; analitzar una sentència del Tribunal Constitucional en la qual s'havia prorrogat la presó provisional sense cap tipus de cobertura legal; i esbrinar el número de persones que es troben en situació de presó provisional a Espanya seran altres qüestions secundàries tractades en el present treball.

Mitjançant aquest treball es demostrarà que la presó provisional és una figura problemàtica sobre la que s'ha debatut molt i existeixen innumerables pronunciaments jurisprudencials i doctrinals al respecte. Per aquest motiu he considerat interessant dedicar el meu Treball de Final de Grau a investigar sobre la configuració, regulació i concepció que es té sobre la presó provisional en el nostre país.

## 2. Abreviatures

---

Asociación Pro Derechos Humanos de España	APDHe
CE	Constitució espanyola
CEDH	Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals
cit.	Citat
CP	Codi Penal
F.	Fonament
LECrím	Llei d'Enjudiciament Criminal
LO	Llei Orgànica
LOPJ	Llei Orgànica del Poder Judicial
núm.	Número
p./ pp.	Pàgina/es
STC	Sentència del Tribunal Constitucional
SSTEDH	Sentències del Tribunal Europeu dels Drets Humans
TC	Tribunal Constitucional
TFG	Treball Final de Grau

## 3. Presentació

---

### 3.1. Presentació del tema

La primera dificultat que hem vaig trobar amb el Treball de Final de Grau (TFG) consistia en escollir el tema que pretenia tractar. Havia de ser un tema original i vinculat amb la disciplina que havia triat (que en el meu cas era Dret Processal), però al mateix temps havia de ser un tema amb el que pogués gaudir, doncs darrera d'aquest treball hi dedicaria moltes hores.

Després de posar sobre la taula els possibles temes a tractar i després de tenir una llarga tutoria amb la meva directora del TFG, Núria Reynal Querol, vaig optar per tractar un tema relacionat amb una mesura cautelar penal i, més concretament, tractar la problemàtica que presentava l'adopció de la presó provisional amb el respecte de les garanties constitucionals de l'encausat, tals com el seu dret a la llibertat i a la presumpció d'innocència.

Possiblement el que més em va captivar va ser el debat que sorgia al tractar una qüestió d'aquesta índole on alguns autors opinen que no és possible, de cap de les maneres, compatibilitzar la presó provisional i les garanties constitucionals; i, on un altre sector doctrinal opina totalment el contrari, doncs considera que sí és possible la combinació de tots dos interessos.

Al iniciar el TFG em vaig marcar una sèrie d'objectius que pretenia assolir. Primer de tot havia de fer una investigació més teòrica i un cop finalitzada aquesta part teòrica podria enfocar el treball des d'una vessant més pràctica.

En la part teòrica em vaig proposar adquirir una sèrie de coneixements bàsics per entendre millor el funcionament de la presó provisional. En la part pràctica, en canvi, em vaig proposar uns altres objectius més variats i amplis.

### 3.2. Presentació de l'estructura del treball

Aquest treball està dividit en dos blocs. D'una banda, un primer bloc teòric estructurat en dos apartats dedicats a explicar, respectivament, què és la presó



provisional i quins elements essencials la caracteritzen, i quina naturalesa hi ha al darrera d'aquesta institució. Aquesta primera part més teòrica és imprescindible per tal de tenir unes nocions bàsiques de la presó provisional, la qual serà objecte d'estudi en aquest treball. Amb la finalitat de fer un bon anàlisi d'aquesta institució m'he recolzat en les explicacions de diferents experts en la matèria tals com Pablo Gutiérrez de Cabiedes; Odone Sanguiné; Joaquín Delgado Martín; Juan Jacinto García Pérez, entre altres.

D'altra banda, aquest treball també està compost per un segon bloc pràctic estructurat en tres apartats. El primer d'aquests apartats l'he dedicat a fer un anàlisi jurisprudencial i doctrinal dels problemes que planteja l'adopció de la presó provisional. Sens dubte alguna aquí es troba l'eix principal d'aquest treball. En aquest apartat més extens he demostrat com la presó provisional és totalment compatible amb les diferents garanties constitucionals reconegudes a l'encausat. No obstant, aconseguir aquest objectiu no ha estat gens fàcil, doncs és evident que hi ha una important col·lisió entre l'adopció d'aquesta mesura cautelar i el dret a la llibertat i a la presumpció d'innocència.

Per tot això, la presó provisional ha estat una figura criticada per molts autors ja que l'encausat que es troba privat de la seva llibertat preventivament ho està en base a una sèrie d'indicis que no són autèntiques proves sotmeses a un judici oral, amb una contradicció entre les parts i ens les que s'hagi pogut exercir el dret de defensa. En conseqüència, això ens fa posar en dubte en si realment la presó provisional respecte aquests drets fonamentals de l'encausat. Tot plegat pot provocar que arribem a la conclusió de que el dret a la presumpció d'innocència quedi, al menys, entre dit i desplaçat per la presumpció de culpabilitat.

Tenint en compte que aquest debat genera opinions diverses, he exposat els arguments que dimanen dels diferents sectors doctrinals: d'un costat, aquells autors que estan en contra de la presó provisional; de l'altre costat, aquells autors que es posicionen a favor.

Juntament a això, he explicat que per decretar la presó provisional no només és suficient en que el jutge justifiqui de forma motivada l'auto on acorda aquesta

mesura cautelar, sinó que, a més a més, és imprescindible que el jutge faci una correcta ponderació dels interessos que es troben en joc.

El segon apartat que integra aquest bloc pràctic l'he dedicat a fer un estudi exhaustiu d'una sentència del Tribunal Constitucional on s'atorga l'empara per vulneració del dret a la llibertat personal com a conseqüència d'una pròrroga de la presó provisional sense cap tipus de cobertura legal. Vaig creure oportú comentar i reflexionar a fons una sentència del Tribunal Constitucional per demostrar que, efectivament, existeixen alguns casos en que una persona pot ser privada de la seva llibertat de forma injustificada i, en conseqüència, m'has permès demostrar que els problemes de la presó provisional no queden en abstracte ja que aquests conflictes els podem veure plasmats en la realitat.

Finalment, el tercer apartat amb una vessant més sociològica l'he destinat a recopilar unes xifres anuals per observar el número de persones (homes i dones) que es troben o bé en situació de presó provisional o bé condemnades. I per tancar aquest últim apartat del treball he exposat unes conclusions extretes a partir d'un Informe d'Investigació sobre la pràctica de la presó provisional a Espanya, informe que va publicar Asociación Pro Derechos Humanos de España al novembre de 2015.

El treball finalitza amb les conclusions que he extret després d'haver fet una recerca i estudi profund de la presó provisional i la seva compatibilitat amb les garanties constitucionals.

## 4. Concepte i elements essencials de la presó provisional

---

### 4.1. Concepte

És evident que no resulta fàcil explicar què entenem per presó provisional ja que la seva definició ve condicionada per la interrelació existent entre els diferents elements essencials que la caracteritzen.

D'entrada, podem definir la presó provisional com una mesura jurisdiccional preventiva (perquè és una mesura cautelar), de duració limitada (perquè té un termini màxim que venen taxats per la llei), excepcional (perquè només podrà ser adoptada i mantinguda quan sigui realment necessària i ho prevegi la llei) i que mai podrà ser aplicada amb fins punitius (perquè no té una naturalesa sancionadora)<sup>1</sup>.

Aquesta definició de la presó provisional serà el nostre punt de partida per començar aquest treball. Ara bé, un cop finalitzat el treball havent fet un estudi i anàlisi profund d'aquesta institució i dels problemes principals que planteja l'adopció de la presó provisional ens permetrà tenir una definició més clara, consolidada i crítica.

### 4.2. Elements essencials

La forta incidència que té la mesura de la presó provisional sobre el dret a la llibertat de la persona reconegut a l'article 17 de la Constitució espanyola (en endavant, CE) fa que la configuració i aplicació d'aquesta mesura estigui regida per diversos elements essencials. Aquests elements essencials són els que seran estudiats i presentats a continuació<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> En aquest sentit es pronuncia Gimeno, V. & Díaz, M. (2015). Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas. Dins de V. Gimeno Sendra. *Derecho procesal penal*. (p. 678). (2ª edición). Navarra: Aranzadi.

<sup>2</sup> Així ho explica Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., pp. 678-682.

#### **4.2.1. La jurisdiccionalitat**

El primer element essencial que hem de fer referència com a característica de la presó provisional és el de la jurisdiccionalitat que significa que la presó provisional només pot ser adoptada pels òrgans judicials, per tant, només pot ser adoptada pels Jutges i Tribunals en l'exercici de la seva funció jurisdiccional<sup>3</sup>. Aquesta idea es desprèn de l'article 502.1 de la Llei d'Enjudiciament Criminal (en endavant, LECrim).

Aquest element essencial ha sigut ressaltat pel Tribunal Constitucional (en endavant, TC) que ha senyalat<sup>4</sup> que “la prisión provisional es una medida cautelar que solo puede ser acordada por los órganos judiciales”. Així mateix, el TC ha advertit que encara que la CE no imposi expressament la jurisdiccionalitat d'aquesta mesura, aquest Tribunal l'afirma de forma reiterada “desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada”.

Així doncs, es pot observar la necessitat d'intervenció judicial en l'adopció o en el manteniment de la presó provisional en tant que aquesta mesura afecta a un dret fonamental com ho és la llibertat. A més a més, el dret a la llibertat no és qualsevol dret fonamental, sinó que és un dels drets fonamentals més apreciats tenint en compte que la pròpia CE en el seu article 1.1 situa a la llibertat com un valor superior de tot l'ordenament jurídic.

#### **4.2.2. La restricció del dret a la llibertat: legalitat, necessitat i motivació**

El segon element essencial que caracteritza a la presó provisional és l'objecte sobre el qual recau aquesta institució, que, com ja s'ha comentat anteriorment, recau sobre el dret fonamental a la llibertat.

Per poder adoptar la presó provisional s'haurà d'aplicar la doctrina constitucional sobre la proporcionalitat que exigeix el compliment dels següents pressupòsits o principis: legalitat, necessitat i motivació.

---

<sup>3</sup> Així també ho exposa Gutiérrez, P. (2004). Capítulo III: Las características de la prisión provisional. Dins de P. Gutiérrez de Cabiedes. *La Prisión Provisional*. (p. 62). Navarra: Aranzadi.

<sup>4</sup> STC 147/2000, de 29 de maig, F.4.

## 1) Legalitat

En primer lloc, l'adopció de la presó provisional requereix com a pressupòsit bàsic el compliment del principi de legalitat, en virtut del qual és necessària la previsió i habilitació legal d'aquesta institució limitativa de drets fonamentals.

La jurisprudència del TC ha destacat, amb caràcter general, que “por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE) precisa una habilitación legal”<sup>5</sup>.

En relació a la presó provisional, aquest principi de legalitat el trobem recollit a l'article 5.1 del Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals el qual estableix que “toda persona tiene derecho a la libertad” i seguidament disposa que “nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes<sup>6</sup> y con arreglo al procedimiento establecido por Ley”. Aquest principi també el trobem recollit a la nostre CE al seu article 17.1. D'aquests preceptes podem concloure que la presó provisional és una mesura que s'instaura i es regula a través d'una Llei Orgànica<sup>7</sup> i que només podrà ser adoptada com a conseqüència del compliment dels motius taxats que justifiquen el sacrifici del dret a la llibertat<sup>8</sup>.

## 2) Necessitat

En segon lloc, no només és necessari que la mesura i el motiu que justifiquen l'adopció de la presó provisional estiguin previstos a la Llei, sinó que, a més a més, és imprescindible que la seva adopció estigui justificada objectivament. De manera que aquesta institució només es podrà aplicar quan sigui realment

---

<sup>5</sup> STC 169/2011, de 16 de juny, F.6.

<sup>6</sup> Hem de fer especial èmfasis l'apartat c) a de l'article 5.1 CEDH el qual disposa que ningú pot ser privat de la seva llibertat excepte: “Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido”.

<sup>7</sup> Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

<sup>8</sup> Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., p. 679.

necessària i quan no existeixen altres mesures menys carregoses pel dret a la llibertat a través de les quals es pugin aconseguir els mateixos fins que amb la presó provisional. Aquesta idea la trobem recollida a l'article 502.2 LECrim.

Així doncs, l'aplicació del principi de necessitat a la presó provisional implica el compliment de dues exigències.

D'una banda, la seva excepcionalitat<sup>9</sup> que significa que la presó provisional mai es podrà convertir en regla general sinó que s'haurà d'adoptar quan sigui estrictament necessària per complir els fins que la justifiquen. De fet, l'article 9.3 del Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics diu: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

D'altra banda, el seu caràcter subsidiari<sup>10</sup> que significa que l'òrgan jurisdiccional que adopti la presó provisional haurà d'observar no només l'existència dels pressupòsits que permeten adoptar-la, sinó que també haurà de determinar si existeix una altre alternativa menys carregosa pel dret a la llibertat.

### **3) Motivació**

En tercer lloc, per tal d'adoptar la presó provisional existeix l'obligació formal del Jutge de motivar les decisions relatives a l'adopció i manteniment de tal institució. Això significa, tal hi com ha declarat el TC en diverses sentències<sup>11</sup>, que la insuficiència o falta de motivació d'aquestes decisions es considerarà com una infracció del dret a la llibertat.

Per tant, la doctrina del TC ha posat de manifest “el deber constitucional de motivación” de les resolucions limitatives de drets fonamentals i, més concretament, aquelles que afecten a la llibertat personal<sup>12</sup>. Aquesta doctrina es veu reflectida a l'article 506.1 LECrim el qual estableix que l'aute que adopti la

<sup>9</sup> Gutiérrez, P. Capítulo III: Las características de la prisión provisional, cit., pp. 73-75.

<sup>10</sup> Gutiérrez, P. Capítulo III: Las características de la prisión provisional, cit., pp. 76-81.

<sup>11</sup> SSTC 142/2002, 99/2005, 179/2005, 333/2006, 79/2007.

<sup>12</sup> Gutiérrez, P. Capítulo III: Las características de la prisión provisional, cit., pp. 84-89.

presó provisional haurà d'indicar els motius. S'exigeix una motivació perquè la restricció en l'exercici del dret a la llibertat per la imposició de la presó provisional necessita trobar una causa específica prevista per la Llei.

També és important destacar que aquesta motivació s'haurà de realitzar fent referència al cas en concret, de manera que la motivació no podrà fer-se de forma genèrica reproduint consideracions o doctrina desconnectades de les circumstàncies personals del cas.

I pel que fa a les característiques d'aquesta motivació, aquesta haurà de ser, segons la jurisprudència constitucional<sup>13</sup>, una motivació suficient i raonada. Això significa que l'òrgan judicial ha de ponderar la concurrència de tots els elements que justifiquen l'adopció d'aquesta institució. Per tant, es farà una ponderació entre la llibertat de la persona i la realització de l'Administració de justícia penal.

#### **4.2.3. La duració**

El tercer element essencial que hem de fer referència com a característica de la presó provisional és la seva duració i limitació. D'acord l'article 17.4 CE "por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional". I si anem a l'article 504 LECrim podem observar com es limita temporalment la duració de la presó provisional a través d'un sistema de terminis màxims, en funció del fi perseguit i de la duració previsible de la pena associada al delicte imputat. La llei fixa un termini màxim de duració a aquesta mesura perquè segueix existint un perill d'excés<sup>14</sup>.

En el moment en que hagin transcorregut aquests terminis, el Jutge té el deure legal de posar en llibertat al processat, fins i tot, en els casos en que el procés continuï pendent i encara que substitueixin les raons que van motivar l'adopció de la mesura<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> STC 29/2001, de 29 de gener, F.3.

<sup>14</sup> Ramos, F. (2014). Las medidas cautelares: la prisión provisional. Dins de F. Ramos Méndez. *Enjuiciamiento Criminal*. (pp. 312-314). (undécima edición). Barcelona: Atelier.

<sup>15</sup> Així ho explica Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., p. 681-682.

De manera que si es vulneren els terminis de l'article 504 LECrim s'haurà produït una lesió al dret fonamental de la llibertat. Ara bé, cal dir que també es pot produir una vulneració d'aquest dret sense la necessitat de superar aquestes limitacions temporals màximes ja que també hi haurà lesió del dret esmentat si l'encausat es troba en aquesta situació de presó provisional més enllà d'un termini que excedeixi del que es considera raonable.

De l'anterior explicació es desprèn que aquesta limitació de la presó provisional és una duració màxima, és a dir, un límit doncs no s'ha d'arribar a esgotar aquest termini fixat per la llei si no existeixen els pressupòsits i finalitats que fonamenten la seva adopció i manteniment<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Gutiérrez, P. Capítulo III: Las características de la prisión provisional, cit., pp. 89-94.



## 5. Naturalesa de la presó provisional

---

### 5.1. Pena anticipada

Depenen de la postura adoptada hi ha autors que consideren la presó provisional com una pena anticipada, altres autors que qualifiquen aquesta institució com una mesura cautelar i, finalment, un altre grup d'autors que la cataloguen com una mesura de seguretat<sup>17</sup>. A priori podem apreciar que hi ha tres grans opcions de qualificació que es podrien atribuir a aquesta figura, però més endavant observarem que només una d'aquestes qualificacions és la correcte.

Un grup reduït d'autors, tals com Perfecto Andrés Ibáñez i Luís Rodríguez Ramos, consideren la presó provisional com una pena anticipada.

El primer autor<sup>18</sup> afirma que la presó provisional i la pena “tienen una clara comunidad de naturaleza por la identidad de los bienes jurídicos afectados en cada caso y por el modo en que se produce esa afectación”, senyalant que l'única diferenciació possible entre la presó provisional i la pena s'ha de buscar en la seva “función formal-procesal”.

El segon autor<sup>19</sup> fonamenta la qualificació de pena anticipada a la presó provisional en el fet de que aquesta institució es concentra en “la alarma social, o si se prefiere, la necesidad de tranquilizar a la sociedad”.

Aquests autors afirmen que la presó provisional és realment una pena privativa de llibertat ja que la pena es compleix a la mateixa presó i té exactament les mateixes conseqüències de segregació i absència de la llibertat. D'altra banda, aquests autors basen la seva postura dient que la presó provisional admet l'abonament dels temps complet en presó provisional al còmput de la pena imposada en sentència ferma.

---

<sup>17</sup> Aquestes tres postures són explicades per Pablo Gutiérrez de Cabiedes en la seva obra *La Prisión Provisional*, cit., pp. 50-60.

<sup>18</sup> Andrés, P. (2003). *El juez y la prisión provisional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

<sup>19</sup> Rodríguez, L. *Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva*, AJA, núm. 451, 7 de septiembre de 2000, p. 3.

Cal dir que aquesta qualificació de la presó provisional és incorrecta, de manera que els arguments presentats per aquests autors han de ser rebutjats. Certament aquesta institució es basa en una privació de la llibertat, però no per això hem de caure en l'error de confondre la seva naturalesa, el seu fonament, les seves característiques i les seves finalitats amb la pena de presó.

De fet, una mostra irrefutable de que la presó provisional no es considera com una pena la trobem a l'article 34.1 del Codi Penal (en endavant, CP). Aquest precepte diu de forma clara, directa i explícita que “no se reputarán penas: la detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal”. A més a més, tampoc trobem recollida la pena de presó provisional a l'article 33 CP, article que enumera en un llistat les mesures que poden considerar-se penes. De tot això es desprèn que la presó provisional no es considera com una pena.

Un altre motiu que ens permet rebutjar la postura d'aquests autors és observant la naturalesa que té la pena de presó. Mentre la pena de presó té una naturalesa sancionadora o un fi punitiu; la presó provisional es caracteritza, com indica el seu propi nom, per ser provisional i no coercitiva. Per la qual cosa la presó provisional té una funció preventiva i no repressiva ja que no pretén castigar o corregir al seu destinatari.

## **5.2. Mesura cautelar**

Tant la doctrina, com la jurisprudència i el propi legislador qualifiquen la presó provisional com una mesura cautelar. Aquesta és la postura majoritària en la que hi ha menys discussió al respecte. El fet de que la presó provisional tingui com a finalitat assegurar l'efectivitat de la sentència o assegurar, en definitiva, el procés penal, és el que dóna sentit a aquesta naturalesa cautelar de l'esmentada institució<sup>20</sup>.

La presó provisional s'adopta perquè al darrera hi ha una sèrie de riscos; precisament l'existència d'aquests perills són els que justifiquen i legitimen la seva adopció<sup>21</sup>. Per tant, la presó provisional té naturalesa cautelar perquè el seu

---

<sup>20</sup> Gutiérrez, P. Capítulo II: Concepto y naturaleza de la prisión provisional, cit., pp. 54-55.

<sup>21</sup> Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., p. 684-686.

objectiu és garantir l'efectivitat de la possible sentència condemnatòria que es pugués dictar i assegurar així l'èxit del procés que està en curs.

### **5.3. Mesura de seguretat**

Fins aquí hem pogut apreciar que la presó provisional té una funció i una naturalesa cautelar i no repressiva, però és necessari que ens plantejem si és possible que aquesta institució compleixi altres funcions pròpies d'una mesura de seguretat. Es podria intentar sostenir la qualificació de la presó provisional com una mesura de seguretat quan el propi TC i el Tribunal Europeu dels Drets Humans assignen a aquesta institució una finalitat per evitar la reiteració delictiva.

Ara bé, el nostre sistema penal impedeix que la presó provisional es pugui qualificar com una mesura de seguretat en base als següents motius. En primer lloc, no són possibles les mesures de seguretat predelictuals, així es desprèn de l'article 3<sup>22</sup> CP. En segon lloc, no es troba la presó entre les mesures de seguretat taxativament enumerades a l'article 96 CP.

En definitiva, podem concloure que la presó provisional no és ni una pena anticipada ni una mesura de seguretat. La presó provisional ha de ser enquadrada dins de les mesures cautelars provisionals per tenir com a finalitat principal assegurar l'execució de la sentència.

---

<sup>22</sup> “No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.”

## 6. Col·lisió amb el dret a la llibertat i a la presumpció d'innocència

---

### **6.1. Problemes d'encaixar la presó provisional amb el respecte de les garanties constitucionals de l'encausat**

En aquest apartat del treball el que pretenc és analitzar des d'un punt de vista jurisprudencial i doctrinal i, per tant, des d'una vessant més pràctica, els problemes que planteja l'adopció de la presó provisional.

Quan s'adopta la presó provisional sorgeixen alguns dilemes i conflictes (no només a nivell moral, sinó també a nivell jurídic) d'especial transcendència. Davant d'aquests problemes jurídics hem d'intentar cercar una solució o, si més no, buscar arguments de pes per demostrar que la presó provisional no genera problemes amb la presumpció d'innocència i el dret a la llibertat de l'encausat.

A continuació exposaré les opinions i arguments que dimanen dels diferents sectors doctrinals. D'una banda, aquells autors que neguen la compatibilitat entre la presó preventiva i el respecte de les garanties constitucionals i, d'altre banda, aquells autors que creuen possible la conjugació d'aquests interessos. També explicaré que per decretar la presó provisional és imprescindible que el jutge faci una correcta ponderació dels interessos que es troben en joc.

Cal recordar que l'article 24.2 CE proclama la presumpció d'innocència com una garantia constitucional i un dret fonamental de l'encausat. El dret a la presumpció d'innocència fa referència a que tota persona acusada d'una infracció sancionadora és innocent fins que no es demostrï el contrari. Aquesta presumpció d'innocència produeix un desplaçament de la càrrega de la prova a les parts acusadores a qui correspon provar els fets constitutius de delictes.

Respecte el moment a partir del qual desplega efectes la presumpció d'innocència, podem entendre que aquesta presumpció ha de regir des del moment en que s'inicia el procés penal i al llarg del seu desenvolupament. No obstant, la

presumpció d'innocència no evita la presó provisional, la qual suposa un greu sacrifici per l'encausat presumpte innocent<sup>23</sup>.

La presó provisional també atempta de forma evident a la llibertat del individu. En principi, es té la consideració de que una persona només pot ser privada de la seva llibertat a través de l'ingrés a presó “en virtud de sentencia judicial de condena, dictada con base en verdaderas pruebas de cargo, y tras de un juicio contradictorio, en que haya podido ejercer su defensa, y regido por los principios de oralidad, inmediación y concentración”<sup>24</sup>. Però aquesta idea s'utilitza com a regla general, doncs en el moment en que es compleixin els pressupòsits bàsics per adoptar la presó provisional, la utilització d'aquesta institució estarà més que justificada.

De fet, en l'exposició de motius de la LO 13/2003, de reforma de la Llei d'Enjudiciament Criminal en matèria de presó provisional s'indica que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido imponiendo requisitos – con el tiempo cada vez más claros y exigentes – para que la institución de la prisión provisional sea respetuosa con el contenido esencial del derecho a la libertad, tal como viene consagrado en el art. 17 de la Constitución, y del derecho a la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 de la misma”. De tal forma que el TC s'ha preocupat per tal de que es respectin aquests drets fonamentals quan sigui necessari adoptar la presó provisional.

En síntesis, l'objectiu que hi ha al darrera d'aquest apartat del treball consisteix en reflexionar sobre l'encaixament de la presó provisional i les garanties constitucionals i arribar a entendre que el problema de la presó provisional es troba, no tant en la seva existència, sinó en la forma en que es configura i s'aplica<sup>25</sup>. Aquesta configuració i aplicació haurà de fer-se de la forma més respectuosa possible amb les garanties constitucionals i els drets fonamentals de

---

<sup>23</sup> En aquest sentit es pronuncia Sanguiné, O. (2003). Capítulo Cuarto: Garantías constitucionales que inciden en la prisión provisional: legalidad, libertad personal y presunción de inocencia. Dins de O. Sanguiné. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. (p. 432). Valencia: Tirant Monografías.

<sup>24</sup> Així ho exposa Gutiérrez, P. Capítulo I: Introducción, cit., pp. 32-37.

<sup>25</sup> Gutiérrez, P. Capítulo I: Introducción, cit., p. 35. D'aquesta manera també s'expressa Asencio Mellado, J. M. (1987). *La prisión provisional*. (p. 30). Madrid: Civitas.

l'encausat. El “quid” de la qüestió es troba, per tant, en com les garanties constitucionals han d'envoltar l'adopció d'aquesta mesura cautelar.

## **6.2. Arguments contraris a la presó provisional: consideració de la presó provisional com una pena anticipada**

Hi ha un sector doctrinal que afirma que la presó provisional és il·legítima enfront a la presumpció d'innocència. Creuen que una condemna avançada viola la presumpció constitucional d'innocència i que prejutja el veredict final d'un procés<sup>26</sup>.

Segons aquest grup d'autors<sup>27</sup>, la presó preventiva respon a una política d'anticipació de la sanció. Opinen que l'encarcerament no compleix una funció de cautela, sinó que funciona com una veritable pena. Per aquest motiu entenen que la naturalesa de la presó provisional correspon a una pena anticipada, i no a una mesura cautelar.

Aquest conjunt d'autors dissidents de la presó provisional consideren que s'han d'utilitzar altres mesures substitutives de la presó provisional que tenen, segons el seu parer, la mateixa eficàcia que aquesta última institució. Defensen l'ús de les mesures alternatives perquè són menys carregoses per l'encausat. Algunes d'aquestes mesures són: el pagament d'una fiança (art. 529<sup>28</sup> LECrim); la compareixença periòdica<sup>29</sup> davant de l'autoritat judicial (art. 530 LECrim); la prohibició de residir o anar a un determinat lloc i d'aproximar-se a determinades persones o a comunicar-se amb elles<sup>30</sup> (art. 544 bis y 544 ter LECrim).

D'altra banda, aquest sector doctrinal afirma que la presumpció d'innocència no admet que les persones que encara no han estat condemnades per sentència ferma

---

<sup>26</sup> Cita indirecta de Pablo Gutiérrez de Cabiedes: Vitale, G. *Encarcelamiento de presuntos inocentes* (pp. 91, 96, 98).

<sup>27</sup> D'entre els quals podem citar a Esteban Mestre Delgado; Gerardo Landrove Díaz; Gustavo Vitale; Elena Larrauri.

<sup>28</sup> “Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del investigado o encausado, el juez o tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el investigado o encausado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional [...]”.

<sup>29</sup> Aquesta mesura implica que l'acusat ha de presentar-se davant del jutjats tots els dies que el jutge ha senyalat fins a la celebració del judici. El jutge podrà acordar la retenció del seu passaport per garantir el compliment d'aquesta obligació.

<sup>30</sup> Aquestes mesures es preveuen per delictes com l'homicidi, les lesions o la llibertat sexual i per delictes amb víctimes de violència domèstica.

siguin encarcerades. Aquests autors entenen que no hi ha cap motiu que justifiqui aquesta mesura cautelar perquè el fet d'acceptar la presó provisional implica tractar als encausats com a culpables. I, en conseqüència, aquest atemptat a la presumpció d'innocència crea en l'opinió pública un perjudici popular desfavorable a l'encausat.

Segons la doctrina<sup>31</sup>, la presó preventiva justificada inicialment com un instrument penal per evitar la fuga del sospitós o la destrucció de proves s'ha convertit en un instrument penal aplicat per raons preventives, és a dir, per evitar la comissió de futurs delictes. Això ha provocat, conseqüentment, que la presó provisional es basi en una autèntica presumpció de culpabilitat.

Així mateix la doctrina<sup>32</sup> afirma que la jurisdicció és l'activitat necessària per obtenir la prova de que un subjecte ha comés un delicte. De manera que, fins que no s'hagi obtingut aquesta prova a través d'un judici regular ningun delicte es podrà considerar comès i ningun subjecte pot ser considerat culpable ni sotmès a una pena, fins que hi hagi una prova en contrari confirmada per la sentència definitiva de la condemna. En aquest sentit es considera que la prova de la culpa (i no la de la innocència, la qual hauria de presumir-se des del principi) és la que constitueix l'objecte del judici.

Ferrajoli considera que el fet de que hi hagi una detenció abans de judici (*ante iudicium*), com succeeix en la presó provisional, provoca una contradicció amb tot els principis d'un sistema garant<sup>33</sup>. Luigi Ferrajoli opina que l'ús abusiu de la presó preventiva ha provocat a entendre i a interpretar aquesta institució com una mesura preventiva i policial que, tot i ser ordenada per un jutge, pertany al sistema administratiu i no al subsistema penal i processal ordinari.

Aquests autors també es posicionen en contra de la presó provisional perquè consideren que el seu ús afecta a la persona que es troba presa provisionalment

---

<sup>31</sup> Larrauri, E. (1991). *Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal Español*. Anuari de dret penal i ciències socials (pp. 45-64).

<sup>32</sup> Ferrajoli, L. (2011). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

<sup>33</sup> Cita indirecta de Sanguiné, O. Capítulo Cuarto: Garantías constitucionales que inciden en la prisión provisional: legalidad, libertad personal y presunción de inocencia, cit., p. 437.

per exercir plenament el seu dret a un judici just, doncs es veu limitada la seva possibilitat de preparar la defensa.

A més a més, entenen que les condicions en els centres penitenciaris posen en perill el benestar de la persona investigada, doncs els presos que es troben en situació de presó provisional no poden optar a ningun tipus de permís<sup>34</sup> derivat del compliment de la pena, al contrari dels presos condemnats per sentència ferma. Així mateix, no podem deixar d'oblidar que l'ús excessiu de la presó preventiva suposa una gran despesa per les economies nacionals. Aquests són altres arguments que utilitzen per sostenir la negació de l'ús de la presó provisional.

Aquest conjunt d'autors critiquen durament l'ús de la presó provisional quan, després de que l'encausat ha estat ingressat a la presó de forma provisional, hi ha una ulterior sentència absolutòria. En aquests casos durant el període de temps en que la persona s'ha vist privada de la seva llibertat se li ha ocasionat un dany de difícil reparació.

Certament, l'article 106 CE estableix que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Aquest precepte el completa l'article 121 del mateix text legal tot indicant que “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”.

De forma més concreta al supòsit de fet que nosaltres hem plantejat, l'article 294.1 de la Llei Orgànica del Poder Judicial (LOPJ) estableix que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

---

<sup>34</sup> És evident que si es concedissin els permisos de sortida que preveu la Llei Orgànica General Penitenciària, de 26 de setembre de 1979, es veuria perjudicada l'eficàcia de la presó provisional.



Els inconvenients que veuen aquests autors són, essencialment, tres. En primer lloc, una indemnització econòmica mai repararà el temps en que aquella persona ha estat privada de la seva llibertat. En segon lloc, una indemnització econòmica tampoc repararà les conseqüències psicològiques negatives derivades d'aquesta privació de la llibertat, tals com els danys morals, el desprestigi, la desconexió familiar, l'afectació a l'honor, etc. I, en tercer i últim lloc, aquesta indemnització econòmica es limita a un supòsit de fet molt concret: quan la persona hagi estat absoluta per la inexistència del fet imputat.

De tot això podem concloure que no en tots els casos la persona privada de la seva llibertat de forma injustificada rebrà una indemnització, doncs només podrà percebre aquesta indemnització quan hagi estat absoluta per no existir el fet que se li imputava. A més a més, cal tenir en compte que per aconseguir aquesta indemnització el subjecte afectat de la privació de la seva llibertat haurà de seguir un procés lent i costós des d'un punt de vista econòmic. Conseqüentment, tot i que la persona hagi patit un greu perjudici, són molts els obstacles existents per aconseguir una indemnització. Argument que utilitzen aquests autors per criticar, novament, l'adopció de presó preventiva. No obstant, cal recordar que tota mesura cautelar (com el cas de la presó provisional) comporta un cert marge de risc; un perill que ve determinat per la possibilitat de que, finalment, el pressupòsit material que justificava l'adopció d'aquella mesura no sigui cert<sup>35</sup>.

Explicat això, es pot apreciar que la resolució que imposa la presó provisional és, sens dubte alguna, una de les resolucions més greus que s'adopten al llarg del transcurs del procés penal, ja que s'està privant a l'encausat del seu dret fonamental a la llibertat<sup>36</sup>. A més a més, tot i que l'encausat encara no ha estat condemnat, es posa en dubte la seva innocència. Per tot això es considera la presó provisional com la intromissió més greu que pot exercir el poder estatal en l'esfera de la llibertat del individu sense existir una sentència judicial que ho justifiqui.

---

<sup>35</sup> Cita indirecta de Pablo Gutiérrez de Cabiedes: Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Buenos Aires): Editorial Bibliográfica Argentina.

<sup>36</sup> Així ho exposa Sanguiné, O. Capítulo Cuarto: Garantías constitucionales que inciden en la prisión provisional: legalidad, libertad personal y presunción de inocencia, cit., p. 435.

### **6.3. Arguments favorables a la presó provisional: riscos que justifiquen la seva adopció**

Deixant enrere les opinions de tots aquells autors que estan en contra de la presó provisional hem de fer esment de la doctrina dominant que defensa la compatibilitat de la presó provisional i la presumpció d'innocència. Aquest conjunt d'autors<sup>37</sup> argumenten, d'una banda, que la presó preventiva s'adopta de forma generalitzada a nivell internacional, d'això se'n desprèn que aquesta institució té unes finalitats que complir a nivell processal i social; d'altra banda, que tant la presó provisional com la presumpció d'innocència es troben reconegudes a la Constitució i en textos internacionals.

Aquest sector doctrinal entén que la presó provisional és necessària per evitar la frustració d'un gran nombre de processos penals. Per tant, de forma implícita, aquests autors defensen l'ús de la presó provisional per tal d'evitar certs riscos<sup>38</sup> com el risc de fuga de l'encausat. El risc de fuga és clarament el risc prototípic que es pretén evitar amb l'adopció d'aquesta mesura cautelar.

La finalitat principal d'evitar el risc de fuga és la de garantir la presència física de l'encausat durant la tramitació del procés penal i, d'aquesta manera, poder desenvolupar el procés i, si s'escau, poder executar la sentència en el cas de que finalment fos condemnatòria. Cal dir que són moltes les circumstàncies que acrediten l'existència d'aquest risc, és a dir, són molts els elements a través dels quals el jutge pot apreciar i declarar l'existència del risc de fuga<sup>39</sup>.

El primer element indicatiu del risc de fuga és la naturalesa del fet i la gravetat de la pena. De manera que, el perill de fuga serà més elevat quan el fet imputat sigui de major gravetat i, en conseqüència, la futura pena a imposar sigui més greu.

El segon element indicatiu d'aquest risc de fuga és la incompareixença injustificada en el mateix procés. Per aquest motiu l'article 504.4 LECrim

<sup>37</sup> D'entre els quals podem citar a Carlo Umberto del Pozzo en la seva obra *La libertad personal*; M<sup>a</sup> José Mascarell Navarro en la seva obra *La carga de la prueba y la presunción de inocencia*; José M<sup>a</sup> Asencio Mellado en la seva obra *La prisión provisional*.

<sup>38</sup> Ramos, F. (2014). Las medidas cautelares: la prisión provisional. Dins de F. Ramos Méndez. *Enjuiciamiento Criminal*. (pp. 305-308). (undécima edición). Barcelona: Atelier.

<sup>39</sup> Així ho explica Gutiérrez, P. Capítulo V: Presupuestos, cit., pp. 146-160.

contempla la possibilitat d'adoptar la presó provisional quan “el imputado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del Juez o Tribunal”.

El tercer element indicatiu del risc de fuga és la imminència del judici oral. Aquesta proximitat del judici oral, juntament amb altres circumstàncies, pot incidir a l'hora de decidir si adoptar o mantenir la presó provisional. Per tant, la suma de la imminència del judici oral amb qualsevol altre circumstància (ja sigui la gravetat de la pena o les circumstàncies personals de l'encausat) fa que existeixi un important risc de fuga.

El quart element indicatiu del risc de fuga és la fuga intentada o consumada pròpiament dita en el mateix procés. És evident que a partir del moment en que es produeix la fuga o la temptativa d'aquesta existeix una prova sobre el risc de fugida.

Per últim, les circumstàncies personals de l'encausat són altres elements que haurà d'apreciar i valorar l'òrgan jurisdiccional per determinar si existeix o no risc de fuga. Després d'haver enumerat tots els elements que poden propiciar a que hi hagi un risc de fuga i, consegüentment, es vegi frustrat el procés penal, és perfectament entenedora la doctrina que recolza i defensa l'ús de la presó provisional.

Ara bé, aquest conjunt d'autors també entenen que l'ús d'aquesta mesura cautelar haurà de ser limitat; uns límits que venen establerts per la presumpció d'innocència i per altres drets fonamentals. La gran majoria d'autors entenen que la contradicció existent entre la presumpció d'innocència i l'ús de la presó preventiva pot ser superada sempre i quan la privació de la llibertat tingui exclusivament una finalitat de caràcter cautelar<sup>40</sup>.

Aquesta doctrina considera que, a priori, no hi ha cap incompatibilitat entre la presó provisional i el principi de presumpció d'innocència que ens arribi a concloure de forma rotunda que aquesta mesura cautelar sigui, des d'un punt de

---

<sup>40</sup> En aquest sentit es pronuncia Sanguiné, O. (2003). Capítulo Cuarto: Garantías constitucionales que inciden en la prisión provisional: legalidad, libertad personal y presunción de inocencia, cit., pp. 438-439.

vista constitucional, il·legítima a tal principi. Conseqüentment, aquest conjunt d'autors entenen que només es produirà una situació d'il·legitimitat quan l'aplicació de la presó preventiva tingui una funció d'anticipar la pena. Hem de recordar que en l'apartat 3º d'aquest treball (quan parlàvem de la naturalesa de la presó provisional) vam concloure que aquesta institució té una funció preventiva i, en cap cas té una funció repressiva, doncs no pretén castigar o corregir al seu destinatari.

En conseqüència, la presumpció d'innocència “puede ser vencida y desplazada por las pruebas de culpabilidad aportadas por la acusación o aparecidas en el juicio, si la medida es necesaria para el desenvolvimiento del procedimiento”<sup>41</sup>.

Segons la doctrina<sup>42</sup>, mai s'ha pogut justificar d'una forma suficientment convincent l'existència de la presó provisional. Illuminati indicava que tot i que “el problema de la legitimidad constitucional de la prisión provisional se identifica con los de la legitimidad de los fines que a ella son atribuidos” la solució que s'aporta per justificar aquesta mesura “sigue siendo siempre insatisfactoria frente una interpretación rigurosa de la presunción de inocencia”. Per tant, podem concloure que es seguirà qüestionant l'existència i necessitat de la presó provisional mentre es segueixi fent una interpretació inflexible del principi de la presumpció d'innocència.

Malgrat que Giulio Illuminati afirmi que la justificació de la presó preventiva sempre ha sigut insatisfactòria, cal recordar que a nivell europeu predomina la postura que considera que aquesta mesura cautelar és totalment conciliable amb el dret a la presumpció d'innocència.

De fet, un pas important per justificar la presó provisional va ser quan la Comissió Europea de Drets Humans en el cas Deweer<sup>43</sup> va declarar que “el principio de la presunción de inocencia no prohíbe a las autoridades responsables de la acusación

---

<sup>41</sup> Vázquez Sotelo, J. L. (2002). *Presunción de inocencia del imputado* (pp. 301-302). Madrid: Editorial Bosch.

<sup>42</sup> Illuminati, G. (1979). *La presunción de inocencia del imputado*.

<sup>43</sup> Així ho exposa Sanguiné, O. (2003). Capítulo Cuarto: Garantías constitucionales que inciden en la prisión provisional: legalidad, libertad personal y presunción de inocencia. Dins de O. Sanguiné. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. (p. 440)

sospechar que alguien ha cometido un delito, ni se opone tampoco a la adopción de medidas cautelares en el curso de la instrucción” (paràgraf 62). D'això se'n desprèn, de forma clara, que la Comissió Europea dóna via lliure als Estats membres per poder adoptar la presó provisional quan aquests ho considerin oportú pel bon funcionament del procés penal.

En quan al dret a la llibertat, la pròpia jurisprudència espanyola ha establert que la llibertat pot ser objecte de diferents limitacions i restriccions. Així, per exemple, el TC en la sentència 128/1995, de 26 de juliol, en el seu fonament jurídic 4º, lletra a, ha afirmat de forma clara que “el derecho fundamental a la libertad, de carácter preeminente en nuestro Texto constitucional no se concibe en el mismo, sin embargo, como un derecho absoluto. De modo expreso indica el artículo 17<sup>44</sup> su limitación en función de otros intereses fundamentales”. De manera que aquest caràcter relatiu i no absolut del dret a la llibertat justifica la possibilitat de limitar aquest dret fonamental quan estiguin en joc altres interessos fonamentals com, per exemple, garantir l'efectivitat del procés penal.

Certament la presó provisional constitueix una limitació excepcional al dret a la llibertat, però en paraules del propi TC “no parece afirmación que despierte controversia” ja que la jurisprudència ha acceptat de forma explícita la compatibilitat de les mesures cautelars, entre elles la presó provisional, amb la presumpció d'innocència i el dret a la llibertat. Aquesta compatibilitat la veiem reflectida en la sentència del TC 108/1984, de 26 de novembre, en el seu fonament jurídic 3º, el qual disposa que “la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares, siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho, que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes”.

Aquest sector doctrinal també entén que la presó provisional compleix un paper important en la majoria de procediments penals ja que evita el risc d'ocultació, alteració o destrucció dels mitjans de prova. La reforma de 2003 de la LECrim va

---

<sup>44</sup> “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

introduir per primera vegada aquest perill com un risc important que, pel correcte i eficaç desenvolupament del procés penal, pot justificar la presó provisional.

En qualsevol cas, la resolució que determini l'adopció o el manteniment d'aquesta mesura haurà d'especificar i motivar l'existència dels fets o circumstàncies que demostren el perill cert, actual i rellevant de destrucció probatòria.

Així doncs, quan s'adopti la presó provisional per evitar aquest tipus de risc s'hauran de complir els següents requisits<sup>45</sup>: primer, que les fonts de prova que es pretenen assegurar siguin rellevants per l'enjudiciament de l'objecte penal principal, és a dir, per decidir sobre la innocència o culpabilitat de l'encausat; i segon, que el perill de l'activitat il·lícita de l'encausat sigui concret i fundat. En aquest últim cas, el jutge valorarà si el subjecte sobre el qual recaurà la presó provisional té un accés ràpid o directe sobre els mitjans de prova, sigui perquè pot accedir ell mateix o a través de tercers.

Tampoc hem d'oblidar que aquests autors defensen l'ús de la presó provisional, no només per evitar el risc de fuga de l'encausat i l'ocultació, alteració o destrucció dels mitjans de prova, sinó també per evitar la reiteració delictiva. Per tant, podem observar que la presó provisional persegueix una pluralitat de fins.

Per tal de que el legislador pugui valorar l'existència d'aquesta perillositat de cometre futurs delictes haurà de tenir en compte diferents elements com: les circumstàncies del fet presumptament comès, la gravetat dels delictes que es podrien cometre i que el fet delictiu imputat sigui dolós.

Així doncs, la constatació processal del risc de reiteració delictiva és fa a partir del judici de perillositat. Aquest judici consisteix en l'activitat jurisdiccional a través de la qual l'òrgan judicial estableix l'existència i el seu grau o inexistència de la probabilitat de que l'encausat dugui a terme en un futur pròxim una determinada activitat delictiva<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., p. 687.

<sup>46</sup> Gutiérrez, P. Capítulo V: Presupuestos, cit., pp. 169-170.

Primer de tot, el jutge haurà d'examinar els antecedents de l'encausat. Però, no només tindrà en compte els antecedents penals, sinó que també altres dades i circumstàncies que aportí la policia judicial. El jutge també haurà d'analitzar les característiques del fet imputat i les circumstàncies que envolten la comissió d'aquest fet. La valoració d'aquestes circumstàncies és important ja que moltes vegades poden ajudar a acreditar que l'encausat té motius per continuar amb l'actuació delictiva. Finalment, el jutge també podrà valorar les característiques i circumstàncies personals de l'encausat. Aquestes circumstàncies poden ajudar a demostrar que hi ha indicis en quan a la susceptibilitat de reiteració delictiva.

La jurisprudència del TC<sup>47</sup> ha establert que l'encausat té dret a rebre la consideració i el tracte de no autor o no partícip en els fets de caràcter delictiu. D'altra banda, el TC ha senyalat que la presumpció d'innocència exigeix que la presó provisional només ha de recaure sobre supòsits on la pretensió acusatòria té un fonament raonable, és a dir, té indicis racionals de criminalitat.

Des d'un punt de vista dogmàtic, això és el que es coneix amb el nom de *fumus boni iuris*<sup>48</sup> o l'aparença del bon dret. Segons aquest pressupòsit, per poder adoptar la presó provisional és imprescindible que hi hagi indicis racionals de que la persona encausada hagi participat en uns fets delictius.

Per tal de que es compleixi aquest pressupòsit bàsic s'han de complir dues circumstàncies recollides a l'article 503.1, apartat primer<sup>49</sup> i segon<sup>50</sup> LECrim. La primera circumstància que s'haurà de complir és que hi hagi constància d'un o diversos fets que revesteixin la forma de delicte. La segona circumstància constitutiva del *fumus boni iuris* és que apareguin en la causa motius suficients per creure responsable criminal del delicte a la persona contra la qual s'ha de decretar la presó provisional.

---

<sup>47</sup> STC 128/1995, de 26 de juliol.

<sup>48</sup> Gutiérrez, P. Capítulo V: Presupuestos, cit., p. 125.

<sup>49</sup> "Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso."

<sup>50</sup> "Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión."

De tot això extrèiem la següent conclusió: no és suficient en l'existència i constància d'un fet o diversos fets delictius, sinó que, a més a més, és imprescindible poder atribuir de forma raonable i fonamentada aquells fets al subjecte passiu que haurà de suportar la presó provisional.

El compliment i exigència del pressupòsit *fumus boni iuris* no és en va ja que, precisament, el respecte als drets fonamentals de la llibertat i la presumpció d'innocència és el motiu pel qual s'exigeix que la presó provisional recaigui només en aquells casos en que s'atribueix a l'encausat la comissió del fet punible i de la responsabilitat penal derivat d'aquest delictes.

Per tant, per poder adoptar o mantenir la presó provisional ha de coincidir el subjecte passiu de la presó provisional amb el subjecte actiu del fet punible. De fet, el propi Tribunal Europeu dels Drets Humans<sup>51</sup> ha indicat que la constatació de “razonables sospechas” de responsabilitat criminal opera com *conditio sine qua non* de l'adopció i manteniment de la presó provisional.

En aquest punt del treball també és important posar de manifest un altre aspecte relatiu a la rapidesa del procés que contribuirà a la restricció de l'ús de la presó provisional. És evident que l'ús o no d'aquesta institució dependrà en tot moment de la celeritat del procés<sup>52</sup>. De manera que, si el procés no pateix una indeguda lentitud, no existeix el risc objectiu de recórrer a aquesta mesura o de prolongar la seva duració. Per tot això, l'àmbit de la presó provisional és o hauria de ser sempre proporcional al de la rapidesa del procés.

Des d'un punt de vista dogmàtic, això és el que es coneix amb el nom de *periculum in mora*<sup>53</sup> o el perill en la demora del procés. A vegades és inevitable que el procés tingui una duració bastant prolongada en el temps. Aquesta duració en el temps pot provocar que la part passiva del procés realitzi actuacions que

---

<sup>51</sup> SSTEDH de 10 de novembre de 1969, cas Stogmuller, ap. 4; de 28 de març de 1990, cas B. contra Àustria, ap. 42; de 26 de juny de 1991, cas Letellier, ap. 35; de 27 de novembre de 1991, cas Kemmache, ap. 45; de 12 de desembre de 1991, cas Toth, ap. 67; de 12 de desembre de 1991, cas Clooth, ap. 36; de 26 de gener de 1993, cas W. contra Suïssa, ap. 30.

<sup>52</sup> Gutiérrez, P. Capítulo I: Introducción, cit., p. 37.

<sup>53</sup> Gutiérrez, P. Capítulo V: Presupuestos, cit., p. 131.



puguin privar d'efectivitat aquest i, per tant, pugui privar d'efectivitat a la sentència que posa fi.

Anteriorment hem comentat que el sector doctrinal que es posiciona en contra de la presó provisional defensa l'ús de mesures alternatives a la presó provisional per ser menys carregoses per l'encausat i tenir la mateixa eficàcia que aquella institució. Ara bé, els autors a favor de la presó provisional no opinen el mateix doncs consideren que certes mesures alternatives com la compareixença periòdica davant de l'autoritat judicial o el pagament d'una fiança només garanteixen la no fuga de l'encausat. Però en cap cas aquestes mesures alternatives estarien donant solució al risc de reiteració delictiva i al risc d'ocultació, alteració o destrucció de les proves. Per tant, entenen que aquestes mesures alternatives són insuficients per aconseguir els propòsits que hi ha al darrera de la presó preventiva.

Fins ara hem enfocat l'estudi jurisprudencial i doctrinal de la presó provisional des de la perspectiva de l'encausat. No hem d'oblidar, però, que per fer un anàlisi complet d'aquesta mesura cautelar també s'ha de fer a partir d'un procés penal orientat a la tutela de la víctima. Això comporta ubicar a la víctima en un primer pla i deixar a l'Estat i a l'encausat en un segon terme.

De tal forma hem de recordar que la presó provisional actua com un instrument de protecció de la víctima. Aquest seria, clarament, un altre punt a favor per defensar l'ús de la presó provisional.

Com a regla general, l'article 503.1.1º LECrim disposa que només es podrà decretar la presó provisional quan “conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión”. Això significa que, com a regla general, no es podrà acordar la presó provisional quan els fets siguin constitutius de delictes lleu que sigui susceptible de suspensió de la futura pena privativa de llibertat, i tampoc es podrà acordar la presó provisional quan, malgrat haver comés un delictes, aquest es va cometre concorrent alguna causa de justificació. D'altra banda, per poder adoptar la presó provisional s'exigeix que el fet delictiu imputat

tingui senyalada una pena privativa de llibertat perquè, en cas contrari, adoptar aquesta mesura seria totalment desproporcionat.

Ara bé, tota regla general té excepcions, i en el cas de l'adopció de la presó provisional no són poques les excepcions que hi ha respecte la regla general. De fet, existeixen tantes excepcions que el que acaba succeint és que la regla general es converteix en l'excepció i, conseqüentment, les excepcions en regla general<sup>54</sup>.

Partint de l'article 503 LECrim podem observar quatre excepcions on no resulta d'aplicació el mínim punitiu de dos anys de presó per poder decretar la presó provisional.

La primera excepció es produeix quan, amb independència del fi que persegueixi la presó provisional, l'encausat té antecedents penals per delictes dolós no cancel·lats ni susceptibles de cancel·lació. En aquest cas, encara que el fet delictiu tingui una pena inferior a dos anys, el legislador considera que podrà imposar-se la presó provisional si es compleixen aquests tres requisits acumulatius. En primer lloc, que l'encausat tingui antecedents penals derivats d'una sentència condemnatòria ferma. En segon lloc, que aquests antecedents no estiguin cancel·lats ni es puguin cancel·lar. En tercer i últim lloc, que aquests antecedents derivin de la condemna per un delictes dolós.

El que pretén demostrar el legislador amb aquesta excepció és que els antecedents penals constitueixen un element de major grau de perill de realització d'actuacions per part de l'encausat, actuacions que es pretenen evitar amb la presó provisional.

El fet de que l'encausat tingui antecedents penals pot afectar a tots els riscos relatius a l'adopció de la presó provisional, de manera que l'existència d'aquests antecedents penals poden incidir en la fuga de l'encausat, en la destrucció probatòria i en la reiteració delictiva. No obstant, cal aclarir que l'adopció de la presó provisional sobre una persona que té antecedents penals està encaminada a evitar el risc de comissió de fets delictius durant la tramitació del procés.

---

<sup>54</sup> Gimeno, V. Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas, cit., p. 683.

La segona excepció es produeix quan la presó provisional té com a finalitat assegurar la presència de l'encausat en el procés i hi haguessin dictades, al menys, dues requisitòries per la seva recerca i captura per qualsevol òrgan judicial en els dos anys anteriors.

És evident que aquesta excepció afecta exclusivament al risc de fuga de l'encausat. En aquest cas, el legislador considera que davant de dues requisitòries existeix tal nivell de risc de fuga que és per aquest motiu que es permet la possibilitat d'adoptar la presó provisional.

La tercera excepció es produeix quan la presó provisional tingui com a finalitat evitar el risc de reiteració delictiva i l'encausat pertanyi a una organització criminal o realitzi els fets delictius amb habitualitat. En aquest cas, el legislador creu oportú donar la possibilitat d'adoptar la presó provisional per evitar la comissió de nous delictes.

La quarta i última excepció relativa a la protecció de la víctima es produeix quan la presó provisional el que pretén és evitar que l'encausat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima durant el temps que duri el procés. En aquest cas, el legislador entén que en determinats casos pot existir la necessitat d'adoptar la presó provisional per protegir a la víctima.

Aquesta concepció del procés penal orientat a la tutela de la víctima ens porta a observar la presó provisional amb una doble dimensió<sup>55</sup>. Algunes vegades la presó provisional actua com una mesura cautelar. En canvi, altres vegades actua com una mesura de protecció de la víctima.

De fet, de la Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delictes se'n deriva que un procés penal orientat a la tutela dels drets i interessos legítims de la víctima exigeix una adequada protecció d'aquesta "siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada". S'entén, per tant, que la

---

<sup>55</sup> Així ho exposa Delgado Martín, J. (2004). Capítulo 11: La posición de la víctima ante la prisión provisional. Dins de A. Dorrego de Carlos. *Régimen jurídico de la prisión provisional*. (pp. 359-359). Madrid: Editorial Sepin.

presó provisional juga un paper molt important com a mesura de protecció de la víctima.

Val a dir, però, que atorgar una protecció efectiva dels interessos de la víctima no és sinònim de disminuir les garanties de l'encausat. La idea està en poder conciliar els drets de la víctima i de l'encausat. De manera que el legislador haurà d'assumir la protecció de la víctima com una de les finalitats principals de la presó provisional sense menyscar les garanties de l'encausat.

#### **6.4. Necessitat de ponderar els interessos**

Quan el jutge decreta la presó provisional a través d'un aute ha de, en primer lloc, justificar la seva decisió de forma suficient i, en segon lloc, fer una correcta ponderació de tots els elements que poden quedar afectats amb l'adopció d'aquesta mesura cautelar.

Així, per exemple, el TC en la sentència 62/2005, de 14 de març, en el seu fonament jurídic 7º diu el següent: “tratándose de una medida que afecta al derecho a la libertad del art. 17.1 CE, la jurisprudencia constitucional viene exigiendo una motivación reforzada, como siempre que las medidas consideradas pongan en cuestión un derecho sustantivo cuyo sacrificio, incluso a favor de fines constitucionalmente legítimos, exige un cuidadosa ponderación”. Per tant, això significa que tota mesura adoptada que afecti a un dret substantiu com, per exemple, el dret a la llibertat com succeeix en la presó provisional, exigeix una correcta ponderació, ponderació exigible, fins i tot, en aquells casos en que la mesura persegueix fins constitucionalment legítims.

Segons la doctrina, “ponderar implica identificar los intereses en juego, asignar a cada uno de ellos la importancia que merecen y decidir sobre las prioridades entre unos y otros para el caso en concreto”<sup>56</sup>.

Per tal de que el jutge decreti la presó provisional haurà de ponderar, d'una banda, tots els fets i les circumstàncies que poden concórrer per justificar l'aute de presó provisional i, d'altra banda, si la restricció del dret fonamental a la llibertat és

---

<sup>56</sup> Rodríguez de Santiago, J. M<sup>a</sup> (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. (p. 54). Madrid. Marcial Pons.

inevitable ja que es pretén protegir un bé jurídic que ha de prevaldre per sobre de tot. Dit en altres paraules, el jutge haurà d'entrar a valorar si no existeix cap altre mesura menys carregosa per l'encausat que compleixi la mateixa funció que la presó provisional.

No obstant, i com he vingut reiterant des de l'inici d'aquest treball, aquesta institució no deixa de ser una mesura de caràcter excepcional i, com a tal ha d'aplicar-se en casos molt puntuals.

En aquest sentit s'ha pronunciat el TC en la sentència 18/1999, de 22 de febrer, en el seu fonament jurídic 2º quan en relació a la ponderació diu “entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional”. En resum, el TC exposa en aquesta sentència que l'adopció de la presó provisional en cap cas podrà ser arbitrària i que darrera d'aquesta institució haurà d'haver uns fins que la justifiquin i una ponderació dels interessos que estan en joc.

Ponderar implica, doncs, buscar un equilibri entre els interessos que confronten. Com la presó provisional és una mesura excepcional que suposa la restricció del dret a la llibertat, la ponderació ha d'estar sempre regida pel principi de necessitat i de proporcionalitat. El de necessitat per demostrar que no hi ha cap altre forma d'actuar menys carregosa, i el de proporcionalitat<sup>57</sup> perquè el sacrifici del dret a la llibertat ha de ser proporcional respecte al que es pretén aconseguir amb aquesta institució.

És important destacar la sentència 62/2005 quan el TC distingeix dos moments processals en els que haurà d'estar present la ponderació. Una primera ponderació que correspondrà al moment inicial de l'adopció de la presó preventiva i, una segona ponderació que correspondrà només en aquells casos en que es prorrogui aquesta mesura cautelar.

---

<sup>57</sup> Ramos, F. (2014). Las medidas cautelares: la prisión provisional. Dins de F. Ramos Méndez. *Enjuiciamiento Criminal*. (pp. 304-305). (undécima edición). Barcelona: Atelier

En arribat aquest punt entenem que la presó provisional és una mesura cautelar de la jurisdicció penal caracteritzada per la important i greu incidència que té sobre el seu destinatari, doncs aquest últim queda privat de la seva llibertat. Però aquesta privació de la llibertat estarà justificada pels motius legals que hem vingut dient amb anterioritat.

També podem concloure que quan s'adopta la presó provisional hi ha un xoc de diferents drets, però aquesta col·lisió de drets no ens ha de fer caure en l'error de pensar que la presó provisional és il·legítima per "atemptar" contra dos drets fonamentals com ho són la llibertat i la presumpció d'innocència. Aquí hem de tenir en compte les paraules que va plasmar el TC en la sentència 98/1997, de 20 de maig, en el seu fonament jurídic 3º, tot dient que la presó provisional "es una medida excepcional que se justifica como la respuesta más razonable a una situación en la que se impone la necesidad de optar entre el derecho a la libertad de una persona que no ha sido declarada culpable, de una parte, y el aseguramiento, de otra, de la administración de justicia penal".

Així doncs, la presó provisional es troba entre el deure estatal de perseguir eficaçment el delicte, per una banda, i el deure estatal d'assegurar la llibertat del ciutadà, d'altre banda. De manera que aquesta mesura cautelar es situa, tal hi com explica Pablo Gutiérrez de Cabiedes, entre dos punts oposats constituïts respectivament per l'interès general i l'individual i el públic (prevenció); i l'interès privat (llibertat i innocència), i en la necessitat de preservar tots dos interessos.

Fins aquí hem pogut observar que la presó provisional és una institució problemàtica en quan a la forma en que s'ha de regular. La seva regulació haurà de tenir en compte, en tot moment, els principis, drets i garanties constitucionals. Per aquest motiu és important insistir en la idea de que el problema no és que existeixi la presó provisional, sinó que el problema irradia en la forma en que aquesta institució es configura i s'aplica.

## 7. Estudi sentència 217/2015, de 22 d'octubre de 2015

---

### 7.1. Possibilitat d'interposar un recurs d'empara

En els anteriors apartats del treball hem analitzat de forma abstracta què s'entén per presó provisional, quins elements essencials la caracteritzen, quina és la seva naturalesa, així com els problemes que planteja la seva adopció. En aquest apartat el que pretenc és fer un estudi profund en relació a la recent sentència del TC 217/2015, de 22 d'octubre de 2015<sup>58</sup> on s'atorga l'empara per vulneració del dret a la llibertat personal com a conseqüència d'una pròrroga de la presó provisional sense cap tipus de cobertura legal.

Trobo interessant comentar de manera exhaustiva aquesta sentència del TC que gira entorn a la pròrroga de la presó provisional per dos motius. En primer lloc, perquè són realment pocs els recursos d'empara que s'interposen i que s'admeten davant del TC (per tenir especial transcendència constitucional) que siguin relatius a la presó provisional. I, en segon lloc, perquè considero necessari analitzar la presó provisional en una situació plasmada en la realitat en la que una persona es pot veure privada de forma injustificada de la seva llibertat com succeeix en el present cas.

En aquesta sentència del TC es resol un recurs d'empara a favor del recurrent. La sentència declara que la pròrroga de la presó provisional, com a mesura cautelar restrictiva d'un dret fonamental, ha de tenir com a requisit previ una cobertura legal expressa i clara. Per aquest motiu la pròrroga no pot ser aplicada per interpretació analògica a altres supòsits de fet. La pròrroga d'aquesta institució només està prevista a la legislació per un condemnat a una pena de presó i no per un acusat que ha estat absolt i sotmès a una mesura de seguretat. Per tot això el TC reconeix que s'ha vulnerat el dret a la llibertat del recurrent atorgant-li l'empara.

---

<sup>58</sup> Es pot consultar la sentència completa a: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24663>

Darrera d'aquest estudi el que pretenc és reflexionar sobre certes qüestions relatives a la presó provisional que he exposat al llarg del present treball. A partir del cas plantejat en la sentència intentaré donar resposta a un conjunt de preguntes que m'he qüestionat mentre llegia la sentència del TC.

El subjecte passiu afectat per la presó provisional va decidir interposar un recurs d'empara davant del TC per considerar vulnerat el seu dret fonamental a la llibertat. Hem de recordar que, un cop esgotats sense èxit els recursos ordinaris que preveu la legislació, existeix la possibilitat d'utilitzar el recurs d'empara davant de la vulneració d'un dret.

Per tant, un cop els òrgans judicials han tingut la possibilitat de reparar la lesió del dret fonamental es podria utilitzar el recurs d'empara com a un recurs extraordinari. Ara bé, aquesta doctrina no és tant estricta quan es tracta de resolucions en matèria de privació i llibertat provisionals. En aquests casos, el principi de subsidiarietat per poder utilitzar el recurs d'empara queda debilitat ja que el recurrent no s'ha d'esperar a la sentència ferma i definitiva sobre l'objecte del procés penal per interposar el corresponent recurs d'empara<sup>59</sup>. Aquesta flexibilització de la doctrina és degut a una raó molt simple: si la persona tancada preventivament hagués d'esperar a que es dictés una sentència definitiva per poder-la impugnar, la seva situació de privació de llibertat podria provocar una violació intolerable del dret a la llibertat.

En definitiva, el dret a la llibertat és un dret del qual es pot obtenir el seu restabliment de manera directa i immediata a través del recurs d'empara, sense haver d'esperar al pronunciament definitiu de la sentència procedent de l'últim recurs interposat.

## **7.2. Antecedents de la sentència 217/2015**

Abans d'entrar a reflexionar i donar resposta a les diferents qüestions plantejades en relació a la sentència 217/2015 és imprescindible explicar els antecedents per tal de tenir un context general. Per començar, el recurrent, intern en un hospital

---

<sup>59</sup> D'aquesta manera ho explica García Pérez, J. J (2004). Capítulo 7: Los recursos en materia de prisión provisional. Dins de A. Dorrego de Carlos. *Régimen jurídico de la prisión provisional*. (p. 245). Madrid: Editorial Sepin.



psiquiàtric penitenciari de Sevilla, va manifestar la seva voluntat d'interposar un recurs d'empara contra l'aute dictat per l'Audiència Provincial de Cádiz la qual va desestimar el recurs de súplica.

Els fets que originen aquesta demanda d'empara són, bàsicament, els següents:

En primer lloc, el Jutjat d'Instrucció núm. 1 de Cádiz va acordar a través d'un aute la presó preventiva, comunicada y sense fiança del recurrent d'empara. En aquesta resolució es demanava que l'actual recurrent havia d'ingressar de forma immediata a l'establiment psiquiàtric penitenciari per tal de rebre el tractament corresponent atenent el seu estat de salut.

En segon lloc, quan el recurrent estava en situació de privació cautelar de llibertat, es va celebrar el judici oral davant de l'Audiència Provincial de Cádiz que va dictar una sentència en la que s'imposava a l'actor una mesura de seguretat d'internament per tal de fer un tractament mèdic en un establiment psiquiàtric penitenciari per un temps no superior a 7 anys. En aquesta sentència es va considerar provat que el recurrent havia comès un fet constitutiu de delictes d'incendi tipificat a l'article 351 CP. No obstant, la sentència havia apreciat que concorria l'eximent completa d'alteració psíquica de l'article 20.1 CP, de manera que la sentència disposava d'un pronunciament d'absolució, però al mateix temps imposava a l'actual demandant d'empara la mesura de seguretat d'internament.

En tercer lloc, un cop dictada l'anterior sentència, l'actor va presentar un escrit de preparació del recurs de cassació contra la sentència de l'Audiència Provincial de Cádiz. En aquest escrit sol·licitava el cessament de la presó provisional ja que en base l'article 861 bis a)<sup>60</sup> LECrim quan la sentència dictada és absolutòria s'haurà de posar en llibertat al reu.

En quart lloc, l'Audiència Provincial de Cádiz va denegar la petició de llibertat entenent que la sentència és absolutòria per estimar que concorre l'eximent completa d'alteració psíquica, però que es manté al condemnat una mesura d'internament en un centre psiquiàtric penitenciari per l'alta perillositat que

---

<sup>60</sup> "Si la sentencia recurrida fuera absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad."

representa per les idees paranoiques i deliris relacionats amb l'obsessió del foc. En tal sentit, l'Audiència Provincial de Cádiz va prorrogar la presó provisional.

En cinquè lloc, davant de l'última resolució de l'Audiència, l'actor va decidir presentar un recurs de súplica al·legant: una vulneració de l'article 503<sup>61</sup> LECrim ja que la presó provisional mai podrà ser acordada respecte un subjecte declarat irresponsable en aquest cas per una eximent completa d'alteració psíquica; una vulneració de l'article 861 bis a) LECrim ja que només es podrà prorrogar la presó provisional si la sentència és condemnatòria. Al mateix temps, el recurrent va al·legar una violació de l'article 17 CE ja que no existeix "motivo ni soporte legal alguno que sustente la prórroga de la prisión acordada". Aquest recurs de súplica va ser desestimat per entendre que, tot i ser una sentència absolutòria, era totalment raonable i necessària la pròrroga de la presó provisional ja que no es podia preveure l'aparició de nous brots i per l'alta perillositat que representava.

En sisè lloc, l'actor va decidir interposar un recurs de cassació contra la sentència dictada per l'Audiència Provincial de Cádiz. Mentre es resolva la cassació, l'actor va decidir interposar un recurs d'empara. Amb posterioritat a aquest recurs d'empara, el Tribunal Suprem va acordar que no donava lloc a l'admissió del recurs de cassació formalitzat pel recurrent.

De forma sintetitzada, el recurrent considera en la seva demanda d'empara que han vulnerat el seu dret fonamental a la llibertat reconegut a l'art. 17 CE pels següents motius:

- 1) L'art. 504.2 LECrim no pot servir per justificar la pròrroga de la presó provisional ja que aquesta pròrroga només podrà ser aplicada a un condemnat i no a un acusat que ha estat absolt.
- 2) L'art. 504.2 LECrim no pot servir per justificar la pròrroga de la presó provisional ja que aquest mateix precepte diu que la mesura cautelar tindrà un límit màxim de la meitat de la pena imposada en la sentència. En tal cas no s'ha imposat cap pena, sinó una mesura de seguretat.

---

<sup>61</sup> Precepte el qual disposa totes aquelles situacions en las que es podrà adoptar la presó provisional sempre i quan concorrin una sèrie de requisits.

Per tot això, el demandant considera que l'Audiència Provincial de Cádiz ha aplicat la presó provisional a un supòsit de fet que el legislador en cap moment ha previst de forma expressa.

### **7.3. Reflexió de les qüestions plantejades en relació a la sentència 217/2015**

Després d'haver explicat els antecedents de la sentència procediré a donar resposta a un conjunt de preguntes que m'he qüestionat.

Una de les primeres preguntes que m'he plantejat és la següent: *quan el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz va optar per prorrogar la presó provisional va tenir en compte la doctrina constitucional sobre la proporcionalitat?*

Tal hi com vam veure en l'apartat 2º d'aquest treball, la doctrina constitucional sobre la proporcionalitat implica que per poder adoptar la presó provisional s'han de complir els principis de legalitat, necessitat i motivació.

Respecte el principi de legalitat, podem afirmar que el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz no va respectar en cap moment aquest principi, en virtut del qual és necessària la previsió i habilitació legal de la presó provisional, en tant que és una institució limitativa de drets fonamentals com el dret a la llibertat.

En aquesta sentència el TC arriba a la conclusió que el precepte que va aplicar l'Audiència Provincial per fonamentar la pròrroga de la presó provisional és totalment incompatible amb el supòsit de fet que ens ocupa. L'Audiència Provincial va aplicar l'art. 504.2 *in fine* LECrim, precepte que exigeix (per poder prorrogar la presó provisional) que l'encausat "fuera condenado" i que fixa com límit màxim de la privació de llibertat cautel·lar el de "la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia".

Aquest precepte legal només permet prorrogar la presó provisional si es compleixen dos requisits. En primer lloc, que l'acusat sigui condemnat i, en segon lloc, que la pena imposada sigui de presó. En el supòsit estudiat no es compleix ni un requisit ni l'altre. No es compleix el primer requisit perquè l'acusat no va ser condemnat, sinó que va quedar absolt per concórrer l'eximent completa d'alteració psíquica de l'article 20.1 CP. Tampoc es compleix el segon requisit

perquè no se li va imposar una pena de presó, sinó que se li va imposar una mesura de seguretat consistent en un internament en un centre adequat atenent al seu trastorn psiquiàtric. Però en cap cas s'ha d'entendre aquest internament a un centre psiquiàtric com un equivalent a la pena de presó.

El TC arriba a la conclusió que només fent una interpretació analògica es podria arribar a pensar que el precepte legal aplicat per l'Audiència Provincial cobreix el supòsit de fet que ens ocupa. El problema és que aquesta interpretació analògica és totalment incompatible amb les exigències de la nostre doctrina sobre l'habilitació legal de la ingerència en la llibertat. Així doncs, no s'admet una interpretació analògica en supòsits on la llibertat de les persones es veu privada.

Per tant, la mesura cautelar de presó provisional prorrogada que estableix l'article 504.2 LECrim no proporciona cobertura legal a l'internament cautelar que l'Audiència Provincial havia aplicat a l'actual recurrent d'empara.

Respecte el principi de necessitat, no queda tant clar que el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz hagués vulnerat aquest principi, en virtut del qual només es podrà adoptar o prorrogar la presó provisional quan sigui realment necessària i quan no existeixin altres mesures menys carregoses pel dret a la llibertat.

Certament la pròrroga de la presó provisional (fins que es resolgués el recurs de cassació) sembla estar justificada doncs existia un alt perill de reiteració delictiva per les idees paranoiques i deliris relacionats amb l'obsessió del foc que tenia l'autor dels fets. El problema està en que no hi ha cobertura legal que fonamenti aquesta pròrroga de la presó provisional, encara que l'Audiència Provincial de Cádiz sí ho entengués així per interpretació analògica.

Respecte el principi de motivació, tampoc sembla que el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz hagi vulnerat aquest principi, en virtut del qual només es podrà adoptar o prorrogar la presó provisional quan hi hagi una motivació de la decisió pressa. Sembla ser que el jutge hauria justificat suficientment la pròrroga de la presó provisional en base la perillositat existent de reiteració delictiva. El problema està, novament, en que no hi ha cap cobertura legal que fonamenti aquesta pròrroga.

En conclusió, per molt motivada i necessària que sigui la decisió de prorrogar la presó provisional, si no es compleix el requisit de legalitat, aquesta decisió presa pel jutge haurà vulnerat el dret a la llibertat del subjecte passiu de la presó provisional per no existir una cobertura legal que ho justifiqui. Això és, precisament, el que succeeix en la sentència analitzada.

Una altre pregunta que m'ha sorgit mentre llegia la sentència ha estat la següent: ***perquè el TC ha considerat que hi ha hagut una greu vulneració del dret a la llibertat del recurrent si l'Audiència Provincial de Cádiz havia motivat la seva decisió de prorrogar la presó provisional?***

El TC ha considerat que l'Audiència Provincial de Cádiz ha vulnerat greument el dret fonamental a la llibertat del recurrent en dues ocasions. Un primer cop perquè l'Audiència havia prorrogat sense cobertura legal suficient la mesura cautelar de la presó provisional. I, un segon cop perquè la mateixa Audiència havia desestimat el recurs de súplica interposat pel recurrent.

En aquest cas, la pròrroga de la presó provisional ha privat de forma injustificada el dret fonamental a la llibertat del recurrent per no tenir cobertura legal que justifiqués la seva pròrroga. Com ja sabem, la presó provisional és considerada, de per sí, com una de les intromissions més greus que pot exercir el poder estatal en l'esfera de la llibertat del individu. En aquest cas la intromissió s'extralimita de forma evident perquè no hi ha cap precepte legal que permeti la pròrroga de la presó provisional.

A més a més, tal hi com va senyalar la sentència del TC 201/2013, de 16 de desembre, en el seu fonament jurídic 2, un cop la llei hagi explicitat de forma suficient l'extensió i contingut de la presó provisional, llavors es podrà valorar si resulta o no proporcional la seva aplicació. I sempre s'haurà d'aplicar el principi *in dubio pro libertate* segons el qual, en cas de dubte, sempre s'haurà d'aplicar la norma menys restrictiva de la llibertat. Això ens demostra en que l'Audiència Provincial hauria d'haver decretat el cessament de la presó provisional en cas de que aquesta hagués tingut dubtes en la possibilitat o no de prorrogar aquesta institució.

Lligant la primera pregunta amb la següent: *perquè el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz no va fer ús de les mesures alternatives a la presó provisional?*

Probablement (encara que no hi ha cap certesa al respecte) el jutge de l'Audiència Provincial de Cádiz va decidir prorrogar la presó provisional, en comptes de fer ús de les mesures alternatives a ella, per desconfiar de l'eficàcia d'aquestes mesures.

En el següent apartat del treball exposaré unes conclusions derivades d'un informe d'investigació sobre la pràctica de la presó provisional a Espanya publicat per Asociación Pro Derechos Humanos de España. A partir d'aquest informe s'arriba a la conclusió que molts jutges i fiscals es mostren reticents en utilitzar les mesures alternatives a la presó provisional en delictes més greus ja que desconfien de la seva eficàcia.

En aquest cas, es tracta d'un delictes greu doncs l'article 351 CP castiga amb una pena de presó de deu a vint anys a la persona que provoqués un incendi que comportés un perill per la vida o integritat física de les persones. Arran d'això és possible que el jutge de l'Audiència Provincial es deixés emportar pel perill existent de reiteració delictiva acordant la pròrroga de la presó provisional i passant per alt l'existència de les altres mesures alternatives.

Per acabar, una última pregunta que m'he plantejat és la següent: *és possible que l'Audiència Provincial de Cádiz utilitzés la pròrroga de la presó provisional amb una funció que és més aviat pròpia de les mesures de seguretat?*

Cal recordar que en l'apartat 3º del present treball es va explicar quina naturalesa tenia la presó provisional. Finalitzat aquest apartat del treball es va concloure que aquesta institució no podia ser qualificada ni com una pena anticipada ni com una mesura de seguretat.

Malauradament sembla que l'Audiència Provincial de Cádiz hagi utilitzat aquesta pròrroga de la presó provisional com si es tractés d'una mesura de seguretat. Segons el meu parer, l'Audiència Provincial hauria d'haver acordat el cessament

de la presó provisional sense donar lloc a la seva pròrroga i esperar que es resolgués el recurs de cassació interposat pel recurrent.

Llavors, un cop resolt el recurs de cassació, aplicar l'article 101 CP el qual disposa el següent "Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del artículo 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo."

## 8. Estadístiques de la presó provisional a Espanya

---

### 8.1. La presó provisional en xifres

Fins ara no hem parlat en cap moment del número de persones que es troben en situació de presó provisional a Espanya. Per tal de fer-nos una idea de la situació present en els centres penitenciaris espanyols hem de recórrer a les estadístiques que ens ofereix la Secretaria General de Institucions Penitenciàries del Ministeri del Interior. En la seva pàgina web oficial podem trobar estadístiques<sup>62</sup> sobre la xifra anual de persones en presó provisional i de persones condemnades segregades per sexe.

A continuació presentaré diferents taules comparatives per observar l'evolució en els últims 5 anys (des del 2012 fins al 2016) de les persones que es troben en presó provisional, així com de les persones condemnades. En aquestes taules es troben segregades les persones per sexe (homes i dones) i després la suma total.

#### Gener 2012<sup>63</sup>

Situació	Homes	Dones	Total
Preventius	10.404	1.076	11.480
Penats	50.082	4.029	54.111

#### Gener 2013<sup>64</sup>

Situació	Homes	Dones	Total
Preventius	9.796	991	10.787
Penats	52.161	4.145	56.306

<sup>62</sup> Estadística penitenciària: població reclusa segons situació processal-penal per sexe.

<sup>63</sup> Estadística penitenciària any 2012. [Data de consulta: 20 de febrer de 2017] <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2012&mm=1&tm=SITU&tm2=GENE>

<sup>64</sup> Estadística penitenciària any 2013. [Data de consulta: 20 de febrer de 2017] <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2013&mm=1&tm=SITU&tm2=GENE>



### Gener 2014<sup>65</sup>

Situació	Homes	Dones	Total
Preventius	8.329	820	9.149
Penats	51.970	4.162	56.132

### Gener 2015<sup>66</sup>

Situació	Homes	Dones	Total
Preventius	7.782	762	8.544
Penats	51.034	4.152	55.186

### Gener 2016<sup>67</sup>

Situació	Homes	Dones	Total
Preventius	7.093	639	7.732
Penats	48.481	3.995	52.476

Com es pot observar en aquestes taules des del 2012 fins al 2016 hi ha hagut una disminució progressiva de les persones en presó provisional, així com de les persones condemnades. Així per exemple, el número de persones (homes i dones) en presó provisional a l'any 2012 era de 11.480, mentre que a l'any 2016 són 7.732 persones que es troben en presó provisional.

Respecte les persones condemnades, a l'any 2012 hi havia un total de 54.111 persones (homes i dones), en contraposició, a l'any 2016 hi ha 52.476 persones condemnades. Aquesta disminució progressiva és, probablement, com a conseqüència de la tendent decreixença de criminalitat a Espanya, així com l'aprovació de reformes del Codi Penal que van reduir les penes d'alguns delictes com, per exemple, la de tràfic de drogues.

<sup>65</sup>Estadística penitenciària any 2014. [Data de consulta: 20 de febrer de 2017] <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2014&mm=1&tm=SITU&tm2=GENE>

<sup>66</sup>Estadística penitenciària any 2015. [Data de consulta: 20 de febrer de 2017] <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2015&mm=1&tm=SITU&tm2=GENE>

<sup>67</sup>Estadística penitenciària any 2016. [Data de consulta: 20 de febrer de 2017] <http://institucionpenitenciaria.es/web/portal/documentos/estadisticas.html?r=m&adm=TES&am=2016&mm=1&tm=SITU&tm2=GENE>

Tot i tenir estadístiques sobre les persones que es troben en presó provisional i les persones que estan condemnades, no tenim, malauradament, estadístiques oficials sobre altres aspectes rellevants de la presó provisional com, per exemple, la seva durada i el percentatge de persones en presó provisional que finalment són condemnades i absoltes.

És cert que diversos organismes oficials com la Secretaria General d'Institucions Penitenciàries<sup>68</sup> (depenent del Ministeri del Interior), el Defensor del Poble<sup>69</sup> i el Institut Nacional d'Estadístiques<sup>70</sup> publiquen informes sobre la presó a Espanya, però cap d'aquests organismes tracten específicament la presó provisional<sup>71</sup>.

A nivell internacional passa exactament el mateix, hi ha organismes internacionals que elaboren informes sobre la situació dels centres penitenciaris a Espanya, però no específicament sobre la presó provisional. Així, per exemple, el Comitè Europeu per la Prevenció de la Tortura i Tractes o Penes inhumanes o degradants<sup>72</sup> visiten les presons a Espanya, elaboren informes, però no aborden la presó provisional.

## 8.2. Conclusions derivades d'un informe d'investigació

Per tal de tancar aquest treball dedicaré el seu últim apartat a determinar quina visió es té la presó preventiva en el nostre país. Per investigar la pràctica d'aquesta institució a Espanya ens serà de gran utilitat consultar el informe<sup>73</sup> que

<sup>68</sup> Informe General 2015 publicat per la Secretaria General d'Institucions Penitenciàries. [Data de consulta: 10 d'abril de 2017] <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas-/informe-general-de-instituciones-penitenciarias>

<sup>69</sup> Informe Anual 2016 publicat pel Defensor del Poble (centres penitenciaris: p. 150 i ss.). [Data de consulta: 10 d'abril de 2017] <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2016/>

<sup>70</sup> Estadístiques publicades per l'Institut Nacional d'Estadística. [Data de consulta: 10 d'abril de 2017] [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica\\_P&cid=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&cid=1254735573206)

<sup>71</sup> Així ho explica el Informe d'Investigació Asociación Pro Derechos Humanos de España (2015). IV. Contexto. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (p. 27).

<sup>72</sup> Comitè Europeu per la Prevenció de la Tortura i Tractes o Penes inhumanes o degradants. [Data de consulta: 24 de febrer de 2017] <http://www.cpt.coe.int/spanish.htm>

<sup>73</sup> Es pot accedir al informe de forma completa en el següent enllaç: [http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/INFORME\\_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf](http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf) [Data de consulta: 15 de febrer de 2017].

ha elaborat Asociación Pro Derechos Humanos de España (APDHe)<sup>74</sup> entre l'any 2014 i 2015.

Aquest informe presenta una investigació sobre la pràctica de la presó provisional a Espanya basant-se en dades procedents d'anàlisis d'expedients de casos, d'enquestes a advocats defensors i entrevistes a magistrats i fiscals. Concretament, es van observar 12 audiències de presó provisional, es van analitzar 55 expedients de casos, van ser enquestats 31 advocats i entrevistats 5 magistrats i 4 fiscals.

A partir de la lectura realitzada del informe de la investigació sobre la pràctica de la presó provisional a Espanya es poden extreure una sèrie de conclusions que considero importants destacar.

En primer lloc, l'encausat sempre està present a l'audiència inicial on es decreta la presó provisional, però no sempre està present en les audiències de revisió o de pròrroga<sup>75</sup>. D'altra banda, és sovint que els advocats tinguin poc temps per preparar les audiències de la presó provisional. Fins i tot, alguns dels advocats entrevistats consideraven que els jutges i fiscals prenien la decisió d'acordar la presó provisional abans de celebrar l'audiència.

En segon lloc, els jutges són reticents a utilitzar les mesures alternatives a la presó provisional en delictes més greus ja que desconfien de la seva eficàcia. No obstant, aquestes mesures alternatives sí que són utilitzades en els delictes de menor gravetat<sup>76</sup>. D'entre totes les mesures alternatives, les més utilitzades són la compareixença regular davant de l'autoritat judicial i la llibertat sota fiança.

En tercer lloc, quan es fa una revisió de la presó provisional l'encausat no sempre està present, doncs moltes vegades aquestes revisions es poden tramitar per escrit. D'altra banda, en la majoria de revisions que es van analitzar en aquesta

---

<sup>74</sup> Aquesta associació és la primera entitat orientada a la defensa i promoció dels Drets Humans en la història d'Espanya. L'associació té com a objectiu principal: "defender los Derechos Humanos en todas sus vertientes y en todos los lugares, velando por el cumplimiento de los ya proclamados y promoviendo el reconocimiento y garantía de los que todavía no estuvieran reconocidos". Es pot consultar més informació sobre l'APDHe en el següent enllaç: <http://www.apdhe.org/#> [Data de consulta: 18 de febrer de 2017].

<sup>75</sup> V. Procedimiento en el proceso de toma de decisiones sobre prisión provisional. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (pp. 29-30).

<sup>76</sup> VII. Medidas alternativas a la prisión provisional. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (p.48).

investigació la decisió inicial de presó provisional va ser confirmada. A més a més, quan es confirma la presó provisional s'utilitzen arguments molts generals<sup>77</sup>.

En quart lloc, no existeixen estadístiques oficials sobre els presos preventius que finalment són condemnats. La investigació realitzada va extreure el 65 % de condemnes sobre el total de presos preventius<sup>78</sup>.

En cinquè i últim lloc, el motiu més utilitzat per justificar l'adopció de la presó provisional és evitar el risc de fuga de l'encausat<sup>79</sup>, especialment quan es tracten de delictes de més gravetat. I, més concretament, la falta d'arrelament<sup>80</sup> i la nacionalitat estrangera són les raons que s'utilitzen per presumir l'existència del risc de fuga. El segon motiu més utilitzat per justificar la presó provisional és evitar la destrucció de proves i la reiteració delictiva<sup>81</sup>.

---

<sup>77</sup> VIII. Revisión de la prisión provisional. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (p.53).

<sup>78</sup> IX. Resultado del procedimiento penal. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (pp.55-56).

<sup>79</sup> VI. Fondo en el proceso de toma de decisiones sobre prisión provisional. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (pp. 39-43).

<sup>80</sup> Cal recordar que Pablo Gutiérrez de Cabiedes explicava en la seva obra *La prisión provisional* que les circumstàncies que poden servir com a base per apreciar i acreditar l'existència o inexistència del risc de fuga del imputat és l'arrelament del imputat, és a dir, la vinculació que té l'imputat amb altres persones o coses. Així, per exemple, la circumstància que pot provocar aquest arrelament és la titularitat d'un domicili o de béns situats al lloc d'abast de la justícia. De manera que, la carència d'aquest domicili provocarà un possible risc de fuga del imputat per no tenir interès en romandre en aquell lloc. Gutiérrez deia que l'arrelament també es pot produir dins de l'àmbit laboral. En aquest cas, si el imputat té un treball que desenvolupa en el lloc d'abast de la justícia, aquest treball li impedeix o dificulta o, en tot cas, el desincentiva en la seva fugida. Així mateix, l'arrelament pot ser familiar. En aquest cas, si el imputat té vincles familiars o afectius dins de l'àmbit de la justícia és molt probable que no existeix tal risc de fuga. Per tot això, es pot observar que l'arrelament és un factor que desincentiva la fugida del imputat.

<sup>81</sup> VI. Fondo en el proceso de toma de decisiones sobre prisión provisional. Dins del Informe *La práctica de la prisión provisional en España* (p.42).

## 9. Conclusions

---

Després d'haver realitzat aquest treball puc extreure una sèrie de conclusions que seran exposades a continuació.

### **PRIMERA**

La presó provisional no es pot considerar com una pena anticipada perquè té una funció preventiva i no repressiva ni sancionadora com succeeix amb la pena de presó. La presó provisional tampoc es pot considerar com una mesura de seguretat perquè el nostre sistema penal impedeix que es pugui catalogar així.

### **SEGONA**

Quan el jutge adopti la presó provisional haurà de tenir en compte la doctrina constitucional sobre la proporcionalitat en virtut de la qual s'hauran de complir els requisits de legalitat, necessitat i motivació.

El primer requisit implica que només es podrà decretar aquesta mesura cautelar quan hi hagi una previsió i habilitació legal prèvia. El segon requisit suposa que l'adopció d'aquesta institució haurà de ser sempre excepcional i subsidiària. I el tercer requisit comporta que al darrera d'aquesta decisió presa pel jutge sempre hi haurà d'haver una justificació suficient.

Per tant, si el jutge decreta la presó provisional respectant la doctrina constitucional sobre la proporcionalitat, l'adopció d'aquesta mesura cautelar no té per què generar problemes.

En aquest sentit podem arribar a concloure que l'adopció de la presó provisional només seria il·legítima quan la seva aplicació no estigués suficientment justificada; no fos necessària o existissin altres mesures alternatives menys carregoses; no tingués una habilitació i previsió legal; o tingués una funció d'anticipar la pena.

### **TERCERA**

El número de persones que es troben en situació de presó provisional ha disminuït progressivament en els darrers últims 5 anys tant pel que respecte en homes i dones. Així, per exemple, a l'any 2012 hi havia un total de 11.480 persones en situació preventiva, mentre que la xifra és de 7.732 persones a l'any 2016.

### **QUARTA**

La presó provisional és tant sols una mesura de caràcter excepcional. Això significa que el seu ús es limitarà en casos molt puntuals i, en conseqüència, els problemes que puguin esdevenir seran, o almenys haurien de ser, de forma puntal. Per això s'ha de saber buscar un equilibri que permeti, d'una banda, utilitzar la presó provisional quan realment sigui necessària i inevitable i, d'altra banda, respectar, en la mesura del possible, totes les garanties de l'encausat.

### **CINQUENA**

La presumpció d'innocència és compatible amb la presó provisional sempre hi quan s'adopti per resolució fundada en Dret. Per aquest motiu, en cada cas en concret s'entrarà a valorar en una "balança simbòlica" si és necessari i procedent decretar la presó provisional i, en conseqüència, privar de la llibertat a una persona que encara no ha estat sotmesa a judici o, pel contrari, considerar que fer ús d'aquesta institució és totalment desaconsellable i desproporcional tenint en compte les circumstàncies d'aquell concret cas. Això és el que es coneix amb el nom de ponderació dels diferents interessos que es troben en joc. Aquesta ponderació no només la de fer el jutge en el moment inicial de decretar la presó provisional, sinó que també haurà d'estar present en tots aquells casos en que es decideixi, de forma justificada, prorrogar aquesta mesura cautelar penal.

### **SISENA**

La presó provisional no pot ser substituïda per les mesures alternatives perquè, tot i ser menys carregoses per l'encausat, no despleguen la mateixa eficàcia que aquesta institució. La gran majoria de mesures alternatives proposades només es podrien utilitzar per evitar el risc de fuga de l'encausat, però no servien per

evitar ni la reiteració delictiva ni l'ocultació, alteració o destrucció de les proves. Per aquests motius els jutges es mostren reticents a l'hora de fer ús de les mesures alternatives a la presó provisional en els delictes més greus. I, probablement, per la falta de confiança en aquestes mesures alternatives es fan, a vegades, usos inadequats de la presó provisional.

#### **SETENA**

El problema de la presó provisional es troba, no tant en la seva existència, sinó en la seva configuració i aplicació. De manera que depenen de com s'apliqui aquesta institució vulnerarà o no les garanties constitucionals de l'encausat.

#### **VUITENA**

Acceptar la presó provisional no implica tractar als encausats com a culpables. No hem d'associar l'ús de la presó provisional amb el tracte de culpabilitat de l'encausat; simplement hem de tenir una visió diferent de la presó provisional. Hem de concebre la presó provisional com aquella mesura cautelar penal que té com a finalitat principal assegurar l'efectivitat de la sentència evitant determinats riscos com el perill de fuga, la reiteració delictiva i l'ocultació, alteració o destrucció de les proves.

#### **NOVENA**

La presó provisional és considerada com una de les intromissions més greus que pot exercir el poder estatal en l'esfera de la llibertat del individu, sense existir una sentència judicial que ho justifiqui. Però la llibertat és un dret que pot ser objecte de diferents limitacions i restriccions. Per tant, el fet de que el dret a la llibertat tingui un caràcter relatiu permet que aquest dret pugui limitar-se en determinades ocasions.

#### **DESENA**

La presó provisional té un paper molt important en tant que actua com una mesura de protecció de la víctima. De manera que la presó provisional té una finalitat afegida consistent en protegir a la víctima. Per aquest motiu la presó provisional

és una figura que afecta a dues parts: d'una banda, a la víctima perquè tingui una certa seguretat i protecció i, d'altra banda i, de forma indubtable, a l'encausat perquè es veu privat de la seva llibertat de forma provisional.

### **ONZENA**

La utilització de la presó provisional es justifica en els seus fins d'evitar el risc d'ocultació, alteració o destrucció dels mitjans de prova, el perill de reiteració delictiva i el risc de fuga. Ara bé, fer un ús inadequat i/o excessiu d'aquesta institució pot comportar la vulneració del dret de la llibertat del subjecte passiu que ha hagut de suportar aquesta mesura cautelar.

### **DOTZENA**

A vegades la presumpció d'innocència i la llibertat de l'encausat han de cedir enfront el deure estatal de perseguir eficaçment el delictes perquè aquest últim té més pes que els dos primers. El problema està en que determinats autors consideren que això provoca una vulneració a la garantia constitucional de la presumpció d'innocència. Per evitar aquest problema haurem de fer una interpretació més flexible d'aquesta garantia constitucional perquè, en cas contrari, l'intent de justificar l'ús de la presó provisional sempre serà insatisfactòria mentre es continui fent una interpretació rígida de la presumpció d'innocència.

### **TRETZENA**

Els supòsits per obtenir una indemnització econòmica després de dictar-se una sentència absolutòria havent suportat la presó provisional haurien d'ampliar-se en altres casos i no només limitar-se a aquelles situacions en que la persona ha quedat absolta per la inexistència del fet imputat. La regulació actual sobre aquest aspecte restringeix molt els casos en que realment es pot aconseguir una indemnització.



## CATORZENA

La presó provisional és una figura sobre la qual s'ha reflexionat molt i sobre la que hi ha un gran volum d'opinions doctrinals i pronunciaments jurisprudencials al respecte. Això és degut als greus problemes i dubtes que planteja la seva adopció enfront al respecte de les garanties constitucionals de l'encausat.

No cap dubte que la presó provisional ha estat, és i serà una figura criticada per diversos autors doncs l'encausat es troba privat de la seva llibertat de forma provisional en base a uns indicis que no són autèntiques proves sotmeses a un judici oral, fet que provoca que la presumpció d'innocència quedi, en certa manera, qüestionada i, fins i tot, sembla que quedi desplaçada per una presumpció de culpabilitat.

Després d'haver finalitzat aquest treball us convido a reflexionar sobre l'ús que es fa o l'ús que hauria de tenir la presó provisional en el nostre país i us posicioneu en un dels dos sectors doctrinals: aquell que defensa la seva finalitat i utilitat o bé aquell sector més protector de les garanties de l'encausat.

## 10. Bibliografia

---

### 10.1. Institucions, òrgans i associacions

Asociación Pro Derechos Humanos de España [Data de consulta: 18 de febrer de 2017] <http://www.apdhe.org/#>

Comitè Europeu per la Prevenió de la Tortura i Tractes o Penes inhumanes o degradants. [Data de consulta: 24 de febrer de 2017] <http://www.cpt.coe.int/spanish.htm>

Defensor del Poble. [Data de consulta: 24 de febrer de 2017] <https://www.defensordelpueblo.es/>

Institució Penitenciària [Data de consulta: 24 de febrer de 2017] <http://www.institucionpenitenciaria.es/>

Institut Nacional d'Estadística. [Data de consulta: 24 de febrer de 2017] <http://www.ine.es/>

### 10.2. Lleis i altre tipus de normativa legal

Constitució espanyola, de 29 de desembre de 1978. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)

Conveni per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals, 4 de novembre de 1950. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>

Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delicte. [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-4606)

Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal. (última actualització del 28 d'abril de 2015) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Llei Orgànica 13/2003, de 24 d'octubre, de reforma de la Llei d'Enjudiciament Criminal en matèria de presó provisional.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-19748](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-19748)

Llei Orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del Poder Judicial. (última actualització del 28 de novembre de 2015) <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>

Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, de 19 de desembre de 1966.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-5259](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1985-5259)

Recomanació (80) 11 del Consell d'Europa, de 17 de desembre de 1998.

[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998IP0369\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51998IP0369(01)&from=ES)

### **10.3. Parts de llibres i monografies**

Andrés, P. (2003). *El juez y la prisión provisional*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Asencio Mellado, J. M. (1987). *La prisión provisional*. (p. 30). Madrid: Civitas.

Calamandrei, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. (Buenos Aires): Editorial Bibliográfica Argentina.

Delgado Martín, J. (2004). Capítulo 11: La posición de la víctima ante la prisión provisional. Dins de A. Dorrego de Carlos. *Régimen jurídico de la prisión provisional*. (pp. 359-359). Madrid: Editorial Sepin.

Ferrajoli, L. (2009). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

García Pérez, J. J (2004). Capítulo 7: Los recursos en materia de prisión provisional. Dins de A. Dorrego de Carlos. *Régimen jurídico de la prisión provisional*. (p. 245). Madrid: Editorial Sepin.

Gimeno, V. & Díaz, M. (2015). Las medidas cautelares personales (IV): prisión provisional, libertad provisional y otras medidas. Dins de V. Gimeno Sendra. *Derecho procesal penal*. (2ª edición). Navarra: Aranzadi.

Gutiérrez, P. (2004). *La Prisión Provisional*. Navarra: Aranzadi.

Illuminati, G. (1979). *La presunción de inocencia del imputado*.

Ramos, F. (2014). Las medidas cautelares: la prisión provisional. Dins de F. Ramos Méndez. *Enjuiciamiento Criminal*. (undécima edición). Barcelona: Atelier.

Rodríguez de Santiago, J. M<sup>a</sup> (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*. (p. 54). Madrid. Marcial Pons.

Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia: Tirant Monografías.

Vázquez Sotelo, J. L. (2002). *Presunción de inocencia del imputado* (pp. 301-302). Madrid: Editorial Bosch.

#### **10.4. Sentències**

STC 108/1984, de 26 de novembre, F. 3.

STC 128/1995, de 26 de juliol, F. 3 i 4.

STC 98/1997, de 20 de maig, F. 3.

STC 18/1999, de 22 de febrer, F. 2.

STC 47/2000, de 17 de febrer.

STC 147/2000, de 29 de maig, F.4.

STC 29/2001, de 29 de gener, F.3.

STC 62/2005, de 14 de març, F. 7.

STC 155/2009, de 25 de juny, F. 2.

STC 169/2011, de 16 de juny, F.6.

STC 201/2013, de 16 de desembre, F.2.

STC 217/2015, de 22 d'octubre.

STEDH Contrada contra Itàlia, de 24 d'agost de 1998.

SSTEDH de 10 de novembre de 1969, cas Stogmuller, ap 4; de 28 de març de 1990, cas B. contra Àustria, ap. 42; de 26 de juny de 1991, cas Letellier, ap. 35; de 27 de novembre de 1991, cas Kemmache, ap. 45; de 12 de desembre de 1991, cas Toth, ap. 67; de 12 de desembre de 1991, cas Clooth, ap. 36; de 26 de gener de 1993, cas W. contra Suïssa, ap. 30.

STEDH Kudla contra Polònia, de 26 d'octubre de 2000.

STEDH Mimhov conta Bulgària, de 31 de juliol de 2003 i la STEDH Goral contra Polònia, de 30 d'octubre de 2003.

### **10.5. Treballs, informes d'investigació i anuaris**

Anuari de dret penal i ciències penals. Larrauri, E. (1991). *Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español*.

Informe Anual 2016 del Defensor del Poble (2016). [Data de consulta: 10 d'abril de 2017] <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2016/>

Informe d'Investigació Asociación Pro Derechos Humanos de España (2015). *La práctica de la prisión provisional en España* [Data de consulta: 18 de febrer de 2017] [http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/INFORME\\_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf](http://www.apdhe.org/wp-content/uploads/2015/07/INFORME_LA-PRACTICA-DE-LA-PRISION-PROVISIONAL.pdf)

Informe General 2015 de la Secretaria General d'Institucions Penitenciàries (2015). [Data de consulta: 10 d'abril de 2017] <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/documentacion-y-publicaciones/publicaciones-descargables/publicaciones-periodicas-anuarios-y-revistas-/informe-general-de-instituciones-penitenciarias>

Rodríguez, L. *Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva*, AJA, núm. 451, 7 de septiembre de 2000, p. 3.

