

ACTUAL REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

SUMARIO.— A. Introducción : las medidas cautelares.— B. La prisión preventiva o prisión provisional: *Presupuestos. 1 Periculum in mora (requisito objetivo). 2 Fumus boni iuris (requisito subjetivo). *Clases. 1. Prisión provisional comunicada. 2. Prisión provisional incommunicada. 3. Prisión provisional atenuada. *Procedimiento para la adopción de la prisión provisional. 1. Juez competente 2. Audiencia previa. 3. Forma de auto y recursos. *Posibilidades de modificación de la prisión provisional. 1. Modificación en beneficio del reo. 2. Modificación en perjuicio del reo. *Duración de la prisión provisional. 1. Fundamentos de la limitación temporal. 2. Regulación legal. 3. Límites en concreto. 4 Suspensión. 5 . *Efecto del transcurso de los plazos. *Cómputo de la prisión provisional a efectos de cumplimiento de condena. *Indemnización por prisión provisional injusta. 1. Amparo constitucional. Art. 121. 2. Desarrollo legislativo. Título V del Libro III LOPJ. 2.1. *Supuestos de indemnización. 2.2. Procedimientos para obtener la indemnización. 2.3. Requisitos para obtener la indemnización.

A. INTRODUCCIÓN : LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Por medidas cautelares entendemos, en el ámbito del proceso penal, *«las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuen-*

cia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia¹»

Existen dos clases de medidas cautelares: **REALES**, que son «*aquellas que, mediante la limitación de la disponibilidad de ciertas cosas, pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase que pudiera contener la sentencia²*» (dentro de las cuales encuadramos la fianza y el embargo) y **PERSONALES**, que son aquellas por medio de las cuales se limita el derecho a la libertad del sujeto tratando de asegurar el desarrollo normal del proceso y la ejecución de la eventual pena privativa de libertad (dentro de las que se encuadran, de menor a mayor gravedad la citación cautelar, la detención, la libertad condicional y la prisión preventiva).

B. LA PRISIÓN PREVENTIVA O PRISIÓN PROVISIONAL

1. CONCEPTO

La prisión provisional es una medida cautelar de carácter personal que consiste en *privar de libertad a un sujeto sobre el que existen motivos bastantes para creerlo responsable criminalmente de un delito, durante el tiempo que dura la sustanciación de un proceso penal*

La Constitución Española contiene numerosas referencias a la libertad. El art. 17.1 dispone que «*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*». Puesto que este artículo se ubica en la Sección Primera, del Capítulo Segundo, del Título Primero de la Constitución denominado «*de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*», está protegido con medidas especialísimas de garantía. Además aparece también en el

1 GIMENO SENDRA: «Derecho Procesal. Proceso Penal.», Ed. Tirant lo blanch libros, 1993, p. 336.

2 ARAGONESES MARTÍNEZ: en DE LA OLIVA y otros: «Derecho Procesal Penal.» Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, S.A. 1995, p. 408.

Preámbulo de la Norma Fundamental como valor superior del ordenamiento jurídico, así como en los arts. 1.1 y 9.2 de la Constitución Española, en el último de los cuales se establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva, lo que aleja esta aspiración de una mera declaración de principios.

El art. 24 CE garantiza, de otro lado, el derecho a la presunción de inocencia; nadie puede ser declarado culpable si no es con los requisitos y garantías establecidos en las leyes, siguiendo el procedimiento legal previsto.

Por medio de la prisión provisional se está privando de libertad a un presunto delincuente para saber si merece realmente ser privado de ella. Con esta institución entran en colisión dos intereses que el Estado está obligado a salvaguardar, un interés individual (la libertad del art. 17 CE) y un interés público (la eficacia en la persecución de los delitos) y el Estado debe conjugar ambos intereses sin que ninguno de ellos se vea mermado con respecto al otro.

A este respecto, Londoño³ argumenta que *«la sociedad ofendida con la consumación de un delito, se torna intransigente con la situación del presunto culpable. Querrá para éste la mayor severidad en la aplicación de las medidas cautelares. Pero es indudable también que el infractor debe ser respetado al máximo en su libertad; esto es, no restringírsela sino en casos realmente necesarios. Este enfrentamiento entre los dos intereses, el público y el privado, el individual y el colectivo, ha sido siempre motivo de controversia en el pensamiento jurídico de los legisladores. Por ello, dentro de un auténtico Estado de derecho, en los regímenes democráticos con las más arraigadas concepciones liberales sobre las libertades humanas, la incoercibilidad del individuo, para el proceso penal, ha sido el principio más acogido. En cambio, en los gobiernos de fuerza, en los Estados autoritarios, en los Códigos de inconfundible tendencia inquisitiva, está más amenazada la libertad individual, son más precarios los derechos de la defensa, más restringidas las causas de excarcelación; aquí se sacrifican los intereses del individuo a su libertad, so pretexto de proteger a la sociedad golpeada por el delito».*

3 DE LA OLIVA: «Derecho Procesal Penal». Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, S.A. 1995, p. 369.

Los que defienden la necesidad de la prisión provisional alegan, de un lado, que los procedimientos judiciales no se desarrollan en el tiempo que sería deseable, sino que por lo general sufren un considerable retraso que perjudica notablemente su efectividad, y, de otro, que existe una obligación estatal de garantizar la eficacia del proceso penal. En cualquier caso, la prisión preventiva debe ser la excepción ante la regla general, ya que siempre debe estar limitada por el derecho a la libertad del art. 17 CE y por la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

Finalidad

Podemos clasificar las finalidades de la prisión provisional en cuatro grupos: a) *evitar la fuga del reo durante el proceso y tras la sentencia aún no firme*; b) *asegurar la instrucción y evitar la ocultación de pruebas*; c) *Impedir la reiteración delictiva*; d) *satisfacer las demandas sociales de seguridad*.

Las dos primeras son esgrimidas por la mayoría de la doctrina, la tercera y la cuarta, en cambio, no han alcanzado el mismo consenso. Se entiende que aquéllas aparecen perfectamente encuadradas dentro de la definición de medidas cautelares porque van encaminadas a asegurar la efectividad del proceso penal, tratan de evitar las posibles perturbaciones que puede ocasionar tanto la desaparición del presunto culpable como la negativa de éste a cumplir la eventual condena de privación de libertad.

Pero si aceptáramos que una de las finalidades de la institución es la de impedir la reiteración delictiva, estaríamos presumiendo que el sujeto es culpable del delito por el que se le está juzgando, en contra de lo que establece claramente la Constitución, es decir en contra de la presunción de inocencia, por tanto, no puede incluirse ésta entre las finalidades de la prisión provisional.

Si, por último, admitiéramos como función de la prisión provisional la de satisfacer las demandas sociales de seguridad, estaríamos, sin duda, presumiendo que el sometido a esta medida es el responsable del delito que se está investigando.

En conclusión, estimamos que no se puede incluir como fines de la prisión provisional los de anticipación de la pena, (ni con fines punitivos ni con fines ejemplarizantes), prevención especial, calmar la alarma social, y

protección del orden público. Ello no obstante, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los art. 503 y 504, los recoge de forma tácita cuando incluye, como presupuestos de adopción de esta medida, conceptos tales como los de «antecedentes penales», «alarma social», «frecuencia», etc.

No compartimos que estas dos últimas sean finalidades propias de la prisión provisional porque no son acordes con el concepto de medida cautelar y persiguen otros intereses. No es que estos intereses no deban ser tenidos en cuenta por las leyes, pero no nos parece que deban incluirse como «cautelares». Es justo que la ley proteja las exigencias de seguridad de los ciudadanos y que impida la reiteración delictiva, pero debe hacerlo con otros medios distintos a las medidas cautelares. Quizá, el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no distinga al denominar a este tipo de prisión con los adjetivos «provisional» y «preventiva», es una de las causas de la confusión. El legislador debería ser más preciso y evitar el término «preventiva» que tiene una más difícil justificación. La conclusión que extraemos es que, tal y como está configurada legalmente la prisión provisional, ésta no puede ser considerada «únicamente» como una medida cautelar y el problema está en determinar cuál es su verdadera naturaleza jurídica. Doctrinal y legalmente se encuadra dentro de las medidas cautelares, pero es evidente que sus fines van más allá de los de aquéllas.

Caracteres

La prisión provisional tiene tres rasgos que son propios de toda medida cautelar: la instrumentalidad, la provisionalidad y la jurisdiccionalidad.

1. instrumentalidad. La prisión provisional está siempre en función de un proceso y de la sentencia que en el futuro se dictará. Depende de él, porque se adopta cuando el juez aprecia motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito que está investigando, o enjuiciando, al imputado, o procesado y existe por él y sólo mientras dure éste, ya que una vez finalizado el mismo la medida cautelar debe desaparecer, transformándose en libertad, en prisión o en cualquier otra pena, según el resultado de la sentencia.

2. provisionalidad. La prisión provisional, como su propio nombre indica, nunca puede tener carácter de definitiva. Esta medida se adopta de forma temporal, para evitar perjuicios al proceso y como hemos señalado

depende del mismo. El legislador ha fijado unos límites a la prisión provisional que dependen de la extensión de la previsible pena a imponer por la futura sentencia. El art. 504 de la LECrim. establece, la extensión máxima de la medida, distinguiendo entre las penas de arresto mayor, prisión menor, y penas superiores a prisión menor (prisión mayor, reclusión menor y reclusión mayor⁴.) Los topes que fija este precepto van desde los tres meses del arresto mayor, hasta los dos años para penas superiores a prisión menor⁵. Si concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en estos plazos y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión podrá prolongarse hasta cuatro años.(Art. 504 párrafo cuarto de la LECrim.).

La infracción de los plazos previstos para la prisión provisional, fundamenta el oportuno recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁶, según establece el art. 53.2 CE para los derechos fundamentales y libertades públicas, dentro de los que se encuentra el derecho a la libertad (art. 17 CE).

3. *jurisdiccionalidad*. El fundamento de esta característica está en la indisponibilidad del derecho a la libertad, en la instrumentalidad de la

4 La ley orgánica 10/ 1995, de 23 de noviembre, aprueba un nuevo Código Penal en el que se modifica el sistema de penas que existe hasta este momento. En el nuevo código no aparecen las penas a que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Criminal por lo que habrá que acudir a la Disposición Transitoria Undécima del mismo :

«1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:

a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes.

b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.

c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.

d) La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.

e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.....».

En aplicación de la disposición final quinta de este Código Penal, el mismo entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado. Esta publicación tuvo lugar el 24 de noviembre de 1995. El 24 de mayo de 1996 se cumple este plazo.

5 Estos topes deberían modificarse ahora que el nuevo Código Penal ha modificado sustancialmente la duración máxima de las penas privativas de libertad.

6 STC 41/ 1982, de 2 de julio, y STEDH de 10 de noviembre de 1969 en el caso Stögmüller.

medida, y en el principio de exclusividad jurisdiccional del art. 117 CE .

De este modo, la prisión cautelar tan sólo puede ser adoptada por el órgano jurisdiccional competente que según el art. 502 será el juez de instrucción⁷.

**Exclusividad de la jurisdicción.* Según los arts. 25 y 117 CE serán los jueces y tribunales los encargados de imponer sanciones (o adoptar medidas) que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad. La Administración tiene prohibido realizar actos en este sentido⁸. En el caso de que la Autoridad administrativa haya iniciado un procedimiento, deberá interrumpirlo en el momento en que un juez entre a conocer del asunto por medio de un procedimiento penal ya que la Jurisdicción penal tiene en todo caso carácter preferente.

**Juez legal.* El art. 24 CE garantiza el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Este juez se determina conforme al art. 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

**Principio de legalidad.* En virtud de lo que señalan la Constitución y las leyes, la privación de libertad sólo está legitimada en dos supuestos: 1. cuando se impone una pena por medio de sentencia firme en un proceso penal y 2. cuando existen «motivos bastantes» para creer responsable criminalmente de un delito al sujeto de la medida. De esta forma se garantiza que no existirá arbitrariedad a la hora de limitar este derecho fundamental ya que sólo cuando se dé uno de estos dos supuestos, estará el Juez legitimado para decretar la prisión y si desoyese este principio se produciría un supuesto de detención ilegal.

2. REGULACIÓN LEGAL

La prisión provisional está regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el Capítulo III del Título VI del Libro II («de la Prisión Provisional»), que agrupa los arts. 502 a 519; estos preceptos se refieren a la judicialidad de la medida, requisitos, límites temporales, recursos, resoluciones para su adopción, formas, incomparecencia del procesado,

7 Más adelante precisaremos ampliamente esta cuestión.

8 Con la excepción del art. 17 CE que permite a la Administración realizar detenciones en algunos casos.

requisitorias, y formación de pieza separada. El Capítulo IV del mismo Título se refiere al tratamiento de los detenidos o presos, y el Título VII del Libro II a la «libertad provisional del procesado».

La redacción primitiva de la LECrim. de 1882 ha sido reformada en diferentes ocasiones. El cambio político que tuvo lugar en nuestro país con la promulgación de la Constitución de 1978 influyó en la regulación de la institución aunque el legislador actuó de un modo un tanto apresurado, como lo demuestra el hecho de que en solo cuatro años se realizaron tres modificaciones de los mismos preceptos. Estas reformas se introdujeron por a) ***Ley de 22 de abril de 1980**; b) ***Ley orgánica 7/ 1983 de 23 de abril**; c) ***Ley 10/ 1984 de 26 de diciembre**; d) ***Ley orgánica 4/ 1988 de 25 de mayo** y e) **Ley Orgánica 5/ 1995 de 22 de mayo del Tribunal del Jurado**, reformada por la **Ley Orgánica 8/ 1995, de 16 de noviembre**, que introducen la última modificación a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en este tema. Respecto a esta última modificación, las novedades aparecen en la Disposición final Segunda, números 5, 6, y 7 de la citada ley; se incorpora el art. 504 bis 2º, —que introducen la nueva fase de la *audiencia o comparecencia previa*—; se deja sin contenido el art. 516 que establecía la necesidad de ratificar el auto de prisión provisional¹⁰ y se modifica la redacción del art. 539¹¹ para hacer referencia a la necesidad de instancia de parte cada vez que se quiera alterar las medidas cautelares en perjuicio del imputado.

*La primera crítica que podemos hacer a esta última reforma es el medio que se ha utilizado para introducirla por medio de la disposición final de la ley del Jurado. Nos parece un error de técnica legislativa que perjudica a la publicidad de la reforma. Una disposición final debe utilizarse para modifi-

9 El art. 504 bis fue declarado inconstitucional por la STC 71/ 1994, de 3 de marzo. El legislador debería haberlo tenido en cuenta para numerar el nuevo artículo como art. 504 bis.

10 El art. 517 no ha sido modificado; este art. hace referencia al «auto de ratificación» previsto en el art. 516 que ahora se ha derogado. Esta norma queda, por tanto, en contradicción con el articulado. El legislador, una vez más, debería haber sido diligente a la hora de introducir modificaciones.

11 Ha sido el Tribunal Constitucional el que ha motivado esta nueva redacción del artículo, con su doctrina de una mayor introducción en la fase de instrucción penal del denominado principio acusatorio. SSTC 127/ 1984, de 26 de diciembre; 32/ 1987, de 12 de marzo; 34/ 1987, de 12 de marzo; 88/ 1988, de 9 de mayo; 106/ 1989, de 8 de junio; y 8/ 1990, de 18 de enero; entre otras.

car otras leyes *sólo cuando éstas estén en relación con las innovaciones de la ley que las contiene*, es decir, las disposiciones finales de la LOTJ, deberían limitarse a modificar lo que en otras leyes viniera a contradecir lo que se establece en la nueva ley. En este caso se ha aprovechado las disposiciones finales para modificar la prisión provisional no tiene relación *directa* con la institución del jurado. Podría parecer que el legislador abriga intenciones poco claras, como si quisiera que la reforma pasara desapercibida y, desde luego, planea la sospecha de que han sido acontecimientos muy concretos los que han provocado la utilización de esta técnica legislativa.

Más adelante nos ocuparemos en extenso del procedimiento para decretar el auto de prisión; ahora sólo apuntaremos que con la introducción de la comparecencia se elimina la posibilidad que tenía el juez de acordar de oficio la medida que considerara más adecuada. Con la nueva regulación será necesario que exista una previa petición de parte para que el juez dicte auto de prisión provisional. Esta petición no vincula al juez ya que será éste quién, en última instancia, decidirá sobre su adopción. En consecuencia, podrá decretar una medida más beneficiosa que la solicitada, pero no una más perjudicial. El problema fundamental que encontramos es que ha sido el Juez, y no el Fiscal ni las partes acusadoras, quien ha llevado a cabo la instrucción del proceso, y por tanto, el que tendrá una visión más completa de los hechos. Es el más preparado para decidir si procede, o no, la prisión provisional.

Además de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, existen otras normas que inciden en la regulación de la prisión provisional: el Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre¹², la Ley de 10 de

12 De nuevo haremos una precisión importante. La Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia al código que estaba en vigor en 1882; con las sucesivas reformas de este, aquella ha tenido que ir actualizándose. El 24 de mayo de 1996 entra en vigor el código de 1995, por lo que todas las referencias que hace la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las penas, deben entenderse hechas a las previstas en este código. Es fundamental la Disposición Transitoria Undécima, en la que se establece un cuadro de equivalencias para adaptar las penas del código anterior a la nueva legislación. El resultado que esto provoca es que, desde la entrada en vigor de este nuevo código, la medida de prisión provisional va a poderse imponer a los imputados por delitos a los que corresponda una pena de arresto de siete a quince fines de semana (que es la que se sustituye por la pena de Arresto Mayor).

Además la medida, con la ley en la mano, se podrá extender, en ese caso, hasta los tres meses de duración que establece el art. 504.4 LECr. Estas cuestiones por el interés que suscitan serán tratadas más adelante en este trabajo.

septiembre de 1931¹³, los arts. 225 a 229 de la LO 2/1989 de 13 de abril, Procesal Militar¹⁴ y por último, aunque carece de valor normativo, la Circular 2/1995, de la Fiscalía General del Estado sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

3. PRESUPUESTOS

Para que el juez decreta la prisión provisional, es necesario que concurren dos presupuestos o requisitos:

a) Periculum in mora. (Requisito objetivo)

Se trata de minorar el riesgo de fuga que surge como consecuencia del retraso en el desarrollo del proceso. La primera pregunta que nos planteamos es cuándo existe ese riesgo de fuga. A esta cuestión el legislador ha contestado estableciendo unas presunciones legales. Así, se «presume» que el imputado tendrá mayores «TENTACIONES» para huir cuando: A.* la pena prevista para el delito tenga una duración de más de seis años; B.* la forma en que se haya cometido el hecho implique la especial peligrosidad de su autor; C.* el imputado haya dejado de comparecer en otros procesos anteriores y D.* el imputado tenga antecedentes penales.

A. Se presume que existe riesgo de fuga cuando la pena es de larga duración, puesto que cuando una persona se enfrenta a la posibilidad de ser condenado a privación de libertad por un tiempo elevado, las máximas de la experiencia nos dicen que aumentan las posibilidades de que intente huir de la acción de la justicia). (*art. 503 y 504 LECr*)¹⁵.

1. Si la pena es superior a Prisión menor la regla general establece que el juez decretará prisión provisional. No obstante, existen excep-

13 Esta ley se toma como referencia para interpretar el concepto de prisión provisional atenuada.

14 Donde se regula detalladamente la prisión provisional atenuada.

15 Tenemos que hacer una matización importante; desde la entrada en vigor del nuevo Código penal, 24 de mayo de 1996, el sistema de penas se ve modificado en nuestro ordenamiento jurídico; ya únicamente existe la pena de prisión . (ver nota 9).

ciones y el Juez *podrá*¹⁶decretar libertad provisional¹⁷ cuando se den *todas*¹⁸ las circunstancias siguientes: a) que el inculpado carezca de antecedentes penales o éstos deban considerarse cancelados; b) que se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia; c) que el delito no haya producido alarma y d) que el delito no sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el juez o tribunal que conociere de la causa ejerciere su jurisdicción.

2. Si la pena es de Prisión menor o inferior se establece una regla general que dispone que el juez decretará libertad provisional. También en este supuesto se preven excepciones y el juez *podrá* decretar prisión provisional si la considera necesaria atendiendo a *alguna*¹⁹ de las circunstancias siguientes: a) los antecedentes del imputado; b) las circunstancias del hecho; c) la alarma social que su comisión haya producido o d) la frecuencia con la que se cometan hechos análogos²⁰.

16 Es una facultad del juez que en este caso actuará según su arbitrio, no está obligado a decretar la prisión provisional, el legislador ha establecido sólo esa posibilidad. Será igual de válida la decisión en cualquiera de los casos, a) que decrete prisión, b) que decrete libertad.

17 Esta libertad deberá decretarse siempre con FIANZA.

18 El legislador exige que se den TODAS, utiliza oraciones copulativas unidas por nexos como: «y», «y además», «ni». Esto significa que deberán darse todas las circunstancias para que el juez pueda contravenir la regla general de la prisión provisional, decretando la libertad provisional con fianza. Es una forma de limitar los supuestos en que se producirá la excepción. El legislador con la reforma de 1984 endureció la medida, estableció menos posibilidades de eludirla. Sólo en el supuesto de que se dieran todas las circunstancias podría el juez plantearse la posibilidad de decretar libertad provisional.

19 En este caso el legislador alude a ALGUNA, utiliza oraciones disyuntivas unidas por el nexo «o», lo que significa que bastará con que se dé una de las circunstancias que ahí se enumeran para que el juez pueda decretar la excepción, es decir, la prisión provisional. Este es un modo de facilitar que el juez acuerde la prisión provisional. Como se ve, el legislador plasma claramente su ideología en estos artículos, demostrando que es fiel partidario de la imposición de la prisión provisional en la mayoría de los casos. Todo esto viene de la reforma de 1984, en la que se produjo un endurecimiento de la institución como consecuencia de la inseguridad ciudadana que había producido la reforma de 1983. Se pone ahora en manos del juez la responsabilidad de garantizar el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos. En contraposición, se pone en peligro el derecho a la libertad individual y, como sabemos, la responsabilidad de que este derecho sea respetado está también en manos de todos los jueces.

20 En este caso el legislador habla de la frecuencia en abstracto, sin alusiones a un lugar determinado. Nótese que en el supuesto anterior hablaba de «frecuencia en el territorio

3. Si se solicita cualquier tipo de pena, con independencia de su duración²¹, lo único que exige el legislador es que el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez o tribunal o cada vez que éste lo considere necesario²². Este tercer supuesto plantea un problema porque de la dicción literal del art. 504, en relación con el art. 503, resulta que el juez deberá decretar prisión provisional por riesgo de fuga en los casos de incomparecencia en que el delito esté castigado con cualquier tipo de pena —sea o no de privación de libertad—. Si se produce el hecho de la incomparecencia injustificada del sujeto, el juez, con independencia de otras consideraciones, está obligado a decretar la prisión provisional sin tener en cuenta la futura pena a imponer. Se plantea el caso de que el inculpado por un delito menor (como un delito de injurias) podría ingresar en prisión «simplemente» por no comparecer a la citación del órgano jurisdiccional produciéndose más adelante una situación paradójica porque el art. 504 fija los límites temporales de la prisión provisional y entre los supuestos a los que hace referencia no se encuentran los delitos castigados con pena que no sea de privación de libertad (por ejemplo el delito de injurias). ¿Quiere esto decir que no existe límite temporal a la medida de prisión provisional cuando ésta se ha impuesto por un delito no sancionado con pena de privación de libertad? ¿Puede durar en este caso la prisión provisional indefinidamente? Realmente no nos parece que ésta pueda ser la voluntad del legislador; máxime cuando estas penas, que no privan de libertad al sujeto, suponen una gravosidad menor para el inculpado, ¿cómo va a ser más gravosa la medida cautelar que la futura pena a

donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción. Es otra forma de demostrar la predilección del legislador por la prisión provisional

21 En este supuesto el legislador no da al juez la posibilidad de eludir la prisión provisional, sino que este debe decretarla sin posibilidades de decidir otra cosa. (No obstante hay que tener en cuenta el nuevo art. 504 bis 2, en el que se exige la petición de parte para decretar la prisión provisional). El legislador lo dice con estas palabras: «Procederála prisión provisional cuando.....el inculpado no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del Juez o Tribunal o cada vez que este lo considere necesario.» (art. 504.1).

22 Entendemos que en este caso no es necesario que el juez presuma el riesgo de fuga, el inculpado está demostrando que no va a colaborar con la justicia; por tanto, es legítimo que se adopte la medida cautelar, que va a garantizar la presencia del inculpado durante la sustanciación del procedimiento.

imponer? Obviamente, no tiene sentido. Para solucionar la interpretación de estos artículos hay que apartarse de su interpretación estrictamente literal. En este caso deberemos aplicar el principio de *proporcionalidad* entre la medida cautelar y la futura pena a imponer, criterio que el Tribunal Constitucional exige en la adopción de todas las medidas cautelares. En este sentido se pronuncia la sentencia de 26 de noviembre de 1984: «*En definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad, acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida «desproporcionada» o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso*». Aunque de la interpretación estrictamente literal se llegue a la consecuencia de que se ingresará en prisión al inculcado, simplemente por no comparecer (por un delito menor, como el de injurias), tenemos que corregirla haciendo uso del principio jurisprudencial de «*proporcionalidad*» puesto que el derecho no puede quedar fuera de la lógica y habrá que suplir las posibles situaciones «irracionales» con otros criterios interpretativos (teleológico, histórico, jurisprudencial, etc.....).

En relación con estos criterios, argumenta Barona Vilar²³ que «*el principio de proporcionalidad debe ser el pilar fundamental y punto de apoyo de la prisión provisional en todo Estado de Derecho, por cuanto no cabe hablar de aplicación matemática de la normativa referente en materia de prisión provisional. Se ha de hablar en todo momento de proporcionalidad entre la prisión que sufre el imputado aún no condenado por sentencia y el hecho delictivo con caracteres de delito del que presuntamente se le considera culpable. En nuestro derecho positivo no existe una disposición expresa sobre el principio de proporcionalidad, pero a lo largo del articulado de nuestra ley procesal referente a la prisión provisional y a la libertad provisional puede deducirse que el legislador ha tenido en todo momento presente la necesidad de tomar en consideración el principio de proporcionalidad a la hora de determinar si procede o no decretar la prisión provisional y las restantes medidas cautelares*».

23 «El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional», BARONA VILAR, S.: La Ley, 1987 n° 4, p. 849.

*Otra cuestión que también suscita polémica es determinar a qué pena se está refiriendo el legislador porque no queda claro en la ley si hay que considerar la pena prevista para el delito en sentido abstracto o si para cada caso debemos matizar la pena que se debería imponer en concreto. La doctrina presenta planteamientos contrapuestos; por una parte se ve una clara alusión a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en la referencia legal a las «circunstancias del hecho»; por otra, en cambio, se afirma que si el juez tiene que atender a todas estas circunstancias en la fase de sumario, se producirá una consecuencia indeseada que es el adelanto del enjuiciamiento de aspectos puramente fácticos que necesitan ser probados. De un lado, el juez debe esperar a la fase del contradictorio para escuchar las alegaciones de las dos partes, puesto que en el proceso penal rige el principio de contradicción, de otro, el juez no tiene datos suficientes como para valorar estas circunstancias en una fase tan inicial del proceso y por consiguiente, la mayoría de la doctrina²⁴ aboga por que la pena deba considerarse «in abstracto» salvo que alguna circunstancia modificativa se ponga claramente de manifiesto en un principio, en cuyo caso ésta sí debe ser tenida en cuenta por el juez.

B. Se presume riesgo de fuga cuando existen determinadas «Circunstancias del hecho»

Para que el juez valore las posibilidades de incomparecencia del imputado, la ley dispone que tenga en cuenta las circunstancias en que han ocurrido los hechos constitutivos del delito. Asencio Mellado²⁵ considera que con esta alusión el legislador está facultando ampliamente al juez para que actúe con absoluta arbitrariedad.

Hay que distinguir estas circunstancias de otras alusiones legales con las que existen similitudes pero que no se están refiriendo al modo de perpetración del delito, sino más bien a los efectos que el mismo ha producido en la sociedad como alarma social, frecuencia, antecedentes penales o gravedad del delito. Estos conceptos hacen alusión a cuestiones distintas y su finalidad no es cautelar sino, más bien, de prevención social.

24 ASECIO MELLADO: «La prisión provisional», Civitas, Madrid 1987.

25 ASECIO MELLADO: «La prisión provisional», Civitas, Madrid 1987.

*C. Se presume riesgo de fuga por la «Incomparecencia del inculpa-
do»*

A esta incomparecencia hace referencia expresa el art. 504.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y es suficiente para presumir que el inculpa- do se ha dado a la fuga, aunque también pudiera ser consecuencia del ánimo del sujeto de no colaborar con la Justicia. En cualquiera de los dos casos el resultado es que interrumpe y dificulta la marcha del procedimiento de modo que es causa suficiente para que el juez decrete la prisión provisional si se cumplen unos determinados requisitos: 1* que concurren la primera y tercera circunstancias del art. 503²⁶; 2* que se produzca de hecho la incomparecencia; 3* que no exista motivo legítimo (se entiende como legítimo cualquier motivo que ponga de manifiesto que la incomparecencia se ha producido contra la voluntad del sujeto como estar trabajando, estar hospitalizado, tener familiares enfermos... siempre que se ponga en conocimiento del juez dentro de un plazo razonable); 4* que exista llamamiento judicial del juez o tribunal que conoce de la causa (debe ser un órgano jurisdiccional) y 5* que se expida una citación personal (el llamamiento debe ser notificado personalmente al sujeto pasivo del mismo por el órgano competente).

*D. Se presume riesgo de fuga por los «Antecedentes penales» del
inculpa- do*

Los art. 503.2 y 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refieren a los antecedentes del inculpa- do que en el primer caso se tienen en cuenta para agravar cuando concurren y en el segundo para atenuar cuando faltan. Deben ser considerados para valorar la posibilidad de fuga del sujeto aun- que también se tendrá en cuenta la reincidencia internacional y los casos en que se haya declarado en rebeldía al imputado. Sólo deben considerarse con finalidad cautelar, no como medio punitivo ni como medida de seguridad.

El art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé el supuesto de existencia de antecedentes penales que por sí solos permiten que se decrete

²⁶ Existencia de un delito y motivos bastantes para creer al sujeto responsable criminal- mente.

prisión provisional en un supuesto castigado con pena de prisión menor o inferior, en consecuencia, si esta circunstancia se modifica, es decir, si se produce la cancelación de los antecedentes, el juez deberá modificar la medida y decretar libertad provisional con o sin fianza.

El art. 504.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el supuesto de inexistencia o cancelación legal de antecedentes penales. Necesitan de los demás requisitos del art. 504.2 para que no se decrete prisión provisional en un supuesto castigado con pena superior a prisión mayor²⁷.

b) *FUMUS BONI IURIS*. (Requisito subjetivo) que consiste, en el proceso penal, en un «juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena»²⁸. No significa esto que deba existir una certeza absoluta en la mente del juez, aunque sí, al menos, una fuerte probabilidad. Este segundo presupuesto se divide, a su vez, en dos aspectos: a) necesidad de que exista una imputación por delito, y por tanto se excluyen las faltas y; b) exigencia de *motivos bastantes* para creer responsable criminalmente del delito a una persona determinada.

a) *Se necesita que exista una «IMPUTACIÓN POR DELITO»*. Lo que significa que no se tendrán en cuenta los casos de imputación por faltas. El art. 503.1ª, establece que, entre las circunstancias que serán necesarias para decretar la prisión provisional, está la de «que conste en la causa la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito» y esta exigencia implica, en primer lugar, que el hecho que motiva la prisión debe ser *previo* a la adopción de la medida por tanto el juez no puede ampararse en la existencia de indicios que anuncien la posibilidad futura de la perpetración de un hecho delictivo ya que en este caso nos encontraríamos ante una medida de seguridad pero nunca ante una medida cautelar y la prisión provisional, como medida cautelar que es, está prevista para asegurar el desarrollo del proceso, pero no para evitar que se produzcan hechos delictivos. En segundo lugar, lo que este artículo establece es que el hecho en cuya existencia se basa la medida cautelar debe reunir los requisitos

27 Inexistencia de riesgo de fuga, de alarma social, y de frecuencia en el territorio del juez o tribunal.

28 ORTELLS RAMOS: Para una sistematización de las medidas cautelares», RGLJ; mayo de 1978, p. 472.

necesarios para ser considerado «delito», es decir, que exista una: ACCIÓN, TÍPICA, ANTIJURÍDICA, CULPABLE y PUNIBLE.

b) La referencia a «*MOTIVOS BASTANTES*» implica que *debe creerse que el sujeto es «RESPONSABLE CRIMINALMENTE» del delito, esta expresión es una llamada a la prueba, a la concurrencia de datos objetivos y casi concluyentes sobre la culpabilidad de un individuo. El juez o tribunal que adopte la medida, previamente ha de efectuar una valoración del elemento probatorio, según su conciencia, al modo previsto en el art. 741 de la LECr. Así ha de interpretar la exigencia legal de motivos bastantes no equiparable a sospechas o probabilidades.*

La presentación de denuncia o querrela no obliga sin más al juez a decretar la prisión, pues en ellas sólo se puede contener la solicitud de que se decrete la medida, que el juez puede adoptar o no y tampoco es suficiente la sola «*declaración*» del sujeto activo del delito o del sujeto pasivo.

A pesar de las discrepancias doctrinales sostenidas en el asunto, la realidad es que no es preciso que el auto de procesamiento preceda al de prisión, pues puede decretarse ésta durante la fase de instrucción sumarial antes de que se formalice la imputación del delito mediante el auto de procesamiento.

Los motivos han de valorarse al tiempo en que se decreta la prisión, aunque no se exige una prueba plena de la responsabilidad del inculcado, ya que ésta corresponde estimarla al tribunal que dicte la sentencia.

B. Responsable criminalmente: Además de establecer que una persona ha participado activamente en un delito, hay que determinar también que es responsable criminalmente del mismo. Así ante el menor de edad penal, la prisión preventiva será improcedente ya cuando se constate ésta, desde el inicio del proceso y en cuanto a las demás circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, en numerosas ocasiones habrá que esperar a la sentencia para determinar su concurrencia, pero nada obsta a que se valoren a la hora de decretar la prisión, por otra parte, no podemos olvidar que como responsables criminalmente del delito se incluyen todos los que hayan participado en el mismo en concepto de autores, cómplices o encubridores.

4. CLASES

a) **PRISIÓN PROVISIONAL COMUNICADA.** Es el régimen general que se aplica a falta de los presupuestos que permiten acudir a las normas

previstas para los otros dos y se define por exclusión. Cuando no se pueda acudir a otro régimen habrá que ir al general que consiste en el reconocimiento al preso de una serie de derechos que tienen que ser respetados en cualquier caso, permitiendo que la situación de privación de libertad le perjudique lo menos posible. Estos derechos son: 1º. a designar abogado y a solicitar su presencia en las diligencias policiales y judiciales de declaración o de reconocimiento de identidad (art. 17.3 CE; art. 520.2 c. LECr), que es irrenunciable, 2º. a que se ponga en conocimiento de un familiar u otra persona, el hecho de la detención y el lugar de la misma, además si el privado de libertad es extranjero, esta comunicación se entenderá con el Consulado de su país y si es menor de edad los órganos públicos deberán realizarla de oficio. 3º. a ser asistido gratuitamente por un intérprete cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano, aunque hay que incluir al español que se hallare en ese mismo caso²⁹, 4º. a ser reconocido por el médico forense, por su sustituto legal o, en su caso, por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones Públicas, además, es deber de su abogado requerir ese reconocimiento.

Para que los anteriores derechos puedan ser efectivamente ejercitados y para que sea pleno el derecho de defensa en los actos de investigación que se realicen en ese estado de privación de libertad, se establecen otros derechos como el derecho a la información con un doble alcance: a) de que le corresponden los derechos que han sido expuestos y b) de los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad; así como del derecho a guardar silencio, no declarando si no quiere, a no contestar a una o algunas de las preguntas, a declarar sólo ante el juez, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

La falta de respeto a estos derechos puede dar lugar a que no deba reconocerse el valor probatorio a los actos de investigación realizados, y provee de fundamento a una pretensión de habeas corpus³⁰. Este régimen se caracteriza por la amplitud de comunicaciones y visitas del preso con el exterior a diferencia de lo que ocurre en el caso de prisión provisional incomunicada. El Capítulo IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge la mayoría de los derechos que favorecen a los preventivos en régimen de prisión comunicada. (Artículos 520 a 526).

29 STC 47/ 1987 de 25 de mayo.

30 Art. 1 b), de la LO 6/ 1984 de 24 de mayo.

b) *PRISIÓN PROVISIONAL INCOMUNICADA*. Se encuentra regulada en los artículos 506 a 511 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la forma más gravosa de prisión provisional ya que limita al preso, por tiempo determinado, el ejercicio de algunos derechos fundamentales. La justificación de esta mayor restricción hay que buscarla en que existen riesgos evidentes para el desarrollo normal del proceso que recomiendan la adopción de este tipo de precauciones. En general, se traduce en una limitación de las posibilidades del preso de comunicarse con el exterior tratando de evitar la confabulación del preventivo con personas que podrían alterar las pruebas en perjuicio de la investigación sumarial.

Debe ser acordada por el juez mediante auto motivado, aunque al preso solamente se le comunicará la parte dispositiva del mismo.

El art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma fundamental en este supuesto, establece que *el preso mientras se halle incomunicado no podrá gozar de los derechos previstos en general para los demás presos preventivos* que se establecen en el capítulo IV con excepción de los elementales recogidos en el art. 520. No obstante, hay que hacer algunas matizaciones porque su abogado será designado de oficio, no tiene derecho a que se ponga en conocimiento de un familiar o persona que desee el hecho de la detención ni el lugar de custodia en que se halle en cada momento y no tiene derecho a entrevistarse reservadamente con su abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido; tampoco podrá disfrutar del resto de derechos

El incomunicado podrá estar presente en la práctica de las pruebas si el juez lo estima conveniente y en cualquier caso es el juez quien decide lo que puede y no puede hacer el preventivo (autoriza los libros que puede leer, los utensilios de escritura de que puede disponer, las cartas que puede enviar...).

La ley «parece» establecer un plazo máximo de incomunicación de cinco días aunque este plazo se puede superar en circunstancias excepcionales cuando el juez lo considere oportuno; en este sentido obsérvese que el art. 506 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal es una norma poco específica, («la incomunicación ... sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso... sin que por regla general deba durar más de cinco días.») ¿a qué se refiere el legislador? ¿quién va a controlar que la incomunicación dure lo absolutamente preciso? ¿de qué depende esta necesidad?. Cuando dice que

por regla general no debe durar más de cinco días, ¿cuáles son las excepciones? Creemos que la ley debería ser más precisa en estos aspectos ya que si no existe una norma delimitadora que legitime el tiempo que se puede incomunicar a un sujeto, ¿cómo vamos a controlar los abusos? Aunque es posible una segunda incomunicación no queda muy claro el plazo máximo que debe durar la misma, ya que el art. 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que *nunca* excederá de tres días y a continuación rectifica y establece una excepción a ese «nunca» señalando que la incomunicación podrá durar el tiempo prudencialmente preciso para evitar la confabulación. Nos preguntamos cuánto es el tiempo «*prudencialmente*» preciso, porque parece que el legislador ha dejado la puerta excesivamente abierta en un tema tan delicado y sería necesaria la aclaración de numerosos preceptos .

c) *PRISIÓN PROVISIONAL ATENUADA*. Esta modalidad presenta una escasa regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de hecho, la jurisprudencia acude a otras leyes de dudosa vigencia para completar las lagunas que existen en torno a esta figura. Como definición de este tipo de prisión diremos que consiste en *la permanencia del imputado en situación de arresto domiciliario, con la posibilidad de poder desempeñar, si se le autoriza a ello, un trabajo profesional fuera de su domicilio*³¹.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo encontramos el art. 505.2, que establece que «*Los jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave peligro para su salud*».

La ley no precisa lo que debe entenderse por prisión provisional atenuada pero la doctrina y la Jurisprudencia están de acuerdo en acudir a la antigua redacción del art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal proveniente de la Ley de 10 de septiembre de 1931, según la cual, «*la atenuación de la prisión preventiva consistirá en el arresto en el propio domicilio, con la vigilancia que se considere necesaria y en la posibilidad de que los sujetos a prisión preventiva atenuada salgan de su domicilio durante las horas necesarias para la prestación de sus servicios o ejercicio de su profesión, siempre con la vigilancia que se estime necesaria para los fines de seguridad del encartado*». Aplicando esta definición llegamos a

31 ASENCIO MELLADO: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

una situación paradójica, puesto que si sólo se permite este tipo de prisión cuando el inculpado sufra una enfermedad que se vea agravada por el internamiento, no se entiende que se le permita abandonar su domicilio para ir a trabajar, creemos que si el sujeto está enfermo, lo procedente sería que guardara reposo.

5. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

El juez competente para decretar la prisión provisional será aquel que esté conociendo de la causa en el mismo momento en que deba decretarse aquélla. Lo más usual será que esta medida cautelar se imponga mientras se está desarrollando la fase de sumario, y para este caso sólo podrá decretarla el juez de instrucción aunque nada obsta para que sea un juez decisor el que forme las primeras diligencias, en cuyo caso éste será el autorizado para imponer la prisión. Centrándonos en el primer supuesto señalamos que si el juez de instrucción no ejerce sus funciones y lo viene a sustituir otro en virtud de comisión o interinaje, éste estará encargado de adoptar la medida³². El juez es, en todo momento, quien debe tomar las decisiones que atañen al inculpado sometido a la prisión y cuando el preso preventivo pasa a una situación de incomunicación, hace falta que el juez la autorice y establezca el modo concreto en que haya de llevarse a cabo.

La Disposición Final segunda, números 5, 6 y 7, de la LO 5/1995 de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, reformada por la LO 8/1995 de 16 de noviembre regula el nuevo art. 504 bis 2³³, elimina el art. 516, y modifica la redacción del art. 539, todos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introduciendo novedades importantes de carácter procesal, la Fiscalía General del Estado, por su parte, ha aprobado una Circular³⁴ en la que se aclaran los problemas de interpretación que pudieran surgir a la hora de aplicar las nuevas normas, aunque ésta sólo es vinculante para los miembros del Ministerio Fiscal. Esta reforma ha supuesto una importante novedad en el

32 Art. 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

33 Como ya señalábamos en otro lugar, el art. 504 bis ha sido declarado inconstitucional por STC 71/ 1994, de 3 de marzo, lo que significa que el legislador que ha introducido esta reforma debía haberla numerado como art. 504 bis.

34 Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.

procedimiento establecido para la prisión provisional ya que, hasta ahora, la medida podía decretarse de oficio o a instancia de parte. El nuevo art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la necesidad de celebrar una comparecencia previa, a la que deben asistir obligatoriamente el Ministerio Fiscal, el inculpado y su abogado, el procedimiento se desarrolla en distintas fases:

1* Una vez que es puesto el detenido a disposición del juez, éste puede entender, a) que no concurren los requisitos legales para decretar la prisión o libertad provisionales, en cuyo caso decretará su libertad provisional sin fianza, b) que es conveniente adoptar alguna de aquellas medidas, en este caso, tiene la obligación de convocar una audiencia en el plazo de setenta y dos horas.

2* A esta audiencia debe citar al Ministerio Fiscal, a las demás partes personadas y al imputado, que deberá estar asistido de Letrado por él elegido o designado de oficio.

3* Las partes podrán proponer los medios de prueba que se puedan practicar en el acto o en las veinticuatro horas siguientes, siempre que no se supere el plazo de setenta y dos horas previsto.

4* Una vez realizadas las alegaciones de las partes puede ocurrir: a) que nadie solicite la prisión ni la libertad provisionales, en cuyo caso el juez no tendrá más remedio que acordar la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del imputado; b) que alguna de estas partes solicite la prisión o libertad provisionales, entonces el juez *podrá* decidir lo que crea más conveniente, el juez no está vinculado por esta solicitud, aunque necesita de ella para imponer las medidas es, precisamente, la gran novedad introducida en 1995.

La ley prevé la posibilidad de que la audiencia no pueda celebrarse en las setenta y dos horas prescritas, facultando al juez para que, de modo provisional, acuerde de oficio la prisión o libertad provisionales, siempre y cuando concurriesen los presupuestos y estimase riesgo de fuga, pero deberá convocar la audiencia en las setenta y dos horas siguientes.

El juez deberá acordar estas medidas por medio de auto en el que justifique suficientemente las causas que le han llevado a adoptarlas y en caso de inexistencia o insuficiencia de motivación es posible plantear un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien ha expresado la necesidad de la misma para las resoluciones de esta

clase³⁵ estableciendo que «Contra las resoluciones que se dicten sobre la procedencia o no de la libertad provisional, cabrá solo recurso de apelación ante la Audiencia Provincial»³⁶. Esta disposición ha sido criticada por S. Aragoneses Martínez³⁷ argumentando, por una parte, que la Audiencia Provincial no es el superior jerárquico de todos los órganos jurisdiccionales lo que determinará en algunos casos que sea otro órgano quien deba conocer de la apelación y por otra que, este artículo se contradice con lo que dispone el art. 501 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite el recurso de reposición. La apelación sólo se admitirá en el efecto devolutivo y su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el Título X del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según dispone el art. 518 de la misma.

Si el juez acordara la prisión, habrá de expedir dos mandamientos: uno dirigido al auxiliar del juzgado o al funcionario de Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al Director del establecimiento que deba recibir al preso. En el mandamiento se consignará literalmente el auto de prisión, la identificación del encausado, el delito que haya dado lugar al procedimiento, si se procede de oficio o a instancia de parte y si la prisión ha de ser o no comunicada³⁸. En el supuesto de que el inculpado no fuera habido en su domicilio y se ignorase su paradero, se expedirá requisitoria en los términos previstos en los arts. 512 a 515 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

6. POSIBILIDADES DE MODIFICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La institución de la prisión provisional está sometida a la regla «*rebus sic stantibus*», por tanto, la misma se mantendrá mientras que las circunstancias que aconsejaron su adopción continúen estando vigentes. Cualquier modificación significativa del supuesto de hecho debe implicar, necesariamente, el cambio de la consecuencia jurídica y es que al ser una medida que se decreta de modo urgente, es fácil que aparezcan posteriormente pruebas que la hagan inadecuada. Así, con esta previsión, se contrarrestan los inconvenientes de una actuación procesal que ha resultado «algo apresurada».

35 STC 128/1995, de 26 de julio.

36 Último párrafo del art. 504 bis 2.

37 DE LA OLIVA y otros: «Derecho Procesal Penal.» Colección Ceura, Centro de estudios Ramón Areces, S.A. 1995, p. 408.

38 Vid art. 505 LECr.

El juez ha tenido que actuar en un plazo máximo de setenta y dos horas y es lógico que se le permita rectificar su criterio. La instrucción sumarial, normalmente, consigue que el juzgador tenga una visión más realista de los hechos que sucedieron y por esto consideramos coherente que se permita la modificación de la medida. En este punto nos preguntamos quién está legitimado para instarla. ¿Podrá el juez modificar la medida de oficio o necesitará la instancia de parte? ¿Hay alguna diferencia entre que la modificación sea en beneficio o que sea en perjuicio del reo?

a) *MODIFICACIÓN EN BENEFICIO DEL REO*. Sabemos que para que el juez o tribunal acuerden la prisión provisional es necesario que concurren una serie de requisitos, y por eso si éstos se modifican, entendemos que la medida pierde su legitimidad. Desde la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal introducida por LO 5/1995 del Tribunal del Jurado y alterada por la LO 8/1995, es necesaria la instancia de parte para que el juzgador pueda decretar la prisión cautelar. En consecuencia, nos planteamos la cuestión de que si el que instó la medida (el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras) considerara que ya no procede la misma, puede solicitar su cesación al juez y en caso de que pudiera si estaría vinculado el juez por esta solicitud. Pues bien, si la instancia de parte era un requisito imprescindible para decretar la prisión provisional, parece lógico que si esa parte que la instó cambia de criterio, la medida no pueda sostenerse debiéndose poner en libertad al preventivo. Si aplicamos esta interpretación el imputado puede verse claramente beneficiado pero tenemos la duda de si sería correcto jurídicamente.

A estas cuestiones han contestado de modo distinto dos autores españoles. Por una parte, Alberto Jorge Barreiro considera que «*a la vista de la redacción de ambos preceptos*³⁹, parece claro que en esos casos el juez debería decretar de inmediato la libertad, aunque estimara que no procede».

En una postura enfrentada argumenta F. de Urquía Gómez⁴⁰ que «*acordada la prisión preventiva estimo que las peticiones de libertad que formulen las partes acusadoras no tendrían carácter vinculante para el juez, a*

39 Se refiere a los arts. 504 bis 2 y 539 LECr.

40 «Prisión Preventiva» RPJ nº 37, marzo 1995, p. 257.

quien corresponde valorar cualquier cambio sobrevenido en las circunstancias que determinaron la adopción de la medida».

No nos parece tan descabellada la interpretación de Barreiro porque en el espíritu de la norma está la necesidad de que exista instancia de parte a la hora de decretar la prisión provisional pretendiendo que el juez no valore unilateralmente la necesidad de decretarla. Si apartamos al Ministerio Fiscal y a las demás partes acusadoras de esta decisión beneficiosa para el reo ¿no estaremos desvirtuando el sentido de la reforma? ¿no pretende la ley evitar que se produzca esta situación?

En el supuesto diferente de que sea el juez quien pretenda modificar, a posteriori, la situación de prisión, la de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no establece ningún inconveniente para que éste lo haga de oficio.

b) **MODIFICACIÓN EN PERJUICIO DEL REO.** A diferencia de la defectuosa regulación que existe en el caso de la reforma de la prisión provisional a favor del preventivo, la ley es muy clara cuando se trata de reformar la misma en perjuicio del imputado. El art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que si el juez considera que procede reformar la situación legal en perjuicio del sujeto, no podrá actuar de oficio, sino que deberá seguir el cauce de la audiencia prevista en el art. 504 bis 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De esta forma no se permite que el juez decida libremente eludiendo la norma que en un primer momento hace necesaria la instancia de parte para decretar la libertad o la prisión cautelares. Si no existiera el art. 539, el juez, una vez pasado el primer trámite de la audiencia, podría modificar libremente la situación del reo en su perjuicio. Nos parece, por tanto, muy loable el cambio introducido con el art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que consigue, en este aspecto, la coherencia legal de la institución.

En conclusión, siempre que el juez considere que no procede la libertad o prisión provisionales, podrá actuar de oficio. Al contrario ocurre cuando el juez crea que debe decretarse una de estas medidas cautelares. En estos casos, siempre necesitará la instancia de parte (Ministerio Fiscal o acusación particular).

7. DURACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

La prisión provisional es una medida que afecta gravemente a un derecho fundamental, por ello, el legislador ha previsto que tenga una duración limitada.

El art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su párrafo tercero, y siguiendo el mandato del art. 17.4 CE, establece que *«El juez o tribunal que conozcan de la causa y el Ministerio Fiscal, cada uno dentro de sus funciones, cuidarán bajo su responsabilidad de que la prisión no se prolongue más allá de lo necesario.»*

Como primer criterio se ha establecido que la prisión está legitimada si se utiliza en la medida necesaria. Ciertamente el legislador no precisa demasiado al decir *«lo necesario»*, ya que con esta expresión es difícil el control por parte de los perjudicados. El párrafo cuarto del mismo artículo precisa los límites concretos de la medida, es una cuestión que ha sido modificada sucesivamente en las reformas que de la prisión provisional se han llevado a cabo en los años 1980, 1983 y 1984.

Hoy la ley establece que para delitos a los que corresponda pena de arresto mayor, la duración máxima de la prisión será de tres meses, para delitos a los que corresponda pena de prisión menor, la duración máxima será de un año y para delitos que tengan establecida pena superior a prisión menor, el límite se sitúa en dos años.

Cabe la posibilidad de que el juez, con audiencia del Ministerio Fiscal y del inculpado, prolongue la duración de la prisión si concurren los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de delitos castigados con pena de prisión menor o superior,
2. habrán de concurrir circunstancias que hagan prever que la causa no pudiera ser juzgada en esos plazos y que el inculpado pudiera sustraerse a la acción de la justicia,
3. la prolongación será de hasta dos y cuatro años⁴¹ y
4. el juez la acordará mediante auto.

Si se condena al inculpado y la sentencia es recurrida, la prisión podrá prolongarse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta.

Puede ocurrir que la causa sufra dilaciones indebidas y ello ralentice el

41 Hasta dos años si la pena era de prisión menor, y hasta cuatro años cuando esta fuera superior.

desarrollo del proceso. El transcurso de los plazos puede llevar al resultado de que se cumpla el tiempo máximo de prisión provisional y no se haya podido concluir el juicio, lo que determinará que el inculpado sea puesto en libertad sin que exista aún una sentencia definitiva. Para evitarlo, la ley establece que para el cómputo de los plazos no se tenga en cuenta el tiempo en que la causa sufra dilaciones no imputables a la Administración de Justicia que son todas aquellas que tengan su origen en el inculpado o en su abogado, con una finalidad dilatoria. Se trata de evitar que el reo provoque retrasos indebidos para beneficiarse de la limitación temporal de la prisión preventiva.

Una vez transcurridos los plazos máximos establecidos, el juez *deberá*, en cualquier caso, poner en libertad al inculpado. Al ser una medida provisional es necesario que se tomen estas precauciones porque, de lo contrario, podría ocurrir: a) que el reo pasara más tiempo en prisión provisional que el previsto por la hipotética pena a imponer y b) que se vulnerara el derecho a la libertad de un inocente por tiempo indefinido, puesto que no existiría sentencia condenatoria y no habría amparo legal que permitiera la excepcional privación de libertad.

No obstante, la ley permite que, una vez puesto en libertad por transcurso de los plazos, el sujeto vuelva a ser ingresado en prisión: a) si consta en la causa la existencia de un hecho con caracteres de delito; b) si aparecen motivos bastantes para creerlo responsable criminalmente del mismo y c) si no hubiera comparecido, sin motivo legítimo, al primer llamamiento del juez o tribunal o cada vez que este lo considere necesario (art. 504 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Para este último supuesto, la ley no prevé plazos máximos, ¿se empezará a contar como si la prisión se impusiera desde un principio?, ¿volverán a regir aquellos plazos?, la cuestión no queda resuelta y puede producir importantes problemas de interpretación.

8. CÓMPUTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL A EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDENA

Aunque la ley niega que la prisión provisional sea una pena privativa de libertad, lo cierto es que el resultado que se produce es muy similar al de la misma. El reo se ve privado de su libertad en condiciones similares a las

que sufre un condenado. A pesar de ello, al preventivo no se le aplica el mismo régimen penitenciario que al penado puesto que aquél goza del derecho a la presunción de inocencia y esta circunstancia, al contrario de lo que parece, puede llegar a perjudicar al sujeto, que no podrá aprovecharse de los beneficios penitenciarios que asisten al condenado.

La legislación penal prevé que en el caso de que el inculcado sea declarado culpable, el tiempo que ha transcurrido en prisión se le abonará íntegramente para el cumplimiento de la pena.

9. PRISIÓN PROVISIONAL INJUSTA

El art. 121 de la Constitución Española dispone 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»*. Se introduce así un cambio sustancial en la materia de la indemnización del Estado por los perjuicios que se causa a los particulares por medio de la Administración de Justicia porque este artículo es la base para poder exigir esa responsabilidad directamente, sin tener que demandar primero a los jueces o tribunales. El precepto necesitaba de un posterior desarrollo legislativo que vino dado por la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. El espacio de tiempo que medió entre la entrada en vigor de la Constitución en 1978, y la de la LOPJ de 1985, ha planteado problemas sobre la aplicación directa del art. 121. Es importante aclarar desde cuando está en vigor la posibilidad de exigir esta responsabilidad al Estado, pues de ello van a depender numerosas peticiones de indemnización. Las posibilidades de interpretación se dirigen en dos direcciones:

A) de un lado, se puede argumentar que en aquellos siete años existió una laguna legal que no permitía aplicar el art. 121 directamente porque faltaba su desarrollo legal, la determinación de los requisitos y la fijación del procedimiento para obtener la citada indemnización. El Tribunal Constitucional ha señalado que *«se trata de un precepto que no es de aplicación directa, pues, como su propio tenor literal determina, exige un desarrollo legislativo sólo producido en la Ley Orgánica 6/1985»*⁴². Es una norma

42 STC 40/1988 de 10 de marzo.

incompleta que necesita de una ley posterior que determine cuales son sus requisitos y procedimiento. En este sentido se pronuncia también el Tribunal Supremo⁴³.

B) de otro, se puede defender la tesis de que *el art. 121 no es un precepto meramente programático sino inmediatamente aplicable, con un contenido mínimo asegurado aún a falta de la ley de desarrollo.*⁴⁴. El Consejo de Estado ha declarado que la responsabilidad del Estado por la incorrecta Administración de Justicia nace en 1978, con la Constitución y que no hay que esperar a que la ley de 1985 establezca sus requisitos. Con este criterio ha tramitado y resuelto diversas reclamaciones aún antes de la entrada en vigor de la LOPJ⁴⁵. Considera que es suficiente la declaración constitucional para exigir el cumplimiento del derecho.

Hoy día no tenemos este problema puesto que la Ley Orgánica del Poder Judicial en el título V del Libro III se ha encargado de desarrollar el precepto constitucional. Los arts. 292 a 297 de la LOPJ se encargan de regular cual va a ser la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, estableciendo tres supuestos de indemnización, dos con carácter general y uno de modo específico para casos especialmente graves. Los dos generales aluden a :1) una indemnización por error judicial y: 2) una indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el supuesto especial se refiere a un caso en que se produce un daño grave como consecuencia de decretar prisión provisional cuando ni siquiera ha existido un hecho que la legitime.

Supuestos de indemnización

A. GENERALES.

1. ERROR JUDICIAL

2. FUNCIONAMIENTO ANORMAL.

B. ESPECIAL.

Art. 294 LOPJ.

43 STS 5 de febrero de 1986.

44 REYES MONTERREAL: «La responsabilidad del Estado por error e incorrecta administración de Justicia». Colex 1987, pp. 79 y ss.

45 Dictamen 49.283/48.961 de 9 de octubre de 1986, entre otros.

A. Generales

Estos supuestos se aplican con carácter general siempre que se den los requisitos que para ellos se establecen en los arts. 292 y 293 de la LOPJ. Por tanto, y puesto que la ley no lo excluye, procederá la indemnización también en el caso de que el error judicial o el funcionamiento anormal provoquen una prisión provisional injusta.

1. *Error judicial.* La prisión provisional puede haber sido decretada como consecuencia de un error en el juzgador. No parece de recibo que el perjudicado no tenga un mecanismo para resarcirse del mismo, por eso, la ley ha previsto que, en estos casos, quien sufrió la prisión injusta pueda pedir una indemnización al Estado, siguiendo el procedimiento que se establece en el número primero del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Nos preguntamos a qué tipo de error se hace referencia y en opinión de Asencio Mellado⁴⁶ el error puede haber sido tanto de hecho como de derecho, debe estar constatado en cualquier resolución distinta de la sentencia que se dicta en el recurso de revisión, y en ella puede haber concurrido, o no, la culpa del Juez. El error debe ser del Juez que dictó el AUTO de prisión provisional, y siempre debe existir un nexo de unión entre ese error y el citado auto. Asencio Mellado señala que existen dos supuestos tasados en que debe declararse que hubo error al decretar la prisión provisional: A. Por incorrecta valoración de los motivos que se ofrecieron para decretar la prisión provisional. B. Por apreciar incorrectamente la mayoría de edad, si no se han pedido los justificantes en virtud del art. 376 LECr⁴⁷.

2. *Funcionamiento anormal.* Podemos entender por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia «*toda actuación contraria a una eficacia media de la misma*». Este concepto puede incluir al de error judicial en muchas ocasiones, en cuyo caso, debe aplicarse el criterio de funcionamiento anormal porque es más amplio que aquél. En los supuestos en que

46 *La prisión provisional*, ob. cit.

47 El art. 376 de la LECr. establece: «*Cuando no ofreciere duda la identidad del procesado, y conocidamente tuviese la edad que el Código Penal requiere para poderle exigir la responsabilidad criminal en toda su extensión, podrá prescindirse de la justificación expresada en el artículo anterior, si su práctica ofreciese alguna dificultad u ocasionase dilaciones extraordinarias*».

la prisión provisional sea decretada como resultado de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia porque el juez o tribunal no han actuado debidamente y han provocado un daño que debe ser resarcido como establece el art. 121 CE., el perjudicado puede acudir a la vía del art. 293.2 de la LOPJ., en la que se establece el derecho a una indemnización en los casos de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Se puede objetar que dentro del concepto de «funcionamiento anormal» así entendido caben numerosos supuestos, y aunque estamos de acuerdo con este inconveniente, la Constitución es clara en su artículo 121, ya que pretende resarcir a *todos* los ciudadanos que se han visto afectados por una situación injusta. El legislador constitucional no hace ninguna distinción ni exclusión para casos en que no sea de aplicación el tratamiento indemnizatorio. Entendemos que «donde la norma no distingue, no debemos distinguir nosotros», por eso en el supuesto de prisión provisional decretada como consecuencia de un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia defendemos que el ciudadano tiene derecho a una indemnización.

B. Especial. Art. 294 LOPJ

1. Generalidades. El art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula un supuesto específico de indemnización por parte del Estado, ésta es la única especialidad a que hace referencia el Título V del Libro III referido a la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia. ¿Por qué esta especialidad de tratamiento en un supuesto tan concreto? Creemos que el legislador ha querido proteger un supuesto que, ocurriendo con demasiada frecuencia, despierta un especial rechazo debido a su desmesurada consecuencia: se trata del caso en que el Juez haya decretado prisión provisional cuando ni siquiera existía un hecho que fundamentara la existencia de un delito.

Nos encontramos ante un supuesto distinto a los dos que acabamos de analizar porque aquí no se trata ni de que exista error judicial, ni de que exista anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, entre otras cosas porque si fuera alguno de los dos, no sería necesario que este artículo especificara. En el art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se

recoge un supuesto de funcionamiento *normal* de la Administración de Justicia. La apariencia delictiva legitima al Juez para decretar prisión provisional, por tanto, no existe error y si esta apariencia está fundada, tampoco habrá funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

El fundamento del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no está en el art. 121 de la Constitución Española, sino que hay que ubicarlo en el art. 9.3 CE que predica el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos. Su paralelo está en el error judicial ex art. 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que dice que *«cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el juez o tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos»*.

De esta forma estamos equiparando la prisión provisional a una pena en todo su sentido, pues ambos preceptos tratan de indemnizar el daño causado por resoluciones cuando se prueba que los hechos que las determinaron no tuvieron lugar.

Martínez-Cardos Ruiz, profundizando en la interpretación de este artículo, entiende que cuando el legislador habla de *«inexistencia del hecho imputado»*, está incluyendo una doble proyección, de una parte la OBJETIVA se refiere a la inexistencia física del hecho, y a la inexistencia jurídica del delito (aunque exista el hecho en el aspecto físico), de otra la SUBJETIVA se refiere a la inexistencia de culpabilidad del sujeto.

Dentro del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial caben dos interpretaciones por una parte, el artículo se refiere a la inexistencia de lo imputado, de la acción típica y antijurídica. Por otra, a la inexistencia de la imputación, entendida como acción culpable, como delito. Este autor incluye el supuesto en que el hecho físico ha existido, pero en el que se declara que el sujeto no participó en el mismo. Creemos que aquí el autor está utilizando una argumentación que, en este caso, no se encuadra en la expresión literal del artículo.

Con esta doble interpretación el supuesto fáctico en que cabe aplicar el art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se amplía exageradamente y no creemos que el legislador estuviera pensando en dar un cobijo tan extenso con el citado precepto sino que más bien lo que pretendía, en

nuestra opinión, era limitar los casos en que, habiéndose producido un daño en clara contradicción con unos hechos probados posteriormente, procediera la indemnización estatal.

2. *Presupuestos necesarios.* Para que proceda la indemnización a que alude el art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es necesario que concurren unos requisitos:

1) que el sujeto haya sufrido prisión provisional; 2) la inexistencia del hecho imputado; 3) que se haya dictado sentencia absolutoria basada en dicha inexistencia, o que por esta misma causa se haya dictado un auto de sobreseimiento libre; 4) que se le hayan irrogado perjuicios al sujeto⁴⁸.

3. *Cuantía de la indemnización.* La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido según dispone el art. 292.2 LOPJ.

2. Procedimiento para obtener la indemnización

El interés por distinguir entre los tres supuestos de indemnización tiene su explicación y es que para cada uno de ellos la ley establece un procedimiento diferente en el art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

(1). La reclamación de indemnización por causa de error deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente reconozca el mismo. Esta previa decisión podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión pero en cualquier otro caso se aplicarán las normas siguientes:

a) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse.

b) La pretensión de declaración del error se deducirá ante la Sala del Tribunal Supremo correspondiente al mismo orden jurisdiccional que el órgano a quien se imputa el error, y si este se atribuyese a una Sala o Sección del Tribunal Supremo la competencia corresponderá a la Sala que se establece en el art. 61 de la LOPJ. Cuando se trate de órganos de la jurisdicción militar, la competencia corresponderá a la Sala quinta de lo Militar del Tribunal Supremo.

⁴⁸ Entendemos que esta exigencia es superflua puesto que no imaginamos un caso en que habiendo prisión provisional injusta por inexistencia del hecho imputado, no se irroguen perjuicios al sujeto.

c) El procedimiento para sustanciar la pretensión será el propio del recurso de revisión en materia civil, siendo partes, en todo caso, el Ministerio Fiscal y la Administración del Estado.

d) El tribunal dictará sentencia definitiva, sin ulterior recurso, en el plazo de quince días, con informe previo del órgano jurisdiccional a quien se atribuyese el error.

e) Si el error no fuera apreciado se impondrán las costas al peticionario.

f) No procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento.

g) La mera solicitud de declaración del error no impedirá la ejecución de la resolución judicial a la que aquél se impute.

(2). Tanto en el supuesto de error judicial declarado como en el de daño causado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y siguiendo la regulación prevista en el número dos del artículo 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el interesado dirigirá su petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, tramitándose la misma con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, contra la resolución cabe recurso contencioso-administrativo y el derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año a partir del día en que pudo ejercitarse.

(3). La petición indemnizatoria del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se tramitará de acuerdo con lo establecido en el nº 2 del art. 293 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Requisitos para obtener la indemnización

En cualquiera de los tres supuestos, son requisitos indispensables para la concesión de la indemnización los siguientes: a) el cumplimiento por parte del sujeto pasivo de la medida cautelar consistente en la privación de libertad; b) que se hayan irrogado perjuicios susceptibles de valoración económica al imputado; c) la inexistencia de conducta dolosa o culposa del imputado perjudicado.

MÓNICA-GALDANA PÉREZ MORALES

Profesora Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de Murcia