

CÁRCEL ELECTRÓNICA VERSUS PRISIÓN PREVENTIVA

Faustino Gudín Rodríguez Magariños

Doctor en Derecho

Profesor Honorario de la UAM

SUMARIO.- 1.- Introducción. 2.- Concepto de prisión preventiva. 3.- La presunción de inocencia como derecho fundamental. 4.- Requisitos. 5.- Finalidades de la prisión preventiva. 6.-Críticas a la prisión preventiva 7.- La situación real de la prisión preventiva. 8.- Las zonas grises. 9.- Alternativas actuales a la prisión preventiva. 10.- La prisión atenuada del art. 508 LECR. 11.- Derecho y revolución telemática. 12.- Arresto domiciliario bajo control electrónico. 13.-La necesidad de instaurar un oficial de la condicional. 14.- Problemas de constitucionalidad de las nuevas tecnologías. 15.- Consecuencias. 17. La STC 57/ 2008.- 18.- Conclusiones.

1.- Introducción

Ningún buen jurista que ame su oficio puede sentirse cómodo frente a una institución como la prisión preventiva donde sin un auténtico juicio contradictorio y con pruebas se recluya a una persona por meros indicios sometiéndole a una medida preventiva que en sus consecuencias es mucho más gravosa que la propia prisión, dado que es una medida cautelar nuda a la que no es posible por su propia etiología introducir beneficios penitenciarios.

Quienes simpatizan abiertamente con la prisión preventiva consideran que las medidas abruptas y directas sin juicio ni procedimiento son mucho más eficaces que las emanadas de un procedimiento con todas las garantías. Se podría decir que los que simpatizan por con la prisión preventiva lo hacen con las medidas de fuerza, mientras que quienes respetar al resultado del Juicio lo hacen a favor de la razón ponderada impasible frente a los impulsos vindicativos.

Nuestro sistema Jurídico Constitucional apuesta decididamente por la libertad como base y fundamento de sus esquema jurídico y el principio *pro libertate* ilumina todas y cada una de los rincones del Ordenamiento, por lo que en principio la prisión preventiva debe ser reputada como un mal necesario sino como un mal absolutamente necesario por las circunstancias. La libertad no es sólo un valor, es un polo vertebrador del ordenamiento jurídico que no debe contemplarse simplemente como un derecho fundamental¹, muy por el contrario, al estar vinculado a la dignidad humana se constituye en plataforma de otros derechos y libertades y su ausencia marca el sentido autoritario o represivo de un ordenamiento jurídico². Dado que la libertad es el oxígeno que permite que respire la democracia, debemos ser ambiciosos en su consagración³.

¹ La libertad en nuestro texto constitucional se contempla como valor en el Preámbulo y en el artículo 1.1, pero de ahí extrapola otras manifestaciones donde concreta su contenido, así de desarrollo de la personalidad (art.10 CE), de deambulación (art. 17) , ideológica y religiosa (art. 20), de expresión , pensamiento y cátedra (art. 20 de la CE), de enseñanza (art. 27 de la CE), sindical (art.7 y 28.1), de elección de representantes (art. 23 de la CE), como derecho de los extranjeros (art. 13 de la CE) y de empresa (art.38 de la CE).

² Como ya apuntó PISAPIA, la ideología política que subyace a un determinado ordenamiento jurídico se refleja en la prisión provisional, más que en ninguna otra institución jurídica, más incluso que en la propia pena. En este sentido, PISAPIA, Gian Domenico, *Compendio di Procedura Penale*, 3ª Ed., Padua, 1982,

La naturaleza de la prisión preventiva es absolutamente subsidiaria⁴: sólo cabe cuando otras medidas menos gravosas se muestran ineficaces. No sólo es lícito sino que también es un deber instar e investigar la adopción de medidas alternativas (siempre que sean respetuosas con los derechos fundamentales y con el principio de seguridad jurídica).

Más, como apunta CONDE SALGADO⁵, nos encontramos ante un tema muy complejo, que viene a ser como un poliedro con diversas dimensiones (éticas, sociológicas, económicas y procesales). Si lo abordamos desde un ángulo exclusivamente jurídico, sin tener en cuenta sus otras dimensiones, lo único que se consigue es una visión abstracta, y necesariamente insatisfactoria: un enfoque realista exige la toma en consideración de todos sus aspectos.

Una postura reacia a la prisión preventiva no implica que reneguemos de la legalidad de la medida⁶ (que está reflejada expresamente en la propia CE art. 17 “in fine”), sino que cuestionemos su legitimidad, al menos a largo plazo. El TEDH⁷ ha declarado que la prisión preventiva no vulnera el artículo 5.1 c) del Convenio, cuando «... el demandante había permanecido en prisión por decisión de las autoridades competentes con la finalidad de llevarle ante los órganos jurisdiccionales bajo acusación penal,... había existido una sospecha razonable de que hubiese cometido el delito del que se le acusaba y... no se había alegado con consistencia la existencia de arbitrariedad». Pese a ello, *lege ferenda* el jurista defensor de los derechos fundamentales no debe resignarse ante la existencia de esta institución, debe esforzarse en encontrar otras opciones.

Existe cierto factor de hipocresía detrás de la prisión preventiva pues aunque el art.5 de la LOGP aduzca que el principio de la presunción de inocencia presidirá el

págs. 255 y ss., sostiene textualmente con acierto: “È infatti evidente che in un ordinamento di tipo liberale la libertà personale dell'imputato sia maggiormente tutelata, mentre in un ordinamento di tipo autoritario essa sia maggiormente compressa”.

³ Así CERRONI, Umberto, *La libertad de los modernos*, (trad. R. de la Iglesia), Eds. Martínez Roca,, Barcelona, 1968, pág.35. El autor añade que el derecho está llamado a ejercer una función mediadora entre el individuo y la sociedad posibilitando una construcción social donde el individuo en ausencia de constricción puede ejercer su libertad. También SORIANO, Ramón, *Las Libertades públicas*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 111 sostiene que libertad de expresión es un medio de legitimación democrática, y esto se alcanzará en la medida en que incide en que todos tengan acceso a la información, forjándose la voluntad en el seno de la opinión pública.

⁴ Así lo manifiesta reiteradamente la jurisprudencia del T.E.D.H., así en el asunto Neumeister, STEDH Estrasburgo, de 27 de junio de 1968 (Rolín Pte, con Opinión disidente del Juez A. Holmback y voto particular disidente del Juez M. Zekia); STEDH Estrasburgo de 10 de noviembre de 1969, asunto Matznetter, (Rolín Pte., con Opinión individual concordante del Juez A. Holmbäch, opinión concordante de los Jueces A. Verdross y S. Bilge, opinión concordante del Juez Balladores Pallieri, opinión del Juez M. Zekia y opinión disidente del Juez J. Cremona); STEDH Estrasburgo de 10 de noviembre de 1969, asunto Stogmüller (Rolín Pte, con voto particular concordante de los Jueces A. Verdross y S. Bilge); STEDH Estrasburgo de 26 de junio de 1991, asunto Letellier contra Francia, (Ryssdal, Presidente); STEDH Estrasburgo de 27 de agosto de 1992, asunto Tomasi contra Francia, (Ryssdal, Presidente) y STEDH Estrasburgo, asunto W contra Suiza de 26 de enero de 1993, (Ryssdal Pte).

⁵ Vid. CONDE SALGADO, Remigio, “La prisión preventiva”, *Revista del Poder Judicial Núm. 37*, marzo de 1995, pág. 253.

⁶ Coincidió con lo planteado previamente por GIBERT GIBERT, Antonio, “Reflexiones sobre la prisión provisional”, *Revista del Poder Judicial Núm. 76*, 2004, pág. 175.

⁷ STEDH Nikolov contra Bulgaria, de 30 de enero de 2003.

régimen penitenciario de los preventivos, es lo cierto que la institución se basa en una presunción razonada de culpabilidad.

Desde antiguo cuando el hombre se ha encontrado con situaciones que le parecen dolorosas, molestas o injustas ha recurrido a la tecnología y a la técnica para mejorarlas y suavizarlas, éste no es un caso extraño a esta filosofía.

Si la cárcel tal como señalaba agudamente GARCÍA VALDÉS es un mal menor, los sistemas telemáticos de control se muestran como un mal menor frente al mal menor, mas nunca como un bien. Profundizando más en este sentido, GARLAND afirma que las cárceles nunca son marcos ideales para educar o reintegrar a las personas a la sociedad, pero dado que existen, parece necesario desarrollar un trabajo de re-socialización, más esta finalidad primaria es absolutamente inidónea para el caso de la prisión preventiva. Lo lógico pues es buscar un lugar ideado para el control sin desarraigar a un presunto inocente de su entorno familiar. A priori, el arresto domiciliario bajo control cubre las exigencias de seguridad y libertad que nuestro Ordenamiento penitenciario demanda

Como aduce GARLAND se puede edificar una sociedad basada en el miedo, el recelo y el control dando de lado a los valores positivos sustentados en valores como el mutuo respeto, la educación, la cultura y la solidaridad humana. No se debe olvidar que una sociedad atemorizada vela por el respeto por el Orden que por la libertad y la Justicia y que todo Ordenamiento debe batallar para mantener un equilibrio armónico en la ecuación libertad versus seguridad.

2. - Concepto de prisión preventiva

La prisión provisional suele definirse como aquella medida cautelar personal⁸ que podrá adoptar el juez de instrucción o tribunal sentenciador, consistente en la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal o hasta que la sentencia de instancia sea definitiva.

No obstante, tanto por sus perfiles como por su aplicación, en la realidad práctica presenta tal suerte de semejanzas con las penas privativas de libertad que a veces resulta difícil su diferenciación. Esta identidad material se demuestra precisamente en la institución del abono a la condena definitiva regulado en los artículos 58 y 59 del Código Penal.

Decía GROSSEL, refiriéndose a la prisión preventiva, que “está situada en el campo de tensión entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber también estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por otro”. Polos que modernamente podemos apreciar en el art. 5 CEDH y el art. 17 de la CE que nos hablan del derecho a la libertad y la seguridad. Palabras que casi textualmente recoge la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, de 2 de julio de 1982. Y de ahí

⁸ Así la STC 19/ 100 (2ª), de 22 de febrero, (Martín de Hijas) declara que “la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia”.

que el mismo CARRARA, tachara de “inmoral” la prisión preventiva en cuanto recae sobre una persona todavía no declarada culpable.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1982, enmarca la institución de la prisión provisional como síntesis del conflicto instalado entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, y tienen que ser motivos muy poderosos y no existir ningún género de alternativas para poder soslayar el principal valor al que está orientado nuestro Ordenamiento: la libertad.

En un primer análisis, la palabra prisión equivale a encarcelamiento, lo que revela su asimilación a las penas carcelarias. Esto es tan así que en el lenguaje vulgar recibe la misma denominación el lugar en que se cumple una y otra (pena y prisión): vulgarmente cárcel opera como sinónimo de prisión.

La semejanza de la prisión preventiva con las penas carcelarias ha sido igualmente reconocida por el TC⁹ al afirmar que «su carácter restrictivo de la libertad, que le emparenta directamente con las penas privativas de libertad, con cuyo contenido material coincide básicamente».

A esta equiparación han coadyuvado dos factores o variables: de un lado, que las penas carcelarias han constituido tradicionalmente el eje del sistema penológico en los Códigos Penales españoles históricos, desde la abolición de las penas corporales; de otro, que el peso de la tradición inquisitiva ha determinado el empleo abusivo de la prisión preventiva en nuestro proceso penal, a lo que también ha contribuido la regulación contenida en la propia LECRIM anterior a la CE de 1978¹⁰.

No obstante, aún reconociendo la extraordinaria semejanza entre la prisión preventiva y las penas de privación de libertad, desde un punto de vista jurídico procesal, la prisión preventiva se diferencia claramente de las penas, por su carácter instrumental y por su provisionalidad¹¹.

En primer lugar, la prisión preventiva se configura como una medida cautelar personal, junto con la detención, que incide en el derecho a la libertad personal consagrado en el art. 17 CE. Además se trata de una medida cautelar regida por un carácter marcadamente jurisdiccional, en cuanto su adopción se reserva en exclusiva a la resolución emanada de un órgano jurisdiccional y bajo control del que Juez que la acuerda previa pericón de alguna de las partes acusadoras pues en su dinámica procesal rige el principio acusatorio, no bastando la mera pericón de oficio.

En segundo término, la prisión preventiva se caracteriza por la nota esencial de la provisionalidad, lo que significa su limitación temporal anudada a la duración del

⁹ STC 32/1987, (Pleno) de 10 de marzo, (Leguina Villa), (FJ. 3°).

¹⁰ En este sentido afirma RAMOS MÉNDEZ que a la vista del art. 17 CE «el sistema de medidas cautelares de la LECRIM no debería ser más que un mero desarrollo de las previsiones constitucionales, con el mismo espíritu de aquéllas. La realidad es que muchos textos legales ya existían y, a la hora de su aplicación práctica, no siempre se ha tenido la vista puesta en la Constitución». (RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *El proceso penal. Tercera lectura constitucional*, Jesús M^a Bosch, 2^a Ed., Barcelona, 1992, pág. 277).

¹¹ En cierto sentido puede ser considerado como más gravosa pues al no poder ser sometidos los presos preventivos a tratamiento penitenciario tampoco lo pueden ser a sus beneficios.

proceso penal y además con una duración inferior en todo caso a la pena privativa de libertad. Cabría incluso de hablar de caducidad, pues es una institución que no ambiciona perpetuarse el tiempo, en un moderno Estado de Derecho, si la contumaces circunstancias fácticas que la impulsaron perviven en el tiempo.

La temporalidad de la medida comporta notorias diferencias entre ésta y las penas privativas de libertad. La necesidad de limitar legalmente la duración temporal de la prisión preventiva aflora en el propio art. 17.4 CE: asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

En este sentido, también es necesario destacar que la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (así las STC 37/ 1996 y 2/ 1996¹²) es uniforme a la hora de declararla una medida contingente esto es así porque.

“el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y obliga a ponderar los datos personales así como los del caso concreto”.

Lo dicho hasta aquí acarrea las siguientes consecuencias:

La configuración de la prisión preventiva como medida cautelar implica la necesidad de que sólo se adopte con el fin propio de las medidas de esta naturaleza, cabalmente el único que las justifica: garantizar la presencia del inculcado en el proceso y la eficacia de una eventual sentencia condenatoria.

Como toda medida cautelar comporta una ponderación entre objetivos constitucionalmente legítimos y sacrificios. En particular, esta medida cautelar supone una privación del derecho fundamental a la libertad deambulatoria (art. 17 CE), únicamente puede adoptarse cuando concurren determinados presupuestos que permitan justificar el sacrificio del derecho fundamental a la libertad.

Al dañar un derecho fundamental como la libertad debe ser conceptuada como “excepcional”. Aunque hay que reconocer que dicha excepcionalidad no parece muy acorde con los modernos vientos del derecho penal del enemigo y el movimiento en favor de la ley el orden, pues como destaca BARONA VILAR¹³, esta condición de excepcional ha quebrado en cierto modo con la implantación de los criterios de la “alarma social” y de la “frecuencia delictiva”.

3.- La presunción de inocencia como derecho fundamental

La presunción de inocencia es una regla de razonamiento o una “verdad interina de inculpabilidad”¹⁴ se produce cuando sin prueba de cargo se condena al acusado. La presunción de inocencia queda enervada si existe actividad probatoria, regularmente obtenida y de suficiente aptitud inculpativa, practicada en el acto del Plenario con todas las garantías, de la que el Juez en virtud de las potestades que le confiere el

¹² STC 37 /1996, (Sala 2ª), de 11 de noviembre, (González Campos) (FJ 4º) y STC 62/1996, (Sala 1ª), de 15 de abril (Gimeno Sendra) (FJ 5º).

¹³ Vid. BARONA VILAR, Silvia, *Prisión provisional y medidas alternativas*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988, pág. 28.

¹⁴ STS (2ª) de 4 de julio de 1994, (Hernández Hernández)

art.117 de la CE y 741 de la LECr infiere la realidad del hecho ilícito y acredita la “autoría material” del formalmente acusado.

Precedentes más antiguos¹⁵ pueden encontrarse en la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que recogió en su art. 9 uno de los postulados del Marqués de BECCARIA:

“A ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del juez; y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado que él violó los pactos bajo los cuales fue aceptado en la sociedad”

No es solo un derecho reconocido en el artículo 24.2 de la CE, también parece recogido en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 16 de diciembre de 1966, que igualmente había recogido ese derecho, como ya antes lo había proclamado la Declaración Universal de Derechos del Hombre formulada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, textos que igualmente tenían que ser respetados por España. Establece el art. 11,1 de dicha Declaración Universal:

“Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defense”.

Un texto cuyo contenido concuerda con el que con menos palabras establece el art. 6,2 de la Convención Europea:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law”.

Con acierto, FERRAJOLI¹⁶ nos explica que la presunción de inocencia busca ser una garantía tanto para la libertad como para la verdad. Aunque cabe rastrear antecedentes del principio que nos ocupa en momentos históricos anteriores, lo cierto es que su primera teorización moderna se produce teniendo como marco el pensamiento jurídico de la Ilustración.

Siempre hay que tener presente que la presunción de inocencia que ampara al imputado se puede convertir en un momento posterior en la simple y inocencia (no solamente en una declaración de inocencia por falta de pruebas). Esta situación implica

¹⁵ Con anterioridad y con una visión mucho más amplia, pueden encontrarse precedentes de la presunción de inocencia en los textos legales sobre la regla in dubio pro reo (Digesto 50, 17, 35 y 50, 17, 155, 2) expresada en los aforismos *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* o *in penalibus causis benignius interpretandum est*, cuyo principal reflejo en las Leyes de Partidas se encuentra en la Ley IX, Título XXXI, de la Séptima Partida, que concuerda con otros textos del Fuero Real y del Fuero Juzgado:

“E aún dezimos, que los Juzgadores deven estar más inclinados e aparejados para quitar a los omes de pena que para condenarlos, en los pleytos que claramente non pueden ser provados, o que fueren dudosos: ca mas santa cosa es, e más derecha, quitar al ome de la pena que mereciese por yerro que oviese fecho, que darla al que la non mereciese nin oviese fecho cosa por que”. Un consejo legal que encuentra su traducción popular en el conocido dicho, que tanto se repitió en la época liberal: “es preferible la absolución de cien culpables a la condena de un inocente”.

¹⁶ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, (trad. Andrés Ibáñez, Perfecto/Ruiz Miguel, Alfonso/ Bayón, Juan Carlos/ Terradillos Basoco, Juan / Rocío Cantarero), Ed. Trotta, 1995, pág. 549.

una aberración, personal pues el que la padece sufre un daño moral, familiar y personal difícil de dimensionar en términos cuantitativos y pecuniarios.

Para el Tribunal Supremo¹⁷ este derecho fundamental posee un carácter reaccional, lo cual tiene una doble consecuencia: No requiere un comportamiento activo por parte de su titular lo que implica que la parte acusadora tiene la carga de probar y es una verdad interina de inculpabilidad, entendida no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal, sino como sinónimo de no intervención o participación en el hecho.

La idea de respetar la presunción de inocencia y no someter al detenido a una condena anticipada es una exigencia de todo Estado de Derecho¹⁸ y como sostiene GOIG MARTÍNEZ¹⁹ pocos principios como el de la presunción de inocencia son mantenidos hoy con mayor pasión y vehemencia. Esto ya aparece recogido en la ideas de los fundadores del mismo, así resulta expresiva formulación de BECCARIA²⁰: “*Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida*”. Y también la propuesta de FILANGIERI²¹, de “*tratar al acusado como ciudadano, hasta que resulte enteramente probado su delito*”. Ambos autores, cifran lo esencial del principio de la presunción de inocencia en que sirve de fundamento para un nuevo modo de concebir la condición y situación procesal del imputado. Tal es igualmente el sentido con que aquél resulta acogido en un texto tan significativo como la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789²².

En conclusión, como afirma la doctrina²³, el derecho fundamental a la presunción de inocencia se ve seriamente soliviantado por la prisión provisional, pues, ante una medida cautelar de esa índole, desaparece como garantía nuclear del proceso penal al resultar, de facto, desplazada por la presunción de culpabilidad.

4. – Requisitos

¹⁷ STS 119/ 1995, (2ª), de 6 de febrero, (Montero Fernández-Cid). En su FJ 1 “*es un derecho reaccional y por ello no precisado de un comportamiento activo por parte de su titular..... como se deriva de tales textos no resulta sólo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba de la culpabilidad del acusado, sino también otra consecuencia destacada en una obra doctrinal española: la presunción de inocencia es una simple verdad interina de inculpabilidad; expresión correcta que ha sido acogida, dándole carta de naturaleza jurisprudencial*”.

¹⁸ Como refiere RAMOS MÉNDEZ, el “acordar” la libertad de una persona equivale a reconocerle su estado natural según la Constitución (El proceso penal, Cuarta lectura Constitucional, José María Bosch, Barcelona, 1999, pág. 114).

¹⁹ Vid. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, “El Derecho a la tutela judicial efectiva. Las Garantías del art. 24 de la Constitución”, *Dogmática y practica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 370.

²⁰ Vid. BONESANA, Cesare, marqués de BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, (trad. Tomás y Valiente, Francisco), Ed. Aguilar, Madrid, 1982, pág. 42.

²¹ Vid. FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, Tomo. III, (trad. de J. Ribera), Madrid, 1821, pág. 81.

²² Art. 9 de la declaración: “Toda persona se presume inocente hasta que sea declarada culpable”.

²³ Vid. PÉREZ GORDO, Alfonso, “Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECrim y en los textos legales y jurisprudenciales”, *Justicia, Vol. I*, 1984, pág. 9; ASENSIO MELLADO, José María, *La Prisión Provisional*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987, págs. 135 y 136; MORENO CATENA, Derecho Procesal Penal, Edit. Colex, Madrid, 1996, pág. 525 y HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, (trad. Ziffer, Patricia S) Edit. AD-HOC SRL, Buenos Aires, 1995, págs. 117 y 118.

Para acordar la prisión preventiva se exige una resolución motivada (art. 120. 3 de la CE) no arbitraria (art. 9.3 del la CE) que justifique en cada caso concreto la medida adoptada. Las resoluciones judiciales de modelo o formularios impresos son cuando menos censurables, y en la mayoría de las ocasiones dará lugar a la nulidad de la resolución. Para adoptar esta medida se precisa un canon reforzado de motivación, que no es solamente jurídica sino también y fundamentalmente fáctica se deben expresar las razones por las que se adopta una de las medidas más gravosas de nuestro ordenamiento jurídico.

El TEDH en sus SSTEDH Neumeister de 27 de junio de 1968, Matznetter de 4 de noviembre de 1979, Schiesser de 22 de mayo de 1984 Duinhot y Dujit de 27 de agosto de 1992 y W de 26 de enero de 1993 establece los requisitos para que se pueda acordar esta medida bajo el patrón común de la excepcionalidad.

El canon reforzado de motivación es exigible pues se limita un Derecho fundamental de primer Orden y en cierta manera, aunque no formalmente pero sí materialmente, también el de la presunción de inocencia. Como señala STC 56/ 1987 cuando “*se coarta un el libre ejercicio de los derechos Fundamentales reconocidos en la constitución y el acto es tan grave que necesita encontrar una causa especial, suficientemente explicada para que sus destinatarios conozcan las razones del sacrificio de su derecho*”.

De conformidad con los artículos 506 y 511 de la LECr dicha motivación debe expresar en una que resolución debe adoptar la forma de auto y expresar las motivaciones por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto a los fines que justifican su adopción. Si la causa fuera secreta, el auto expresará los particulares del mismo que, para preservar la finalidad del secreto, hayan de ser omitidos.

Como toda medida cautelar exige la concurrencia de los presupuestos propios de estas prevenciones, es decir, los ya clásicos presupuestos de: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y el *eventum damnis*.

A) El *fumus boni iuris*. Como afirma ARANGÜENA FANGUENO²⁴ el *fumus* debe ser entendido de un modo radicalmente opuesto al proceso civil, ya que más que *fumus boni iuris* había que hablar de *fumus mali iuris*. Y el italiano GUARINELLO²⁵ se refiere a *fumus commissi delicti*.

Tratándose de una medida cautelar personal penal como la detención y la prisión provisional, se cifra en la imputación de los hechos con caracteres de infracción penal, es decir, que conste en la causa un hecho que presente los caracteres de delito, y que haya motivos o indicios bastantes, a juicio del juez o tribunal, para creer responsable del

²⁴ Vid. ARANGÜENA FANEGO, Coral, *Teoría general de las medidas cautelares en el proceso penal*, José M^a Bosch, Barcelona, 1991, pág. 47.

²⁵ Vid. GUARINELLO, Raffaele, “La Dicerzionalità del giudice in tema di captura e di libertà provvisoria”, *Rivista italiana di Diritto processuale*, 1966, pág. 523. En este mismo sentido se manifiesta HOYOS SANCHO, Montserrat, “La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar”, *Actualidad Penal*, Núm. 338, 2-8 de septiembre de 2002, pág. 815. Por su parte, BANACLOCHE PALAO propone el empleo de la expresión *fumus delicti tributi* –indicios de la atribución de un delito–; [vid. BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones*: 1^a Ed., McGraw-Hill Madrid, 1996, pág. 288].

mismo a la persona respecto de la que se acuerde la medida. Pues si nada se le imputase, lo procedente es no acordar medida cautelar alguna, como dice el art. 528.2 LECRIM, antes comentado, para el caso de que «en cualquier estado de la causa resulte la inocencia» del antes imputado o que nunca lo haya sido.

B) El *periculum in mora*. GIBERT GIBERT²⁶ lo define como el daño jurídico (*eventus damnis*) que puede suponer no acordar la medida cautelar. Como dice MORENO CATENA²⁷, el *periculum in mora* opera, sin embargo, de manera diferente, pues habrá de ser examinado en función de los motivos que el solicitante de la medida alegue, y el juez aprecie y explicita, para considerar si está asegurada y en qué grado la comparecencia del imputado en el procedimiento, el normal desarrollo de la investigación y el cumplimiento de la pena que eventualmente se imponga.

Para la LECRIM, como se ha dicho, el *periculum in mora* es un indicador de la necesidad de la adopción de la medida, es decir, si debe adoptar la prisión o la libertad provisionales, depende *prima facie* en la pena con que el legislador material amenace la perpetración de la conducta imputada. Si la pena asignada por la ley penal es superior a la antigua de «prisión menor» procederá a examinar si procede la prisión preventiva; si es inferior habrá de decretarse, salvo supuestos excepcionalísimos, la libertad provisional, como resulta del art. 503.2 LECRIM, interpretado a contrario sensu.

C) *Eventum Damnis*: Si no se acuerda existe la alta probabilidad de un daño para la tutela judicial efectiva manifestado en la huida del imputado, en la destrucción de las pruebas objeto de la instrucción, en la consumación de daños en la persona o en los bienes de las víctimas, en la reiteración de la cadena delictiva.

Junto a ellos debe reunirse otra serie de requisitos que son impuesto por la Jurisprudencia del tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo²⁸:

a) Jurisdiccionalidad. Como toda medida cautelar restrictiva de derechos (salvo la detención) sólo puede ser acordada por un Juez en el marco de un proceso judicial penal y bajo control judicial que en cualquier momento puede, como reacción frente a nuevos elementos fácticos, alzar la medida.

El TEDH ha declarado la obligación de los órganos judiciales de supervisar en cada caso carácter razonable del mantenimiento en prisión de un acusado, según sus particularidades²⁹. El Tribunal recuerda que, en primer lugar, es obligación de las autoridades judiciales nacionales ejercer un control sobre la medida y vigilar para que la duración de la prisión preventiva en un caso concreto, no sobrepase los límites de lo razonable. A tal fin, es preciso examinar todas las circunstancias que revelen o desechen la existencia de una exigencia verdadera de interés público que justifique, sin perjuicio del derecho a la presunción de inocencia, una excepción a la regla del respeto a la libertad individual y tenerla en cuenta para rechazar las peticiones de puesta en libertad. Es esencialmente sobre la base de los motivos que figuren en las correspondientes resoluciones, así como en los hechos controvertidos indicados por la interesada en sus

²⁶ Cfr. GIBERT GIBERT, Antonio, op. cit., pág. 189.

²⁷ Vid. MORENO CATENA Víctor, *Derecho Procesal Penal*, 3ª Ed, Colex, Madrid, 1999, pág. 516.

²⁸ STC 47/2000, de 17 de febrero, (FJ 3º); STC 147/2000, de 29 de mayo (FJ 3º); STC 305/2000, de 11 de diciembre (FJ 3º); STC 29/2001, de 29 de enero (FJ 3º) y STC 8/ 2002, de 14 de enero (FJ 4º).

²⁹ STEDH caso W. c. Suiza de 26 de enero de 1993, serie A, nº 254, , p. 15, §30

recursos sobre los que el Tribunal debe determinar si hubo o no vulneración del artículo 5.3º del Convenio³⁰.

Dentro de la judicialidad de la medida, el TEDH³¹ incluye las posibilidades de Sin embargo, el espíritu que subyace al artículo 5, la protección de la libertad y la seguridad individuales y la relevancia de sus salvaguardias, incluido el derecho del párrafo 4º, para la protección de la vida y la integridad física del individuo exigen que las limitaciones procesales al derecho de una persona privada de libertad para cuestionar la legalidad de una prisión prolongada ante un Tribunal sean sometidas a un examen particularmente estricto. También considera el TEDH³² que la realidad y las circunstancias específicas de una persona en prisión deben ser tomadas en consideración a la hora de adoptar y mantener la medida.

b) Instrumentalidad. La prisión preventiva no es un fin en sí misma sino que se halla orientada a cualquiera de los fines señalados en el art. 503 de la LECRr (riesgo de fuga, protección de la víctima, evitar que se obstaculice la instrucción mediante la destrucción de elementos probatorios, evitar nuevos y futuros hechos delictivos).

c) Excepcionalidad y subsidiariedad. Son una consecuencia de los principio penales fragmentario y de intervención mínima el sacrificio de un Derecho fundamental de tanto calado como la libertad deambulatoria debe ser contrastado como serios indicios racionales de criminalidad donde se induzca palmariamente un delito muy grave. El derecho penal actúa casi porque no le queda más remedio frente a una situación muy grave, si existe una medida menos gravosa que actúa de igual modo para cumplir la finalidad dicha medida menos gravosa será preferente. El ejemplo prototípico son en las medidas de protección a la víctima el alejamiento o el alejamiento con los dispositivos electrónicos del art. 48.4 del CP. Cuando en definitiva se acuerda la prisión preventiva es porque es estrictamente indispensable y necesario no cabe la posibilidad de un “alter” si éste es igual o parecidamente eficaz.

Por tanto, esta medida cautelar al afectar al derecho fundamental que toda persona tiene a la libertad, que constituye, no sólo un derecho (art. 17.1 C.E.), sino que se erige en valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 C.E.), es una medida cautelar de neto carácter excepcional, en cuya adopción ha de seguirse el criterio hermenéutico del «favor libertatis».

d) Provisionalidad. La medida carece de vocación de permanencia y se muestra contingente en el tiempo. Con carácter general, no pueden exceder de la duración del proceso. Están sujetas a la máxima *rebus sic stantibus*, sólo pueden permanecer mientras subsistan los presupuestos que las han justificado. La prisión preventiva tienen unos límites temporales fijados *a priori* por el art. 504 de la LECr que parte de la máxima que sólo podrá durar del tiempo estrictamente necesario para conseguir las finalidades que justificaron su adopción.

³⁰ Así la STEDH Assenov y otros v. Bulgaria, sentencia de 28 de octubre de 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-VIII, §154). T también en la STEDH Demirel contra Turquía, de 28 de enero de 2003.

³¹ STEDH Kurt v. Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998, Reports 1998-III, pág. 1185, §123.

³² STEDH Onka v. Bélgica, nº 51564/99, §§53-55, ECHR 2002-I y la STEDH Shishkov contra Bulgaria, de 9 de enero de 2003.

Uno de las cuestiones que más se fija el TEDH a la hora de supervisar la prisión preventiva es que el período de estancia en este régimen no sea arbitrario (así véase STEDH Minjat contra Suiza, de 28 de octubre de 2003). Apareciéndose vulneración del CEDH cuando Al reo al que se le mantiene en prisión, más allá del tiempo que le corresponde por aplicación de los beneficios a los que tiene derecho. (Véase STEDH Grava contra Italia, de 10 de julio de 2003).

También el TEDH³³ considera que el simple hecho de que una medida de internamiento provisional haya expirado no puede privar al interesado del derecho a que se controle la legalidad de esta medida incluso después de su expiración, en particular habida cuenta de la gravedad que constituye un internamiento en un establecimiento psiquiátrico, aunque sea provisionalmente. Las garantías que ofrece el artículo 5.4 y que se aplican de manera legal a las eventuales vías judiciales de recurso, quedarían vacías de contenido si el control judicial de una detención o prisión provisional, que siempre es por naturaleza limitada en el tiempo, no fuese posible nada más que mientras durase la medida preventiva de libertad».

e) Proporcionalidad, la medida funciona acorde al bien jurídico dañado y las circunstancias personales del delincuente (grado de arraigo e integración en la sociedad, antecedentes delictivos, facilidades de fuga, medios lícitos de vida, dependencia a sustancias estupefacientes o al alcohol) son un cúmulo de factores objetivos y subjetivos que debe ser ponderados en cada concreto.

Los supuestos clásicos en los que el Fiscal va a interesar en todo caso prisión preventiva son principalmente el asesinato u homicidio intentado, consumado, las lesiones graves con el uso de armas con un potencial altamente lesivo, drogas que causan daño a la salud (especialmente si se dan alguna de las circunstancias del art. 369 CP), secuestro o detención ilegal, falsedad de moneda, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en casa habitada, quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento seguido de un episodio de violencia o amenazas.

5.- Finalidades de la prisión preventiva.

Coincido plenamente con MORILLA CUEVAS³⁴ cuando señala que, en casos muy excepcionales en los que no queda otro remedio que dictar la prisión preventiva, de acuerdo con las exigencias de planteamiento de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho hay que adaptar el sistema carcelario de los presos preventivos a las garantías individuales que exige la presunción de inocencia. Se basa como el art. 5 de la LOGP en la necesidad de respetar el principio de la presunción de inocencia (que, en pura lógica, repele cualquier tipo de tratamiento resocializador esencia del Derecho Penitenciario moderno).

En definitiva, la motivación debe ser proporcionada y razonable como resultado de la ponderación de los intereses en juego: la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; las exigencias de funcionamiento de la administración de la justicia penal y por otro, la evitación de nuevos hechos delictivos. A partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del

³³ STEDH Herz contra Alemania, de 12 de junio de 2003.

³⁴ Vid. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo, "Prisión preventiva y LOGP: Presunción de inocencia", *VI Jornadas penitenciarias Andaluzas*, Sevilla, 1990, págs. 45-67.

entendimiento de la prisión provisional como realiza el fundamento jurídico tercero de la STC 128/1995³⁵, cuando proclama que es:

“una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines adjetivos de la tutela judicial”.

Como resumen de los anteriores requisitos se exige la proporcionalidad (o sea la ponderación del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo perseguido). Autores como GARCÍA DE ENTERRÍA/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³⁶, entienden que la aplicación del principio de proporcionalidad (o de «congruencia») consiste en un proceso de adecuación de medios y fines. Es importante, y conviene reiterar, según destacan estos autores, que con dicho axioma se limita la discrecionalidad de los Poderes públicos en la elección de las medidas limitativas a los derechos fundamentales y la configuración de su contenido concreto: «sólo será legítima la elección y configuración del medio limitativo que guarde proporción o congruencia inmediatas con el motivo y el fin que legitimen tal intervención... ». Según la citada obra otro principio, el de favor libertatis o pro libertate obliga a los poderes públicos a escoger, entre varios actos limitativos posibles legalmente habilitados para conseguir el objetivo previsto por la ley, precisamente al que resulte menos restrictivo de la libertad individual, justificándose en la prevalencia de este valor dentro de nuestro sistema jurídico.

Resumidamente, aplicado a esta actuación procesal, tal principio supone que la medida coercitiva que se adopte ha de ser, en primer lugar, adecuada o apta para alcanzar el objetivo constitucionalmente prefijado para el recto funcionamiento de la Justicia; en segundo lugar, la medida debe ser necesaria, de tal forma que el fin pretendido no pueda ser cumplido a través de un medio menos gravoso para el sujeto pasivo de la misma; además, la carga que se impone a su destinatario ha de estar en razonable relación con las ventajas que se derivan por la consecución del fin deseado. Además, la pauta de proporcionalidad opera en dos momentos o ámbitos distintos: por una parte, al determinar si procede practicar la medida y, por otra, en lo relativo a la duración e intensidad a emplear para efectuar la misma (atenuada, comunicada, incomunicada, sin fianza o bajo fianza)³⁷.

La proporcionalidad debe ser examinada casuísticamente no bastando la gravedad abstracta de los delitos y de las penas y la alarma social inherente al delito, para justificar esta medida pues, al menos desde una perspectiva constitucional³⁸, se

³⁵ STC 128/1995, (Sala 2ª) de 26 de julio (Viver Pi- Sunyer).

³⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo*, 2ª ed., reimpresión, Vol. II, 1988, págs. 105-106. En sentido análogo, se pronuncia en estudios de la materia GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (*Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pág. 17) sostiene que nos hallamos ante un principio jurídico muy amplio que obliga al operador jurídico a enlazar los diferentes intereses en conflicto. Para Bernal Pulido, la proporcionalidad en sentido estricto supone guardar la necesaria interrelación entre las ventajas que se obtienen del derecho fundamental intervenido con los sacrificios para sus titulares y la sociedad en general. (BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pág. 36.

³⁷ Con claridad resume NAUCKE que este principio de proporcionalidad es aplicable al decidir el “sí” y el “cómo”. [NAUCKE, Wolfgang, “Das Strafprozessänderungsgesetz und die vorläufige Verhaftung (par. 127 StPO)”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1968, pág. 23].

³⁸ STC 128/ 1995 (Sala 2ª), de 26 de julio, (Viver Pi-Sunyer), 37/ 1996 (Sala 2ª) de 11 de marzo (González Campos) y 47/ 2000 (Pleno) de 17 de febrero, (Vives Antón). En el FJ 4º de esta última

requiere que sean tenidas en cuenta las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado.

Por ello, esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos: éstos no son otros, para el Tribunal Constitucional STC 47/2000³⁹, que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva, la eventual protección de la víctima y que el imputado destruya la ocultación, alteración y destrucción de pruebas (fines recogidos en art. 503 LECR). Ahondando más en la cuestión, la referida STC 128/1995 indicaba como soporte fundamental de la medida la constatación del peligro de fuga.

En este sentido, se debe establecer un equilibrio entre la importancia en una sociedad democrática de asegurar el inmediato cumplimiento de la de acudir a juicio y la importancia del derecho a la libertad (véase inter alia Nowicka contra Polonia, nº 30218/96, §61, de 3 de diciembre de 2002, y B. contra Francia nº 10179/82, Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 1987⁴⁰, Decisión de la Comisión de 9 de septiembre de 1992, D.R. 73 página 136). La duración de la detención es también un factor relevante a la hora de establecer tal equilibrio (véase McVeigh y otros contra Reino Unido⁴¹ y Johansens v. Noruega⁴² y véase también la STEDH Vasileva contra Dinamarca, de 25 de septiembre de 2003)».

El primero consiste en el criterio de la proporcionalidad que deberán “tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado”.

El segundo matiza parcialmente el anterior y se refiere a la consideración del transcurso del tiempo en la toma de la decisión de mantenimiento de la prisión, de modo que, si bien es cierto que *“en un primer momento, la necesidad de preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional..., así como los datos con los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena”* .

Según la Exposición de Motivos de Ley Orgánica 13/ 2003, de 24 octubre ha de conjurar en cada caso concreto uno de estos riesgos: que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia; que el imputado oculte, altere o destruya pruebas; o que el

resolución se dispone expresamente “que es necesario que se examinen, en el juicio de proporcionalidad que requiere la adopción de la medida, las circunstancias particulares del hecho y del presunto autor del mismo”.

³⁹ STC 47/ 2.000 (Pleno) de 17 de febrero, (Vives Antón). En el FJ 7º de esta resolución descarta que la gravedad abstracta del delito y la alarma social puedan justificar por sí sólo esta medida cautelar. Y además dice: “Así, hemos señalado que la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado”.

⁴⁰ Decisions and Reports 52, pág. 111, Reyntens contra Bélgica nº 16810/90.

⁴¹ demandas número 8022/77, 8025/77, 8027/77, decisión de la Comisión de 18 marzo de 1981, DR 25 páginas 37-38 y 42

⁴² Demanda número 10.600/83, decisión de la Comisión de 14 de octubre de 1985, DR 44, página 162.

imputado cometa nuevos hechos delictivos. En este último caso, el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por el riesgo genérico de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo. Por exigencia de la presunción de inocencia, esta medida debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto.

En la prisión preventiva el que posee un mayor peso es precisamente eludir el riesgo de fuga y con ello, evitar que el funcionamiento de la Administración de la Justicia acabe frustrado así como la merma de la confianza que los ciudadanos han depositado en ella. Mas dentro de la doctrina penal garantista, FERRAJOLI⁴³ afirma que estamos ante una argumentación circular, en cuanto que el peligro de fuga lo genera en mayor medida el miedo a la propia prisión provisional que la pena definitiva que pudiera imponerse en sentencia. De tal modo que si se le permitiera al imputado permanecer en libertad provisional tendría el máximo interés en preparar su defensa en el periodo previo al juicio y no pensaría en fugarse, al menos hasta la víspera de la fecha del juicio.

En cualquier caso la finalidad concreta debe ser convenientemente plasmada en el auto de prisión preventiva relacionando la finalidad constitucionalmente legítima (8 de las legalmente contempladas en el art. 503 de la LECR) con las graves circunstancias objetivas y subjetivas que envuelven al imputado.

Por lo tanto en cuanto a los motivos, no bastan con los indicios racionales de criminalidad del auto de procesamiento del art. 384 de la LECR. Autores como HEINZ MATTES⁴⁴ afirman que la frontera entre los motivos bastantes y los indicios racionales de criminalidad es puramente cuantitativa.

Ese criterio cuantitativo ya fue establecido en su momento por los comentaristas clásicos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁵, al afirmar que para el procesamiento es suficiente con un solo dato incriminatorio, mientras que para la prisión han de exigirse “motivos bastantes”. De ahí que entendieran que los indicios del procesamiento han de preceder a los motivos de la prisión, con lo cual, lógicamente, el procesamiento debiera ser anterior o, cuando menos, simultáneo a la prisión provisional⁴⁶ lo que, por lo general, no suele suceder en la práctica.

Por lo tanto, la ponderación de valores y circunstancias que ha de realizarse para acordar la prisión preventiva debe contener un elevadísimo índice de certeza y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo. Pues si va a sufrir la privación de su libertad, aunque sea con fines meramente cautelares y de índole procesal, no cabe operar con meras posibilidades razonables de que haya ejecutado el delito, que sí valdrían, en cambio, para dictar el auto de procesamiento.

⁴³ Vid. FERRAJOLI Luigi, op. cit., pág. 558.

⁴⁴ Vid. MATTES, Heinz, *La prisión preventiva en España*, (trad. Gudiel Sierra Manuel) Ed. Servicio de publicaciones del CEU, Madrid, 1975, pág. 27.

⁴⁵ Vid. REUS E., Ley de Enjuiciamiento Criminal (concordada y anotada), Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Vol. 1, Madrid, 1883, págs. 309 y 310. AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo IV, Edit. Hijos de Reus, Madrid, 1913, págs. 200 y 201.

⁴⁶ Se apartan de esa opinión GÓMEZ ORBANEJA, Emilio/HERCE QUEMADA, Vicente *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981, pág. 181.

Modernamente, la moderna doctrina apunta a una sospecha más vehemente de que se ha perpetrado el hecho: es necesario por tanto que sean más y cualitativamente más graves. Consiguientemente, debe haber una diferencia sustancial en cuanto a la cantidad y calidad de los indicios en relación a la mera imputación, que justifique que, atendidas las circunstancias, en un mismo procedimiento por delito grave, unos procesados puedan estar en la prisión provisional y otros en libertad provisional sin fianza.

En nuestra ley rituarial también podemos encontrar locuciones tales como “motivos racionalmente suficientes” (art. 491) y “motivos racionalmente bastantes” para justificar la detención (492.4º). No obstante, el sentir doctrinal⁴⁷ se inclina en entender que en este caso nos encontramos ante unos indicios que requieren un índice de certeza inferior a los del auto de procesamiento y de prisión. Consecuentemente, unas mismas expresiones, al cambiar de contexto y obedecer a distintas funciones y fines, alcanzan un significado diferente.

Finalmente, el TEDH⁴⁸ utiliza la expresión “razonables sospechas” para referirse al juicio positivo de imputación que ha de concurrir necesariamente para acordar o mantener la prisión preventiva.

6. Críticas a la prisión preventiva

Merece reproducir las palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ⁴⁹ para que nos enmarquen cierto sentido generalizado del *usus fori* entorno a esta institución:

“Una reflexión como ésta tiene necesariamente que cerrarse con la convicción de que el trabajo de quien administra un instituto tan contaminado de legitimidad, y tan contaminante como la prisión provisional, termina siendo inevitablemente y aún en el mejor de los casos un trabajo sucio”.

Uno de los problemas es la contaminación inquisitiva que se produce cuando el Tribunal que debe decidir debe también pronunciarse sobre la medida cautelar, cuestión sobre la que ya se ha pronunciado el TEDH⁵⁰. Otro problema y no de fácil solución es la estigmatización que produce en la sala ver en el banquillo de los acusados a un

⁴⁷ Vid. GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad personal*, Ed. Tirant Lo Blanch-Universitat de Valencia, 1995, págs. 114 y 115. PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Ed. Edersa, Madrid, 1990, pág. 240.

⁴⁸ Así en las SSTEDH 28 de marzo de 1990: caso B contra Austria; 26 de junio de 1991: caso Letellier; 27 de noviembre de 1991: caso Kemmache; 12 de diciembre de 1991: caso Toth; 27 de agosto de 1991: caso Tomasi; y 26 de enero de 1993: caso W contra Suiza.

⁴⁹ Vid. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, *Cuadernos de derecho judicial*, Núm. 18, (Ejemplar dedicado a: Detención y prisión provisional), 1996, págs. 44 y 45.

⁵⁰ En la STEDH de 28 de octubre de 1998 en los casos Castillo-Algar, así como la del caso Perote Pellón, de 25 de julio de 2002, imponen una revisión del criterio jurisprudencial español conforme al cual el Tribunal que tiene encomendada legalmente la resolución de los recursos de apelación contra los autos de procesamiento y otras resoluciones del Juez Instructor no se encuentra por lo general afectado por la causa de recusación analizada. Mas estas sentencias del T.E.D.H exigieron un cambio de línea jurisprudencial apreciaron la vulneración del art. 6º del Convenio Europeo en supuestos en los que dos vocales del Tribunal Militar Central español, que resolvieron recursos contra el auto de procesamiento y en el segundo caso mantuvieron también la prisión provisional del procesado, formaron parte posteriormente del Tribunal sentenciador.

imputado que se halla engrilletado y sometido a una medida infamante como la prisión preventiva.

La reiterada jurisprudencia constitucional⁵¹ se muestra “resignada” en su aceptación pero el Alto Tribunal, como valuarte de los derechos fundamentales, no puede dejar de manifestar sus sonoras reticencias con la institución. Así establece que deberá configurarse como una medida excepcional, recalcando su carácter de medida provisional, subsidiaria y de última “ratio ratio”; debiendo ser proporcional a los fines que debe cumplir, exhortando a los Tribunales que la regla general debe ser la libertad.

Lege data, siguiendo la referida jurisprudencia la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su aplicación tenga como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y como fundamento, la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de la medida.

Pero aun pudiendo ser considerada en un determinado momento histórico legítima por ser necesaria y debido a la falta de otras alternativas, no se puede desconocer que plantea graves problemas desde una perspectiva criminológica y penitenciaria pues impide efectuar sobre el preso preventivo una labor resocializadora, al no ser posible desde el punto de vista jurídico efectuar intervenciones sobre un sujeto aún no condenado. La condición de preso preventivo acarrea tan graves efectos de todo orden que padecen los mismos inconvenientes que los penados pero sin disfrutar de ninguno de sus beneficios⁵².

Aun prescindiendo de las resonancias constitucionales que despierta toda medida restrictiva de libertad, no es esta la única repercusión extraprocesal, el proceso en sí mismo tiene una eficacia intimidatoria superior a veces, a la de algunas penas, en especial cuando en él se acuerda la prisión de aquél de quien se sospecha que ha cometido algún delito.

La prisión provisional, además, facilita el aprendizaje delictivo y ocasiona los mismos efectos nocivos, perniciosos y estigmatizantes tanto psíquica como socialmente, que produce la pena privativa de libertad, reuniendo todos los inconvenientes de la pena y ninguna de sus supuestas ventajas. La prisión constituye un factor eminentemente criminógeno al cual se une el miedo al futuro, al escándalo, la incertidumbre y la

⁵¹ STC 333/2006 (Sala 1ª), de 20 noviembre, (García-Calvo y Montiel). Donde se estima el recurso de amparo del recurrente por falta de motivación de las resoluciones que lo sujetaban a esta gravísima medida cautelar. STC núm. 14/2000 (Sala 1ª), de 17 enero, (Cachón Villar) la cual en su FJ 3º realiza un interesante pronunciamiento en cuanto a la ponderación de la medida: “el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial, ya que si la conformidad con éste exige únicamente la expresión de un razonamiento fundado en Derecho, la de aquél requiere además que dicho razonamiento respete el contenido constitucionalmente garantizado al derecho fundamental afectado”. Finalmente, la STC 18/1999 (Sala 2ª), de 22 de febrero, (Jiménez Sánchez) donde redeclara (FJ 2º) que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional supone no sólo un problema de tutela, sino una lesión del derecho a la libertad.

⁵² Vid. MACIÁ GÓMEZ, Ramón I., / ROIG ALTOZANO, Marina, “El nuevo sistema de adopción de la medida cautelar de prisión provisional”, *Actualidad Penal*, Núm. 5, 29 de enero a 4 de febrero de 1996.

preocupación por la marcha del juicio. Sin olvidar las consecuencias psicológicas negativas que recaen sobre el presunto inocente (ansiedad, desmoralización, abandono, degradación, agresividad, descubrimiento del mundo delictivo, desconexión familiar, daños morales y económicos, desprestigio, estigmatización, etc...).

No está de más recordar con CASTRO FELICIANO⁵³, que el imputado que se halla privado preventivamente de libertad (art. 1 y 17 de la CE) lo está debido a la existencia de meros indicios (o sea, de aquellos datos que por deducción lógica indican que se ha tenido participación en un hecho tipificado como delictivo), y no de auténticas pruebas, de modo que el hecho que se le imputa no ha sido sometido a un juicio oral contradictorio en el que haya podido ejercitar con todas las garantías su derecho, también fundamental (art. 24. 1 C.E.), de defensa, con lo que el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2) queda, al menos, en entredicho, cuando no desplazado por la presunción de culpabilidad.

Tan serias son las objeciones a la prisión preventiva que no faltan autores como FERRAJOLI⁵⁴ que postulan un proceso sin prisión provisional, en razón que las finalidades asignadas a aquella pueden cumplirse por otros medios, sí debe reconducirse a sus estrictos límites y a las finalidades que se le vienen asignando desde el pensamiento liberal de la Escuela Clásica o sea, asegurar la persona del imputado en el juicio y evitar la desaparición o la alteración de las pruebas. Mas aunque la posición del italiano *lege data*, nos pudiera parecer un tanto maximalista, es cierto que son estas posturas las que nos conducen con frecuencia a cambiar la situación y acogiéndose a las posibilidades que nos proporciona las nuevas tecnologías, convertir este aparente vacua utopía en una realidad vivida.

7.- La situación real de la prisión preventiva

En nuestras cárceles existen a mayo de 2007 unos 15.359 presos preventivos⁵⁵ (23, 80 % de la población reclusa) sobre 49.155 internos en régimen de cumplimiento (76,20 % del total). Comparando la situación con al de 2001⁵⁶ nos apercibimos que había 10.759 presos preventivos (22,54%) frente a 36.968 en régimen de cumplimiento (que representaban el 77, 46% de la población global reclusa). Por lo que pese a la reforma no se aprecia en modo alguno una tendencia a la disminución de este régimen excepcional sino un estancamiento.

Con estas estadísticas parece difícil sostener en la praxis de que nos hallamos ante una situación absolutamente excepcional. En un estudio criminológico realizado

⁵³ Vid. CASTRO FELICIANO, Antonio Juan, "Reflexiones sobre la prisión preventiva, conveniencia de mantener su configuración actual o necesidad de su reforma: sentido o alcance de ésta", *Revista del Poder Judicial Núm. 37*, marzo de 1995, pág. 275.

⁵⁴ Vid. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo jurídico*, (trad. Andrés Ibáñez, Perfecto), Ed. Trotta, Madrid, 1997, págs. 549 y ss. y 770 y ss.

⁵⁵ Dato recogido de la Dirección General de Instituciones penitenciarias, http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_mensuales/2007/05/poblacion_preventiva.html.

⁵⁶ Vid. Datos sonsacados de mi tesis *Retos del Derecho administrativo frente al sistema penitenciario del siglo XXI*, UNED, Madrid, 2004, pág. 129.

por LÓPEZ RUBIO/ ROSAS LOZANO / TORRES MARTÍN / VICO ARANDA⁵⁷ se afirma que el tiempo pasado en prisión preventiva, el 38% de las personas permanece en esta situación un periodo no superior a un mes, mientras que la estancia preventiva del 25% se sitúa entre uno y dos meses. Finalmente, el 17% pasa de dos a tres meses en prisión preventiva, y se distribuye entre los restantes periodos temporales el 20 % de las personas recluidas en prisión.

Sin embargo, siguiendo estadísticas aportados por DGIP, hemos pasado de tener 64.000 presos en el año 2000 a 73.000 internos en 2008, de seguir este incremento acelerado la cárcel se puede convertir en un lugar foco de futuras pandemias y un lugar donde, desde luego, el tratamiento individualizado no será más que letra escrita sobre papel mojado o un mero subterfugio dialéctico en el que ya nadie realmente cree. Como viene a revelar la propia la Directora General, MERCEDES GALINDO⁵⁸, nuestros centros no podrán soportar con un mínimo de dignidad tamaño hacinamiento y superpoblación. Sabido que en épocas de crisis, como la actual, por razones fácilmente deducibles comportan un crecimiento del número de delitos y el panorama que arroja pues el horizonte es bastante oscuro, cuando no desolador.

8.- Las zonas grises

Existen dos tipos de autos de prisión, en un primer plano hallamos supuestos donde la medida es acordada de forma incuestionable, pues la gravedad del caso y las circunstancias personales del delincuente la hacen incontrovertible. Mas, en un segundo plano, también nos encontramos casos en que la medida es acordada con ciertas reticencias, donde lo que fundamento resolución es una situación donde la prisión se muestra con la única medida válida pero a la par viene rodeada de enormes incertidumbres. Piense en el caso de una agresión sexual en que pese a existir abundantes datos incriminantes se está a la espera del resultado del ADN del semen hallado en la denunciante o una prisión donde el riesgo de fuga viene determinado por la condición de extranjero del imputado sin recursos ni arraigo, laque se realiza para proteger a la víctima de una incierta pero factible potencial agresión, etc.

La realidad va tejiendo una serie casuística de supuestos donde el Juez o el Fiscal se encuentran desarmados en una especie de callejón sin salida, pues saben que con independencia del lado en que se incline la balanza, el margen de equivocación por exceso o por defecto es muy amplio. La insatisfacción sobre lo resuelto es muy alta ya que han tenido que adoptar una rápida decisión en base a elementos tan futuribles como imprecisos.

Son estas zonas grises las que son objeto de este análisis, aquellas en los que un Estado democrático avanzado debe avanzar, proporcionando a los jueces mecanismos para asegurar la presencia del imputado sin que se incurra en una grave negligencia o irresponsabilidad.

⁵⁷ Vid. LÓPEZ RUBIO, Dolores C./ ROSAS LOZANO, M^a Victoria/ TORRES MARTÍN, Luis/ VICO ARANDA, Jose M^a, “ La prisión preventiva”, *Boletín Criminológico*, Núm. 17, Febrero, 1996, pág. 2.

⁵⁸ Así siguiendo a las manifestaciones recogidas por la Agencia Efe con fecha de 11 de agosto de 2005 la referida Directora General ante el hacinamiento y superpoblación carcelaria solicitó públicamente a los poderes legislativo y judicial otras “opciones” distintas a las penas de cárcel como castigo a los delitos. Para la Directora General, los problemas de la sociedad no se solucionan "mandando más gente a la cárcel, por lo que pidió evitar leyes “restrictivas”, las culpables, a su juicio, de la “sobrecapación” en las prisiones españolas.

En el ámbito judicial el abuso excesivo de la prisión preventiva puede ser paliado reconduciendo ese ya referido 23,8 % de casos de internos preventivos sobre la población penitenciaria global, a un bagaje ciertamente inferior pues la mayoría de ese porcentaje quedaría reconducido a puras medidas de control y al aseguramiento de la presencia del imputado en el juicio sin necesidad de recluir a los internos. Hay que alejar el concepto de pequeña delincuencia del de prisión preventiva pero para ello, no basta con una postura doctrinal más o menos elucubrativa, sino dotar a los órganos judiciales un haz de medidas de control sobre los internos que impidan que las actitudes rebeldes de los pequeños delincuentes conviertan la Administración de justicia en un mero *desideratum*.

Lógicamente, otro modo de luchar contra la prisión preventiva es acelerar al máximo la maquina instructora estatal acortando los tiempos de estancia. Mas estos buenos propósitos, que nunca deben ser abandonados, no siempre son posibles pues se dependen de variables inciertas como exámenes de laboratorios o cualesquiera otra pericial imprescindible al caso, ofrecimiento de acciones a perjudicados o sus familia, la llamada a un testigo de difícil localización, etc.

Estas zonas grises deben actualmente interpretarse, siempre que sea posible, a favor de la libertad, pues no podemos olvidar que la libertad representa un papel nuclear en el sistema del Estado democrático de Derecho, y en el seno del mismo las privaciones de libertad resultan odiosas, más aún cuando se ha prescindido del resultado del desarrollo del proceso. Como pone de relieve RODRÍGUEZ RAMOS⁵⁹ “las dudas deben resolverse en contra de la procedencia de la prisión preventiva, pudiendo en tales casos optar por otras resoluciones alternativas tales como la libertad con o sin fianza, el arresto domiciliario, la prohibición de salir del territorio nacional con privación de pasaporte, la obligación de comparecer periódicamente en el juzgado, entre otras”.

9.- Alternativas actuales a la prisión preventiva

Poco a poco, el Derecho va forjando una serie de posibilidades o auxilios al órgano judicial para poder eludir la aplicación de esta draconiana medida. Así junto a la comparecencia “apud acta” quincenal, semanal o incluso diaria, al Juzgado (art. 530 de la LECR), nos encontramos un ya numeroso elenco de medidas cautelares: la fianza personal (art. 529 LECR)⁶⁰, la retención del pasaporte (art. 530 LECR), la retención del permiso de conducir (art. 529 bis de la LECR). Junto a ellos existen importantes medidas cautelares de protección a la víctima como con el alejamiento e incomunicación de su potencial agresor (art. 544 bis LECR) o la orden protección (art. 544 Ter LECr).

La Resolución 22 del Comité de Ministros del Consejo de Europa (9 de abril 1965) recomienda como medidas alternativas a la prisión provisional las siguientes: la vigilancia domiciliaria, la orden de no abandonar un lugar determinado sin previa autorización del juez, la orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades,

⁵⁹ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, “La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad”, *Revista La Ley*, 1984-2, pág. 1059.

⁶⁰ En este sentido CONDE SALGADO, Remigio, (op.cit, pág. 256), critica que aunque la fianza es la medida más universal para eludir la prisión preventiva, pero no puede ser considerada la mejor. Hacer depender la libertad de las posibilidades económicas de una persona. Para el autor está conexión entre economía y derecho fundamental no está justificada.

la retirada del pasaporte u otros documentos de identidad, la prestación de una fianza y el internamiento de jóvenes delincuentes en una institución especializada.

Mas aun siendo herramientas positivas que cumplen un importante papel procesal, no es menos cierto es que su aplicación deja vacías demasiados espacios jurídicos que tiende a ser cubiertos con la prisión provisional, que en algunos parece constituirse en una especie de panacea.

Como consecuencia del principio de seguridad jurídica, el Derecho –tal como afirma RUGGIERO⁶¹- padece “horror vacui”, por eso para que la sociedad no se convulsione es preciso que las medidas alternativas sustitutivas de la prisión provisional gocen a su vez e un alto grado de certeza y eficacia.

10.- La prisión atenuada del art. 508 LECR

El referido artículo establece que “los jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave riesgo para su salud”. Esta referencia a la prisión atenuada es insuficiente e incompleta, debiendo acudir a la Ley de 10 septiembre de 1931. Conforme a la misma la prisión atenuada consiste en el arresto domiciliario, con la vigilancia que se considere necesaria⁶².

El art. 85 del CP de 1973 posibilitaba el cumplimiento del arresto menor en el propio domicilio del condenado siempre que “no tuviese motivo deshonroso ni fuese por hurto o defraudación”.

En el Derecho procesal militar destaca la LO 2/ 1989 de 13 de abril, Procesal Militar, cuyos artículos 225 a 229 regulan minuciosamente la prisión atenuada y en especial el art. 226 prevé que podrá llevarse a cabo por circunstancias especiales en el domicilio del sujeto⁶³.

Pero pese a que es una medida notoriamente menos gravosa, como muy bien manifiesta nuestro Tribunal Constitucional⁶⁴ la prisión atenuada no es una medida restrictiva de libertad sino privativa de la misma:

“no a las disimilitudes de la prisión atenuada con la situación de prisión "ordinaria" en el sentido de la STC 14/1996, o, si se quiere, con la de prisión "rigurosa" (art. 27 CPM) , sino a las disimilitudes de la prisión atenuada con la

⁶¹ Vid, DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho Civil*, 4ª Ed. Italiana [Nápoles marzo 1915], (trad. Serrano Suñer Santa-Cruz, José), Ed. Reus, Madrid, 1925, pág. 163.

⁶² Para autores como ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier / QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931”, *La Ley Núm. 6174*, 24 de enero de 2006, págs. 1-6.

⁶³ Donde textualmente se preceptúa: “*La prisión atenuada se sufrirá: 1º. Por los militares profesionales y paisanos, con la vigilancia que se considere necesaria, en sus respectivos domicilios, o de ser preciso, en establecimientos hospitalarios. 2º.-Por los militares no profesionales, con la vigilancia que se considere necesaria, en las Unidades a que pertenezcan, en las que prestarán los servicios que sus Jefes les encomienden, o en establecimiento hospitalario militar si fuese preciso o, excepcionalmente, en su domicilio*”.

⁶⁴ STC 56/1997 (Sala 1ª), de 17 de marzo, (Cruz Villalón) (FJ 10º) A esta sentencia se formularon tres votos particulares por parte de los Magistrados Gimeno Sendra, Ruiz Vadillo y Jiménez de Parga.

situación de libertad...Desde dicha perspectiva forzoso es concluir que la prisión atenuada no es una situación de restricción libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso segundo, y consiguientemente 4, inciso segundo, C.E. Pues en este caso, sencillamente, la perspectiva se invierte. Mientras en las medidas cautelares restrictivas de la libertad, esta libertad es la regla y la medida personal la excepción, en el régimen de la prisión atenuada que prescriben los arts. 226 y 227 L.O.P.M la sustracción de la libertad personal es la regla y su atenuación, como ya su propio nombre indica, la excepción....En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo o a cumplir sus obligaciones religiosas es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 C.E.)”.

Tras la reforma de la LO 15/ 2003 de 25 de noviembre, se introduce la pena de localización permanente en su propio domicilio donde se obliga al penado por juicio de faltas (o por responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa del art. 53 CP) a permanecer en su domicilio. Por analogía se prevé doctrinalmente la posibilidad de aplicar medios electrónicos para asegurar el cumplimiento de su decisión judicial (en relación al art.48.4 CP que lo prevé, en principio, sólo para las medidas de alejamiento).

Este vacío normativo ha sido cubierto por la Exposición de Motivos de la LO 15/ 2003, donde se afirma que la nueva pena se basa “*en la aplicación de las nuevas medidas que proporciona el desarrollo tecnológico*”, con lo que parece que se quiere impulsar su cumplimiento por medios de control telemático. Pues como señala la Circular del a Fiscalía 2/ 2004, de 22 de diciembre, el legislador ha sido parco en la legislación de esta pena y ha dejado abierta numerosas cuestiones sobre su ejecución.

Como una esperanzadora nueva posibilidad ha aparecido la medida cautelar de prisión atenuada⁶⁵, si bien limitada a los supuestos de complicaciones con la salud. El antiguo art. 505.2 de la LECR limitaba la aplicación de la prisión atenuada a los supuestos en los que por la enfermedad del inculpado, el internamiento entrañara grave riesgo para su salud, mientras que la Ley de 10 de septiembre de de 1931 (que la mayoría de la doctrina considera vigente⁶⁶) establece su ámbito de aplicación a los supuestos en los que concurren razones cualificadas de trabajo (recordemos el auto de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de 8 de enero de 1986 que concedía este régimen de prisión para José María Ruiz Mateos, para desarrollar sus ocupaciones bajo vigilancia policial).

Tras la Disposición final 1ª. 1º g) de la LO 15/ 2003, de 25 de noviembre, se extiende los supuestos de aplicación no sólo cuando debido a la enfermedad entrañe un grave peligro a la salud sino también en los supuestos de toxicomanías aunque aquí no es en un domicilio sino en un centro oficial de desintoxicación o una organización legalmente reconocida.

⁶⁵ Vid. DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “La nueva prisión atenuada domiciliaria ¿Una alternativa a la prisión provisional ordinaria”, *La Ley*, Núm. 6.148, de 16 de diciembre de 2004, págs. 1-8.

⁶⁶ Vid. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier/ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia “La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Núm. 1, 2005, págs. 1635-1643.

La carencia en nuestra normativa de medidas alternativas efectivas a la prisión provisional aconseja, acogiéndose al principio hermenéutico “favor libertatis”, ampliar el campo de aplicación de la prisión atenuada siempre que concurran especiales circunstancias en el sujeto pasivo del proceso.

A mi juicio, los tribunales acogiéndose al principio general del Derecho “quien puede lo más, puede lo menos” y la proporcionalidad de la medida están facultados para ampliar el campo de actuación del art. 508 de la LECR realizando una interpretación extensiva del precepto. Otra cosa que la falta de previsión normativa, nos sitúe en un escenario huérfano de garantías.

11. Derecho y revolución telemática

Uno de los principales problemas que se encuentra el Derecho en el siglo XXI es su dificultad para poderse acoplar al vertiginoso avance de la ciencia. Como refiere MARTÍN LLANO, los modernos avances científicos generalmente van por delante del Derecho. Este asincronismo⁶⁷ entre Ciencia y Derecho origina un vacío jurídico que debe ser cubierto lo más rápidamente posible por el Estado.

Platón escribió: “*Podemos perdonar a un niño si teme a la oscuridad. La verdadera tragedia es cuando un adulto teme ver la luz*”. Detrás de todo descubrimiento el ser humano comporta una actitud de renuencia y desconfianza hacia la nueva realidad. Contrariamente a lo que se cree esta actitud negativa no es perniciosa pues produce efectos positivos ya que nos sirve para a través de la crítica, poder acomodar el nuevo hecho a nuestros parámetros de vida. El problema surge cuando esta actitud se transforma en un vacío obstruccionismo, en un inmovilismo que impide mejorar la realidad vigente.

Este talante obstruccionista, bastante español (“*que inventen ellos*”, parafraseaba lamentablemente Miguel de Unamuno), renuente a aceptar la tecnología puede reportar una situación de especial atraso a nuestro país. La indebida demora para incorporar una serie de técnicas que se manifestaron en el extranjero como útiles, debe incidir, cuando menos, en que aquí sean objeto de un sereno debate.

Llamamos revolución telemática a la fusión de las telecomunicaciones y la cibernética lo que implica una nueva sociedad marcada por una ruptura de las coordenadas espacio temporal y espacial para configurar un nuevo tipo de sociedad: la sociedad ubicua.

Detrás del proceso de síntesis tecnológica avanza una sociedad caracterizada por una serie de retos e inquietudes pero a la par de peligrosas incógnitas donde se vislumbra la posibilidad de que el individuo (y la dignidad que comporta) pueda ser subyugado frente a la mecánica del Poder induciéndonos a convertirnos en un mundo orwelliano donde la libertad se haya desvanecido y todo se halle programado.

Para evitar incurrir en estos lamentables escenarios antiutópicos, la moderna doctrina jurídica ha reaccionado enarbolando los llamados “Derecho humanos de tercera

⁶⁷ Vid. MARTÍN DE LLANO, M^a Isabel, “El Derecho a la vida y a la integridad física y moral”, *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, (Coord. Sánchez González, Santiago), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 143-144.

generación”⁶⁸ enfocados a la defensa de ámbitos de intimidad que permitan a su vez un espacio de libertad, donde el comportamiento del individuo no se halle contaminado por presiones o influencias externas.

Decía PASCAL que todo tiene dos caras, nada más cierto en la revolución telemática, donde sus utilidades nos facilitan conseguir un mundo con mayor bienestar y calidad de vida, pero al mismo tiempo no podemos desconocer que detrás de los nuevos artilugios puede esconderse una nueva cara oculta, opresiva y orwelliana.

Al decir de MORÓN LERMA⁶⁹ la humanidad ha venido midiendo su progreso en términos de tecnología. Desde la revolución industrial que duró doscientos años han aparecido tres revoluciones más en términos de tecnología, cada una más corta pero más compulsiva, la era electrónica, representada por la aparición y masificación de los PC, la era de la información, en que los PC, integrados ya incluso en el ámbito doméstico, empiezan a interconectarse en redes de información; y por último, una última etapa en que la normalización de todo tipo de redes informáticas y por la aparición de una nueva sociedad, la digital, con una cibercultura y un espacio propio: el ciberespacio.

Con escaso tiempo para asimilarlo, el sistema social, ha visto alterado su *modus vivendi* de una forma substancial, sin tiempo apenas para poder meditar que se esconde de bueno y que hay de malo tras las nuevas tecnologías.

12. Arresto domiciliario bajo control electrónico

Esta medida ya no puede ser contemplada en el derecho comparado como un pintoresco recurso subsidiario⁷⁰. Así en países como Australia se empieza a estructurar como un polo vertebrador que engloba toda una gama de medidas cautelares⁷¹.

Más de siete mil internos de todo el país han utilizado este dispositivo desde que en el año 2000 comenzaron las primeras experiencias. Actualmente existen en España

⁶⁸ Vid. SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. A, *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*

⁶⁹ Vid. MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red*. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 136.

⁷⁰ Así también se manifiestan IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel/ PÉREZ PARENTE, Juan Antonio, (“La pena de localización permanente y su seguimiento con medios de control electrónico”, *Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2006*, pág. 1082) quienes manifiestan: “De hecho, si en esta primera etapa, esta vía se presentaba como una novedad exótica en el ámbito de las alternativas a la ejecución de las alternativas a la ejecución de la pena, en la actualidad se ha consolidado como componente firme del sistema de sanciones, con expreso reconocimiento legal”. Con anterioridad los autores ven en ella una plasmación de la política criminal de orientación progresista, que anhela la reducción de la pena privativa de libertad, haciendo factible el principio de intervención mínima.

⁷¹ Así BLACK, Matt/ Smith, RUSSELL G., “Electronic Monitoring in the Criminal Justice System”, *Australian Institute of criminology*, Núm. 254, Mayo de 2003, págs. 1-6. También FOX, Richard G. 1987. “Dr. Schwitzgebel's Machine Revisited: Electronic Monitoring of Offenders”, *Australian and New Zealand Journal of Criminology Núm. 20*, págs. 131-147. (Como dato relevante a considerar el 34, 79 de los presos norteamericanos son afroamericanos frente a un 27.5 % de latinos). Una información más detallada puede ser analizada en la página web del Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, “Prison and Jail Inmates at Midyear 2006”, 6 de abril, 2006, para ello consultar: <http://www.ojp.gov/bjs/funding.htm>.

1.834 internos que se hallan bajo control electrónico, en general los niveles de cumplimiento han sido más que aceptables. Sin embargo es frecuente en este país una hipervaloración de casos puntuales en base a un caso concreto de alta repercusión en los mass media. Sea como fuere, lo ocurrido en Pontevedra en el caso del interno Maximino Couto ha hecho saltar todas las alarmas y ha revelado ciertas deficiencias técnicas que desprestigian la arquitectura del sistema.

Este tipo de críticas al sistema suelen partir de personas desconocedoras las posibilidades de la ciencia y son poco conscientes de su inmediato e irrefrenable avance. Por ejemplo, como apunta Baumer, el seguimiento de una especie de una especie en vías de extinción en una selva subtropical es más preciso que el que se puede llegar a tener sobre cualquier ciudadano medio. Y aunque los sistemas GPS hoy por hoy apuntan algún tipo de lagunas, sería bastante simplista creer que con la marcha del tiempo los sistemas no se van a volver exhaustivos hasta el milímetro y los que reclaman mayores cotas de control se verán saciados en sus expectativas hasta el hartazgo.

Lo que este tipo de críticas parece desconocer, es que cuan ecuación aritmética, con el avance del control la libertad de los internos (y también en cierta medida de sus familias) se va a ver proporcionalmente restringida) y es esto lo que debería ser objeto de debate más que el fallo aislado de algún tipo de mecanismos. La experiencia nos muestra como las maquinas suelen ser más precisas y fiables que los hombres los hombres que las idean.

Por lo tanto estos debates derivados de hechos aislados son parte natural del proceso de instauración de las nuevas técnicas que como todo proceso en sus fases iniciales apuntan fallos. Sin embargo dado el número cuantitativo de fallos ha sido el Reino Unido donde estos sistemas han sido criticados con más dureza desde el punto técnico (sobre todo por la denominada prensa amarilla), mas hoy en día los avances de la ciencia han sabido acallar este tipo de criticas.

Psicológicamente, es natural en el hombre que siempre, tras la llegada de cualquier cambio, un grupo social se coloque en una actitud negativa, obstruccionista y reacia al mismo, amante de las ventajas del viejo sistema y temeroso frente a las nuevas novedades. No obstante, si este cambio proporciona una utilidad y un beneficio la gente con mentalidad abierta acaba imponiéndose como una mayoría.

De todas ellas el arresto domiciliario o prisión atenuada parecía en principio la menos atractiva, dada en principio su franca posibilidad de fuga. En el Derecho romano se vinculaba a una medida. En el Derecho del Antiguo régimen se aplicaba, en caso de indulto, a los condenados a la pena de muerte. En el periodo codificador decimonónico se introduce como una pena en el catalogo de las privativas de libertad o como forma de ejecución dentro de las mismas.

Aunque las cifras en Estados Unidos no son exactas debidos a que se combinan sistemas penitenciarios de la más diversa índole (federales, estatales, públicos y

privados) se calcula una cifra entre 600.000 a 800.000 personas se están sometidas a alguna medida de control telemático durante su periodos de *parole* o *probation* (que se sitúa en 5.400.000 personas). Hemos de recordar que 6.9 millones de personas se encuentran sujetas a medidas penitenciarias sobre una población global de 302.688.000 de personas (3.2% de la población adulta).⁷²

En Italia el arresto domiciliario bajo control telemático no es ninguna novedad des de su introducción en el 2001 como alternativa a la prisión provisional y al cumplimiento de las penas pequeñas de privación de libertad, la tendencia a propagarse puede ser definida como irrefrenable⁷³.

En el Reino Unido puede ser considerado como el primer país en proclamar sencillamente que “los sistema de control a distancia es una parte clave de los sistemas de control a distancia”,⁷⁴. En este país entre 1999 y 2005, alrededor de 225.000 personas se han sometido a medidas de vigilancia electrónica, adoptadas por los dos tipos de resoluciones judiciales existentes (*Home Detention Curfew o Adult Curfew Orders*)⁷⁵.

Aunque tampoco faltan reticencias en su aplicación, como refieren AIRS/ ELLIOTT/ CONRAD⁷⁶ si bien con las experiencias piloto iniciales en Norfolk, Norwich y Manchester fueron ampliamente satisfactorias con la masificación del empleo de estos mecanismos ha ido creciendo paulatinamente de problemas, pues se nota una carencia de infraestructuras para hacer frente a un proceso en que las autoridades judiciales (quizás victimas de una prístina euforia inicial) han ido declinando sin mesura un número ingente de las referidas ordenes, que ha generado amplias disfuncionalidades. Aunque los autores refieren que un 5%⁷⁷ de los sometidos a la medida consiguieron en zafarse de la medida, lo que ha reflejado cierta crisis en el sistema telemático británico, examinado el panorama globalmente siguen confiando en la eficacia de las medidas.

En Canadá, primera normativa sobre vigilancia electrónica data de 1974 (*Ley sobre protección de privacidad*). Ya entonces el Parlamento se encontraba preocupado sobre las consecuencias de la revolución tecnológica. Sin embargo como apunta

⁷² Vid. WALMSLEY, Roy, *World Prison Population List*, International Centre for Prison Studies, 7ª Ed., Londres, 2007, pág. 1. También TONRY, Michael, “Crime and Punishment in America, 1971-1996”, *Overcrowded Times*, abril de 1998, pág. 15.

⁷³ Vid. AUTIERI, Daniele, “Un braccialeto diverso”, *La due Città*, Núm. 12 año II, pág. 14. En Italia y Australia la vigilancia electrónica a distancia mas que como un sistema de vigilancia global se entiende como un sistema de arresto domiciliario mediante el sistema de los “toques de queda”

⁷⁴ Así lo hace su gobierno en su informe *The Electronic Monitoring of Adult Offenders*, National Audit Office, (NAO), Londres, 30 de enero de 2006, págs. 1-13. se destaca en el informe aparte de la efectividad de las medidas que es menos lesiva para los intereses del recluso (se constanten efectos rehabilitadotes con la adopción de esta medida) y considerablemente más económica que la retención en centros de custodia.

⁷⁵ Antes del 4 de Abril de 2000, se adoptaba la Adult Curfew Order bajo el marco de la Criminal Justice Act 1991, posteriormente será adoptada en el seno de las potestades de la Powers of Criminal Courts (Sentencing) Act 2000. Mas será con la Criminal Justice Act de 2003 la que dará mayores potestades a a los jueces para que la impongan en sentencia atendiendo a la concurrencia de una multiplicidad de supuestos.

⁷⁶ 11 Home Secretary, House of Commons 20 November 1997, Hansard columns 453-454.

⁷⁶ Vid. AIRS, Jennifer / ELLIOTT, Robin / CONRAD, Esther, *Electronically monitored curfew as a condition of bail – report of the pilot*, Home Office, Communications and Development Unit, Research, Development and Statistics Directorate, Londres, 2001, págs. 23 -53.

⁷⁷ Vid. AIRS, Jennifer / ELLIOTT, Robin / CONRAD, Esther, op. cit., pág. 60.

BÉLIVAU⁷⁸ no aporta más que una protección incompleta contra los riesgos de la intromisión tecnológica en la vida privada.

En el importante estudio estadístico realizado en este país por BONTA/WALLACE-CAPRETTA/ROONEY⁷⁹ llegan a la conclusión que no es fácil dar un resultado global sobre el éxito o fracaso de estas técnicas, dependiendo del punto de vista que se observe. Así los autores afirman que durante la ejecución de los programas prácticamente no se produjeron incidencias, y los sujetos sometidos a control cumplieron con las expectativas creadas en torno a ellos. Sin embargo, resulta llamativo que, cuando estos programas finalizaron, los índices de reincidencia se volvieron a equiparar con el resto de los internos sujetos a la *probation*, por lo que sólo se aprecia una mínima reducción en los niveles de reincidencia.

La explicación, bajo mi punto de vista, es que los medios electrónicos no son un fin en si mismo, ni comportan necesariamente la rehabilitación del sujeto a estas técnicas. Son un medio más para conseguir el fin resocializador pero el Derecho penitenciario no puede dejar de lado otras técnicas también útiles (programas formativos, desintoxicadores, laborales, etc.) que inciden en reducir los porcentajes de reincidencia.

Esta afirmación es compartida en la práctica por parte de las autoridades canadienses. Así como refieren BONTA/WALLACE-CAPRETTA/ROONEY⁸⁰, cuando en 1998 en New Founland afrontan el programa para delincuentes con más alto riesgo, deciden aplicar conjunta y más intensivamente otros programas de tratamiento.

Un dato muy significativo, y que debería ser considerado por las autoridades españolas de cara a una futura regulación penitenciaria es que cuando la vigilancia electrónica viene acompañada del soporte humano los efectos resocializadores se hacen más acusados. En efecto, cuando la vigilancia viene acompañada de la labor asistencial del oficial de la condicional (*probation officer*) la reacción por parte del vigilado era mucha más positiva⁸¹. Esta humanización en el modo de gestionar la vigilancia electrónica permitiendo un mayor contacto entre vigilante y vigilado parece producir un efecto tranquilizador en el sometido a estas técnicas.

Desde el plano de la técnica jurídica Canadá ha sufrido una positiva evolución en orden a la búsqueda de las garantías con estas técnicas. Para BÉLIVAU⁸² el Derecho canadiense ha sufrido una evolución jurídica que ha pasado de una regulación jurídica casi abstencionista a otro marco jurídico con una total protección jurídica del individuo.

El proceso se inicia cuando los Tribunales resuelven sobre una serie de casos donde la curia aprecia una desprotección en materia de derechos fundamentales, así surgen una serie de precedentes legislativos en esta materia muy significativos: Durette (1992), Garofoli, Archer (1989), Pasaluko (1993), Hunter (1987).

⁷⁸ Vid. BELIVAU, Pierre, "La surveillance électronique au Canada de 1974 a 1993: une révolution juridique", *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, núm. 2, Bulletin de la société générale des prisons et de la législation criminelle, abril-junio de 1996, pág. 101.

⁷⁹ Cfr. BONTA, James, WALLACE-CAPRETTA, Suzanne y ROONEY, Jennifer., "Can Electronic Monitoring make a difference? An Evaluation of Three Canadian Programs" en *Crime & Delinquency*, vol. 46, núm. 1, 2000, pág. 73.

⁸⁰ Cfr. BONTA, James, WALLACE-CAPRETTA, Suzanne.; ROONEY, Jennifer, op. cit., pág. 72.

⁸¹ Así lo afirman , James, WALLACE-CAPRETTA, Suzanne y ROONEY, Jennifer., pág. 73.

⁸² Vid. BELIVAU, Pierre, op. cit., pág. 118.

Pero quizá sea Suecia⁸³, una vez más en el mundo penitenciario, la nación más avanzada en esta materia. Así sobre una población reclusa de 10.400 internos en Instituciones penitenciarias, 3.100 estaban desarrollando programas en semi-libertad bajo medidas de vigilancia electrónica. (29, 80 % de la población reclusa).

Poco menos se puede decir de la fulgurante y diversa aplicación de medidas electrónicas que se está produciendo en Francia sobre la población penitenciaria⁸⁴. En el país galo, la materia apareció regulada por la ley 97-1197, de 19 de diciembre de 1997, que incorporó el art. 727-3 al Código de Procedimiento penal, según el cual en caso de una o varias condenas privativas de libertad, cuya duración total no supera un año o cuando lo que le resta por cumplir no exceda de ese marco temporal, el Juez encargado de la ejecución de las penas puede decidir, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal o del propio condenado que la pena se ejecute en régimen de arresto bajo vigilancia electrónica. Para poder acordarla se precisa el consentimiento expreso y libre del condenado, convenientemente asistido de su letrado, asimismo se subordina a que se someta a periódicas supervisiones de los facultativos. El Juez está capacitado para imponer un plan diario así como un régimen de salidas al trabajo.

La experiencia francesa muestra según numerosos inconvenientes y problemas de adaptación, pero progresivamente, como afirman LEVY /PITOUN⁸⁵ se puede decir que el margen del éxito en la aplicación de las medidas, las haciendo cara a un futuro bastante prometedor, constituyéndose como uno de los posibles frenos al desmesurado incremento de la población penitenciaria.

En Alemania se plantean la integración del concepto de arresto domiciliario con el de vigilancia electrónica en el sistema de sanciones como una alternativa a la prisión (como una forma especial de ejecución penal) o como una nueva pena principal en el contexto de la suspensión condicional de la pena (*Strafaussetzung zur Bewährung*), mas a los efectos del presente artículo resulta interesante la posibilidad de aplicación como sustitutivo de la medida cautelar de prisión preventiva en el § 116-1-3 StPO.

De forma análoga también en Portugal se modificó en 1999 el Código de Procedimiento penal permitiendo aplicar esta vía telemática para atenuar la prisión preventiva.

⁸³ Según HAVERKAMP en Suecia hasta finales de 2002 se venían resolviendo unas 3000 ordenes de detención bajo arresto domiciliario y supervisión electrónica [Vid. HAVERKAMP, Rita, *Elektronisch überwachter Hausarrestvollzug: Ein Zukunftsmodell für den Anstaltsvollzug? Eine rechtsvergleichende, empirische Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Schweden*, Friburgo, 2002, págs. 122, 156 y 518.

⁸⁴ Vid. LEVY, René, “De l’assignation à domicile à la surveillance mobile : genèse et développement du placement sous surveillance électronique en France”, *Communication à la 5e Conférence sur la surveillance électronique*, Egmond aan Zee 10-12 mayo de 2007, págs. 1-14 y del mismo autor *Electronic Monitoring: Hopes and Fears*, Mayer M., Haverkamp R., Lévy R. (eds.), *Will Electronic Monitoring Have a Future in Europe ?*, iuscrim, Friburgo, 2003, págs. 14-35.

⁸⁵ Vid. LEVY, René / PITOUN, Anna, “L’expérimentation du placement sous surveillance électronique en France et ses enseignements (2001-2004), *Déviance et société*”, Vol. 28, Núm. 4, 2004, págs. 411-438. También, en análogo sentido KUHN, André / MADIGNIER Bertrand, “Surveillance électronique: la France dans une perspective internationale”, *Revue de Sciences Criminelles et de Droit Pénal Comparé, (R.S.C.D.P.C) Núm. 4*, 1998, págs. 671-686.

Como regla general en la mayoría de los países aludidos, el arresto domiciliario bajo vigilancia electrónica no se contempla como una medida aislada, sino que en aras de conseguir el propósito resocializador, universalmente aceptado, se encuadra dentro de programas de ejecución. Dentro de estos programas cumple una función dentro de las distintas fases por las que pasa un interno hasta alcanzar la libertad. La vigilancia no viene a configurarse como un elemento mecánico incomunicado con otras medidas, muy por el contrario se combina con un calendario de actividades laborales, sesiones de terapia o educativas y un aluvión de propuestas formativas que el condenado tiene que ir cumpliendo. A veces se fijan salidas programadas, y siempre existen periodos de “descanso” donde el condenado puede desinhibirse del aparentemente férreo control pueda tener sus horas de contacto familiar e íntimo con su allegados. Se fijan unos horarios de “toque de queda” donde el interno debe estar obligatoriamente en casa (que suelen oscilar entre las cinco y las ocho de la tarde).

En los casos de toxicomanías se pueden establecer exámenes periódicos y aleatorio de consumo de alcohol y drogas, practicado por personal especializado o conectado al aparato de vigilancia, cuyos resultados convenientemente digitalizado para a una unidad de información central (caso sueco⁸⁶). Es muy importante a la hora de no deshumanizar la relación que el responsable de su evolución, (oficial de la condicional o cargo similar) mantenga un contacto humano y directo con el vigilado.

Dependiendo del grado de rigor que se imponga a la prisión preventiva cabe perfectamente (conforme a los modernos sistemas GPS) que el preso preventivo pueda acudir regularmente a su trabajo, imponiéndoles los referidos toques de queda que el Juez o Tribunal consideran adecuados a sus circunstancias⁸⁷.

En general podemos decir con WHITFIELD⁸⁸ que tras las posibilidades actuales de miniaturizar a través del chip cualquier información y transmitirla vía telemática de modo casi instantáneo a cualquier punto del globo las posibilidades de aplicación aparecen poco menos que ilimitadas. Por lo tanto, parece necesario que el derecho encauce y discipline estos intrusivos instrumentos, convirtiéndolos en un medio útil al servicio de los derechos fundamentales y no en un fin autónomo.

13.- La necesidad de instaurar un oficial del condicional

Aunque se intentara dar un punto netamente mecanicista al sistema (lo que sería totalitario, inhumano y anticonstitucional) es lo cierto es que la libertad vigilada carece de sentido si no hay un referente humano al otro lado. Dicho factor humanitario debe ser un profesional con conocimientos psicológicos, pedagógicos y jurídicos que hacen que debiera ser un profesional especializado para poder afrontar las miles de vicisitudes que se derivan del cumplimiento de una pena de este tipo.

⁸⁶ Sobre este particular Vid. WEBER, Jonas P, *Der elektronisch überwachte Hausarrest und seine versuchsweise Einführung in der Schweiz*, Helbing & Lichtenhahn, Basilea, 2004, en especial pág. 49-92.

⁸⁷ Para una visión global y más completa, mi libro *Sistema penitenciario y revolución telemática ¿El fin de los muros en las prisiones? Un análisis desde la perspectiva del Derecho comparado*, Slovento, Madrid, 2005.

⁸⁸ Vid. WHITFIELD, Dick, *The Magic Bracelet. Technology and Offender Supervision*, Ed. Waterside Press, Winchester, 2001, págs. 64 y ss. El autor refiere como paulatinamente se van superando los problemas de cobertura y los fallos del sistema, convirtiéndolo en la actualidad a los modernos dispositivos en casi absolutamente fiables.

Por ende, el sistema precisa de un profesional que cumpla las funciones del probation officer del derecho anglosajón o el delegado del derecho penal chileno cuya misión es velar porque se cumplen los objetivos legalmente señalados e informar periódicamente al tribunal de los progresos, de las ausencias y de cuando las circunstancias determinan la revocación de la medida.

En la actualidad en la legislación de menores española, esta misión está siendo desarrollada por los empleados autonómicos adscritos a los centros de ejecución de menores, siendo destacable el creciente proceso de privatización que se produce en los mismos comporta que estas misiones no están siendo desempeñadas por funcionarios especializados. El art.18 del Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, se limita a referirse a que “una vez designado el profesional encargado de la ejecución de la medida y notificada la designación al juzgado de menores, se entrevistará con el menor al efecto de elaborar el programa individualizado de ejecución de la medida”. Por lo tanto debe ser un profesional especializado en el trato de menores, en cualquier caso el éxito o el fracaso de esta medida va a depender, en gran medida, de su mayor o menor pericia profesional.

El nuevo art.49 bis del Anteproyecto seno se refiere a los profesionales encargados de supervisar el cumplimiento. Tan sólo hay una referencia a la misión que deberá ser informar al Juez de Vigilancia para que sea éste el concrete las decisiones. Así podemos leer en su párrafo 5:

“Durante la fase de ejecución el Juez de Vigilancia, oído el Ministerio Fiscal, concretará las obligaciones del condenado, pudiendo modificarlas en lo sucesivo conforme a la evolución del reo, y controlará su cumplimiento, requiriendo periódicamente los informes que considere necesarios a las Administraciones públicas correspondientes. Las demás circunstancias de ejecución de esta pena se establecerán reglamentariamente ”.

No hay una mención a los expertos que deben velar con su contacto personal por el objetivo resocializador, delegando esta labor de seguimiento al Juez en su despacho a través de fríos informes. Sin embargo, la doctrina , en el Derecho anglosajón lejos de contemplar a este funcionario como un factor secundario se le enfoca como un aspecto fundamental y esencial en aras a lograr los objetivos propuestos con su cumplimiento.

14.- Problemas de constitucionalidad de las nuevas tecnologías

Entiendo con LUZÓN PEÑA⁸⁹ que el punto esencial de debate es la problemática que crea en relación a los derechos fundamentales con los principios constitucionales y los político criminales inherentes a nuestro Estado de Derecho. Coincido con el autor en entender, que al menos están en juego, la dignidad humana y la prohibición de medidas contrarias a ella, el control técnico e informático de la intimidad y de la libertad, y los principios de necesidad y proporcionalidad.

Ahora bien antes de hablar proporcionalidad parece necesario conocer cuáles son los límites tanto de los avances tecnológicos para luego poder ponderarlos a los lícitos objetivos que el Estado puede tener para garantizar la seguridad de sus ciudadanos. Basta hacer una somera lectura de la literatura anglosajona del Siglo XX para percibir que existe un acusado temor a que la vigilancia se convierta en un *monstruo incontrolable*⁹⁰. De un lado un grupo de analistas perciben los avances telemáticos como algo consustancial a la seguridad interior del Estado.

De otro un grupo más numeroso de autores ejercen dan la voz de alarma ante los previsibles peligros que comportan a las libertades conquistadas en democracias avanzadas. Así los británicos CAMPBELL /CONNOR ingenieros telemáticos británicos llegan a la conclusión en su libro “On the Record”⁹¹ que indudablemente sí existe un asombroso espectro de amenazas a la intimidad que plantean los registros personales almacenados informáticamente⁹². Igualmente en Canadá el extenso estudio de FLAHERTY sobre protección de datos comienza observando que: “en el mundo occidental, los individuos están progresivamente sujetos a vigilancia mediante bases de datos de titularidad pública y privada...la factibilidad técnica de un mundo sin intimidad se aproxima rápidamente”⁹³. Y en Australia, DAVIES afirmaba que la “introducción de nuevas tecnologías, tiene la potencialidad de erosionar las libertades porque esas tecnologías alteran el equilibrio de poder de la sociedad”⁹⁴.

Aunque algún autor como GIL HERNÁNDEZ⁹⁵ sostiene sin ambages que su admisión constitucional queda fuera de toda duda en cuanto a que, si bien es cierto que dicho aparato afecta al derecho a la intimidad del sometido, no lo es menos que habrá de ser preferido a otras alternativas más gravosas. El autor entiende que al ser el brazalete electrónico un instrumento particularmente útil en aquellas situaciones límite en las cuales la cárcel parece excesiva y la libertad con control no electrónico resulta ineficaz o demasiado costosa.

⁸⁹ Vid. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, op. cit., p. 61.

⁹⁰ Vid. RULE, James. B., *Privates live. Public Surveillance*, Londres, 1973, p. 13.

⁹¹ CAMPBELL, Duncan / CONNOR, Steve, *On the record, Surveillance, Computers and Privacy*, Michael Joseph, Londres, 1986.

⁹² Cfr. CAMPBELL, Duncan / CONNOR, Steve, *On the record, Surveillance*, Londres, 1986, p. 15.

⁹³ Cfr. FLAHERTY, David, *Protecting Privacy in Surveillance Societies*, North Carolina, 1989, p. 3.

⁹⁴ Cfr. DAVIES, Simon, *Big Brother: Australia's growings web of surveillance*, Sidney, 1992, p. IV.

⁹⁵ Vid. GIL HERNÁNDEZ, Ángel, “Protección de la intimidad corporal aspectos penales y procesales”, *Delitos contra la libertad y la seguridad, Cuadernos de derecho judicial n° 3*, Madrid, 1996, págs. 96 y ss. Por ello el autor entiende que su admisión constitucional queda fuera de toda duda en cuanto que, si bien es cierto que dicho aparato afecta al derecho a la intimidad del sometido, no lo es menos que habrá de ser preferido a otras alternativas más gravosas, al ser el brazalete electrónico un instrumento particularmente útil en aquellas situaciones límite en las cuales la cárcel parece excesiva y la libertad con control no electrónico resulta ineficaz o demasiado costosa. Por ello, no plantea ningún problema su genérica admisión llevada a cabo en el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996, donde se contempla su posible utilización, con carácter general, en el art. 68, especificándolo, más adelante, con respecto al régimen abierto -arts. 82 a 86- e, incluso, dentro del recinto penitenciario art. 71.

En conclusión se trata de una delicadísima materia que hace necesaria una regulación exhaustiva no pudiéndose como hasta la fecha dejar huérfano de regulación, pues para que el sistema funcione, al menos, tenga visos de funcionar, debe estar de un equipo de garantías jurídicas.

15. Consecuencias

En caso de recaer una futura condena, la reparación en forma específica, queda contemplada en la institución del abono, cuando el reo ha cometido otros delitos en los que ha sido condenado, con los límites temporales que la jurisprudencia ha venido apreciando.

Como refiere GISBERT GISBERT⁹⁶, la presunción de inocencia que ampara al imputado que se ve privado de libertad puede convertirse en un momento posterior en simple inocencia, o sea que el proceso acabe sin una condena. Se produce un daño incuestionable a un bien básico como la libertad que de acuerdo con los más elementales principios jurídicos debe ser indemnizado.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución cuando se sufría una privación de libertad, en un procedimiento penal, se carecía de cualquier vía para reclamar una indemnización por la prisión provisional sufrida aunque en definitiva resultara absuelto o se decretase el sobreseimiento de las actuaciones, únicamente el artículo 960.2 LECRIM contemplaba el supuesto del “error judicial” como único caso de responsabilidad directa del Estado.

“Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles 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”.

Partiendo del principio de la división de poderes la Constitución distinguió dos regímenes distintos y dos responsabilidades distintas concretándolas en los Arts. 106.2 y 121. El primero contempla la responsabilidad para aquellos daños causados bien por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El segundo establece el derecho a la indemnización en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que han sido desarrollos en la LOPJ artículos 292 a 297.

El desarrollo de tales preceptos constitucionales los lleva a cabo la Ley Orgánica del Poder Judicial -arts. 292 a 297- incluyendo los dos supuestos generales que acaban de mencionarse y otro de carácter específico relativo a la prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho

⁹⁶ Vid. GISBERT GISBERT, Antonio, “Reflexiones sobre la prisión preventiva”, *Revista del Poder judicial*, Núm. 76, 2004, pág. 199.

imputado -art. 294- que puede explicarse como una manifestación del error judicial - aunque en algún caso pueda conectarse con el funcionamiento anormal.

El mencionado artículo 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración de prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues ambos supuestos equiparables y subsumibles en el mismo. Mas no resulta, en cambio, viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1⁹⁷.

La STS de 4 de noviembre de 1998⁹⁸ establece que la absolución del preso preventivo no da lugar a una indemnización por el afectado sólo tiene lugar no por inexistencia objetiva o subjetiva de los hechos imputados, denegando la absolución, cuando como en el caso *ad hoc* se derive de la falta de pruebas suficientes de la participación del recurrente.

Como señala MORENO CATENA⁹⁹, la indemnización en caso de prisión provisional injusta se hace depender de la inexistencia del hecho, con total abstracción de que en el concreto supuesto concurren o no los otros motivos, de modo que se aproxima así a una especie de reconocimiento de responsabilidad objetiva.

17.- La STC de 28 e abril de 2008¹⁰⁰.

La Sentencia determina que puede abonarse el tiempo de cumplimiento de la prisión preventiva en dos causas distintas cuando se cumple simultáneamente la pena y la prisión provisional, pues la situación de coincidencia entre la prisión provisional en una causa y la situación de penado en otra con lo que se duplica el efecto compensador de la prisión preventiva. Se argumenta por el Alto Tribunal que ante la carencia de cobertura legal para la exclusión del referido abono del periodo de tiempo hace posible computar la medida cautelar en ambas causas.

Según GONZÁLEZ PASTOR¹⁰¹, los razonamientos favorables a que se acuerde el abono conjunto pueden resumirse en tres líneas de argumentos:

- 1) Por la falta de previsión legal, habiéndose realizado por los órganos jurisdiccionales que motivaron las resoluciones de amparo una interpretación estricta y contra reo, sin base legal.
- 2) Por el mayor rigor del régimen penitenciario de la medida cautelar que el que supondría el cumplimiento de la pena. Así el FJ 7º de la resolución comentada se manifiesta que: *“el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional. Por ello no puede sostenerse que el preso preventivo, que cumple a la vez condena, no está «materialmente» en situación*

⁹⁷ STS (3ª), de 27 de enero de 1989 (Delgado Barrio), [RJ Ar. 1989/ 500], (FJ 3º)

⁹⁸ STS (3ª, Secc. 6ª), de 4 de noviembre de 1998, (Hernando Santiago), [RJ Ar. 1998/ 9868].

⁹⁹ Vid. MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal Penal*, Colex, 3ª Ed., Madrid, 1999, pág. 537.

¹⁰⁰ STC (Sala 2ª), de 28 de abril (Martín de Hijas).

¹⁰¹ Vid. GONZÁLEZ PASTOR, Carmen-Paloma, *Diario la Ley*, Núm. 7112, de 11 de febrero de 2009.

de prisión preventiva, o, en otros términos, sólo padece una «privación de libertad meramente formal».

Hemos de recordar que si el condenado tiene causas pendientes en situación de preventivo, no se formula propuesta de clasificación inicial, y si recae la prisión preventiva cuando ya ha sido clasificado se deja sin efecto esta clasificación, pasando a estar no clasificado o lo que es lo mismo aplicándosele las normas de régimen ordinario (art. 104 1 y 2 RP). Si hay causas pendientes pero sin haberse decretado prisión preventiva, la clasificación no varía¹⁰².

- 3) Y por la distinta finalidad de ambos conceptos que, por ello, permiten ser simultaneados. Así en el FJ 5º de la sentencia analizada se dice: *“a distinta funcionalidad de la medida cautelar (en que consiste la prisión provisional) y de la pena permite, sin ninguna violencia lógica, que un mismo hecho (la privación de libertad), cumpla materialmente una doble función, sin que, por ello, y en lo que concierne a la primera, puede negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal”.*

18. Conclusiones

El derecho tiene como misión avanzar paulatina pero indefectiblemente contra la injusticia, la necesidad es el único pretexto que justifica la existencia de una institución tan reprobable como la prisión preventiva pero cuando los medios técnicos avanzan la necesidad se hace más pequeña y entonces surge la obligación de ser valientes y cambiar. Cualquier cambios en materias que atañen a la seguridad ciudadana despierta notables reticencias, pero es el peso de la razón y del acierto el que va marginando las críticas. Nos hallamos ante un “Estado in fieri” que demanda actitudes abiertas hacia todo aquello que pueda suponer avanzar en alcanzar mayores cuotas de libertad.

En este sentido, resulta loable el Manifiesto del Grupo de Estudios de Política criminal efectuado en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 25 y 26 de abril de 2003, cuando entre las medidas cautelares personales proponen la “localización electrónica” consistente en colocar al imputado, por el plazo máximo de un año, con su consentimiento expreso un dispositivo que permita conocer su ubicación en el espacio y en el tiempo justificando la medida en que se consigue proteger a la víctima sin tener que recurrir a la medida de prisión preventiva.

En este mismo sentido el 14 de noviembre de 2008 se publicó el Anteproyecto de Ley orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del código Penal se prevé una nueva pena de libertad vigilada que será sucesiva a la pena de prisión. Lo que parece lógico, atendida la importancia del valor libertad en nuestro ordenamiento, que pueda operar en el futuro como sustitutiva de la pena de prisión, y

¹⁰² Vid. En sentido contrario RACIONERO CARMONA, . entiende que también en este caso ha de trascender a la clasificación (RACIONERO CARMONA, Francisco, *Derecho penitenciario y privación de libertad*, Dykinson, Madrid, 1999, pág. 142).

ello en base que ambas penas están, en principio, orientadas a la prevención especial y ala resocialización. Por ello, el propio texto normativo prevé que en el supuesto de que exista un pronóstico positivo de reinserción, quepa la posibilidad de reducir la duración de la pena o bien que la misma quede sin efecto. Por lo cual, a corto plazo, las medidas telemáticas aparecen como la gran esperanza para reducir cuantitativamente el mundo penitenciario.

De otro lado, una actitud hermenéutica congruente de nuestro ordenamiento jurídico no permite adoptar un talante pasivo o permisivo frente a la prisión preventiva. Así al STC 19/ 1999¹⁰³ proclama que “*el papel nuclear de la libertad en el sistema del Estado democrático de Derecho, con las consecuentes exigencias de reserva material de Ley respecto de las medidas de prisión que pueden limitarla (arts. 1.1, 17.1 y 53.1 CE), y del significado vulnerador de ese derecho fundamental que debe ser atribuido a las resoluciones judiciales, que no se atengan estrictamente a la regulación legal de la prisión provisional*”.

Se puede decir que en el Ordenamiento jurídico soporta esta institución pese a que le disgusta, por ello el Derecho tiende a buscar a instituciones paralelas que permitan su desaparición. Y es que, hoy por hoy, existe una importante porción de prisiones preventivas que en el actual estado de la ciencia no parece fácil que puedan ser erradicadas.

Nuestro papel como juristas de un Estado democrático avanzado no puede limitarse a postular un catálogo de elucubraciones, más o menos brillantes, sino a propugnar “*lege ferenda*” un cambio efectivo de aquellos aspectos negativos que no se acomodan a tan brillantes principios.

Es un hecho estólido la subsistencia de este instituto procesal y la justificación de que existan presos sin condena sólo puede venir dada de la absoluta necesidad. La necesidad es el único fundamento para el mantenimiento de esta institución. Como muy bien refleja CARNELUTTI¹⁰⁴:

“No solamente se hace sufrir a los hombres que son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Ésta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto”.

Pues bien, nuestro compromiso como jurisconsultos es reducir y disminuir los espacios de este campo y optimizar los recursos tecnológicos existentes. No es lícito ningunear los medios sistemas telemáticos y aferrarse al viejo argumento de la absoluta necesidad. El obstruccionismo a modificar el sistema parte tanto de posturas inmovilistas y reaccionarias como de actitudes que se acogen a la etiqueta del garantismo, recelosas a admitir cualquier actividad que coarte las libertades de los individuos, mas desde cualquiera de estos posicionamientos resulto arduamente difícil poder avanzar.

¹⁰³ STC 19/1999 (Sala 2ª), de 22 de febrero, (Martín de Hijas).

¹⁰⁴ Vid. CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, (trad. de S. Sentís Melendo), EJEJA, Buenos Aires, 1959, pág. 75

No cabe suprimir de un plumazo la institución pero si ir decolorando aquellos supuestos grises, y empezar en concienciar a la sociedad de que la prisión preventiva es una institución caduca que debe llegar a desaparecer, pues nadie debería ser encarcelado sin haber sufrido un juicio con todas las garantías. En efecto es en la mentalidad colectiva, a menudo en sus expectativas vengativas y en sus juicios sumarios y precipitados, donde descansa el arraigo de la prisión preventiva. No cabe perpetuar una institución injusta cuando la tecnología nos abre las puertas a nuevas soluciones.

Un moderno Estado social y democrático de Derecho que busca la política de represión penal sea la mínima necesaria para salvaguardar los derechos y las libertades de los demás. Todo ello nos sugiere de inmediato la conveniencia de un Derecho penal mínimo, verdadera última ratio del poder estatal y, por tanto, reservado para sancionar aquellos comportamientos que, a través de la agresión a las personas o a sus bienes, cuestiona los fundamentos de la convivencia establecida. Con arreglo a este modelo, la restricción de la libertad del ciudadano sólo es lícita cuando es absolutamente necesaria para la protección preventiva de determinados bienes jurídicos o para la imposición de normas imprescindibles de comportamiento sin cuya observancia sería imposible la convivencia en una comunidad democrática basada en la autodeterminación individual.

No en vano, HERNÁNDEZ GIL¹⁰⁵ afirmaba que los efectos de la prisión preventiva son coincidentes o incluso más graves (*id quod plerumque accit*) que los de la pena, pero que claramente habría que diferenciarlos pues es una medida cautelar que no puede constituirse en ningún caso como una pena anticipada aún cuando sus efectos puedan estar abarcados por la pena .

En definitiva, la prisión preventiva es un elemento extraño y arcaico¹⁰⁶ en nuestra arquitectura constitucional, pues no deja de ser una medida cautelar que recae sobre la libertad de quien todavía es inocente. Por lo tanto, la prisión provisional, aunque comporte un padecimiento semejante al que produce la pena privativa de libertad no es equiparable a ella. Quien apuesta por la prisión preventiva como institución, lo hace por la negación del sistema de Justicia, pues saltándose todas las garantías procesales se consigue el inmediato castigo.

Aunque, como manifiesta ASENSIO MELLADO¹⁰⁷, esta medida “*necesaria en la medida en que resulta ineludible para garantizar el proceso penal*”, lo es para asegurar la viabilidad del actual degradado modo de ser real de este proceso penal, que descansa ostensiblemente en la “*confusión entre poder final y poder instrumental [y en la] contaminación entre los conceptos de proceso y pena*”¹⁰⁸. Detrás de la institución se

¹⁰⁵ Vid. HERNÁNDEZ GIL, Félix, “Prisión perspectiva ofrecida por la Fiscalía General del Estado y por la Jurisprudencia del Tribunal constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos del Hombre”, *Ministerio Fiscal y Sistema penitenciario. Núm. 9. III Jornadas de Fiscales de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1992, págs. 14-15.

¹⁰⁶ Así Voltaire nos refiere la antigua situación del imputado: “Si un hombre está acusado de un crimen empezáis por encerrarle en un calabozo horrible, no permitís que tenga comunicación con nadie, le cargáis de hierros como si ya fuera declarado culpable... ¿Queréis que el inocente acusado no se escape?, pues facilitarles los medios para poder defenderse”. VOLTAIRE, (François Marie Arouet), *Comentario al libro “De los delitos y las penas” por un abogado de Provincias*, (trad. Delval, Juan Antonio), Alianza Editorial, Madrid, 1995, pág. 156.

¹⁰⁷ Vid. ASENSIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Cívitas, Madrid, 1987, pág. 136.

¹⁰⁸ En este sentido VIVES ANTÓN, Tomas Salvador, *La reforma del Proceso Penal. II, Comentario a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 133-134.

esconde una nada disimulada tendencia a “saltarse etapas” a acudir directamente al castigo y a prescindir del juicio, considerándolo como una traba innecesaria en la administración de la pronta justicia.

Por ello, algún autor como FERNÁNDEZ ENTRALGO¹⁰⁹ llega a afirmar: “*el tratamiento jurídico de la prisión provisional la aproxima a la pena anticipada o a la medida asegurativa, sacrificando en aras de una demagógica satisfacción de inquietud de la opinión pública los derechos a la libertad, a la presunción de inocencia y a un enjuiciamiento dentro de un plazo razonable*”. También RODRÍGUEZ RAMOS¹¹⁰, intentando afrontar, sin cinismos, la cuestión llega a sostener la doble naturaleza de la institución. Por ello, un jurista que ame el sistema procesal y las garantías que éste comporta no puede por menos que, en su fuero interno, detestar la prisión preventiva y postular por la llegada de nuevos instrumentos que faciliten su paulatino desmantelamiento.

En consecuencia, la actitud frente a esta gravosa medida cautelar penal no es la de mera reforma sino, siendo más ambiciosos, la que va enfocada hacia su paulatino desmantelamiento. Y digo “paulatino” porque si bien es cierto que no cabe ampararse en un falso “realismo” para defender a capa y espada la institución, no es menos cierto que aún no se dan las circunstancias que permitan su desaparición *ipso facto*. Se necesita tener en cuenta que existen algunas circunstancias como la criminalidad organizada donde la desaparición de la prisión, si llega a poderse efectuar con garantías, deberá esperar plazos muy amplios.

Para lograr este fin abolicionista, se hace preciso trabajar en cierta metamorfosis sociológica, pues la sociedad tampoco parece preparada para aceptar medidas más livianas a la prisión preventiva en relación a la denominada criminalidad, como la denominada de sangre¹¹¹. Mas los supuestos más típicos frecuentes de prisión preventiva se apoyan en robos con violencia, reiteración delictiva y tráfico de drogas, donde la condición nacional del imputado opera con cierto tinte discriminatorio.

Las modernas tecnologías, sin embargo, han ocasionado una herida de muerte a la institución sobre todo si lo confrontamos con la justificación más tradicional que es la de necesidad de evitar el riesgo de fuga y el riesgo de que se eluda la acción de la justicia. Nuestro nuevo ordenamiento se basa en unos principios muy sólidos, que se oponen frontalmente a la prisión preventiva, el problema de consentir este bacilo extraño al principio de presunción de inocencia es que se establece un mal precedente y “quien no vive como piensa, acaba pensando como vive”. Las nuevas tecnologías nos proporcionan un nuevo e inesperado haz de instrumentos para resolver un problema mal

¹⁰⁹ Así FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, (“El sentido de la prisión provisional y la LO 10/1983 de 26 de diciembre”, *La Ley*, tomo IV, 1985, pág. 1.077), el autor añade que cualesquiera consideraciones de la prisión preventiva que no se relacionen con el aseguramiento del proceso penal deben desecharse como inconstitucionales, ya que contradicen el principio pro libertate, que inspira los arts. 1º.1 y 17.1 de nuestra Ley Fundamental.

¹¹⁰ Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, op. cit., pág. 1059, se muestra partidario de una regulación correcta que clarifique la doble naturaleza de la institución concretando los requisitos para su imposición en cada una de sus versiones.

¹¹¹ En este sentido CONDE SALGADO, Remigio, op. cit., págs. 254-256, manifiesta “La sociedad, cuando valora como grave una acción, demanda una respuesta inmediata, considerando que sólo es adecuada la entrada en prisión de quien aparece como autor”.

resuelto, como incontrovertiblemente es la prisión preventiva. Éticamente no cabe ampararse en un ciego obstruccionismo y desconocer la realidad de la nueva situación.

En justicia, no cabe exaltar casi hasta el paroxismo los valores de la libertad así como el derecho a la presunción de inocencia, y cuando de verdad se deben concretar estos principios darles cuerpo, ningunearlos adoptando posiciones cerriles y obstruccionistas frente a las reformas de la prisión preventiva. No se puede seguir desconociendo que en la actualidad con los adelantos técnicos que poseemos, muchas potenciales situaciones injustas derivadas de esta arcaica institución podrían llegar a ser evitadas.

En conclusión, la prisión preventiva se configura como una medida cautelar injusta, necesaria en un contingente momento histórico mas con la llegada de las modernas tecnologías preordenadas por la filosofía “pro libertate” hacen factible empezar a augurar su paulatina desaparición, haciéndola poco a poco cada vez más “excepcional”. Aunque las nuevas tecnologías no son una panacea pues imponen igualmente una merma de la libertad deambulatoria y dañan el principio de la presunción de inocencia, no dejan de ser a todas luces una medida más humana y congruente con nuestro moderno Estado Democrático¹¹² forjado por la Constitución de 1978 que todos, paso a paso, estamos forjando.

El hacinamiento carcelario, el relativo mente alto casos de absoluciones recaídas sobre las presos preventivos, la estigmatización carcelaria, hace necesario adoptar soluciones innovadoras e imaginativas frente a este nudo gordiano. Apostar por medidas que no lleven un desarraigo familiar y respeten cuando menos determinados ámbitos de libertad repercute en la posibilidad de lograr soluciones más cabales y justas.

En definitiva, propugnamos un sistema jurídico procesal donde la medida cautelar de prisión preventiva sea la excepción y las medidas de confinamiento domiciliario, salvaguardadas en su caso por sistemas de control técnico sea la regla general, pues el respeto a la libertad y a la presunción de inocencia hace que la prisión preventiva sea una medida absolutamente excepcional en un Ordenamiento basado en la libertad y en la presunción de inocencia.

Nadie debería olvidar la frase de Henry David THOREAU :

“Bajo un gobierno que encarcele a alguien injustamente, el sitio adecuado para una persona justa es también la cárcel”.

¹¹² En este sentido ya LONDOÑO sostiene 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 a 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” (Vid. LONDOÑO MARTÍNEZ, Fernando, *Reforma Procesal Penal: Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2003 págs. 668 y ss).

Por lo que el desideratum al que nos tenemos que orientar es que nadie sea encarcelado sin previo juicio, sin dar la espalda por pura desidia a la técnica y las posibilidades de control que esta nos ofrece.