

# LA PRISIÓN PROVISIONAL

MARIEN AGUILERA MORALES

[Publicado en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, nº 3, 2021, pp. 399 a 437.]

## SUMARIO:

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.— II. LA ESPECÍFICA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL: 1. Léxico y sistemática.- 2. Presupuesto y fines legítimos.- 3. Duración.- 4. Régimen ordinario: 4.1. Prisión comunicada e incommunicada.- 4.2. La suspensión de empleo, función o cargo público: los efluvios del *procés*.- 5. Régimen atenuado: 5.1. Supuestos ordinarios.- 5.2 Supuestos especiales. La prisión atenuada por razones humanitarias.- 5.3. Duración.— III. EL INTERNAMIENTO CAUTELAR.— IV. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL: 1. ¿Ante un nuevo procedimiento *penal* especial?.- 2. Supuestos indemnizables.- 3. Legitimación y competencia.- 4. Procedimiento.-5. La Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

1. Como no podía ser de otro modo, el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, el Anteproyecto) presta especial atención a la prisión provisional. Y lo hace tanto desde su Exposición de Motivos como desde su articulado.

Basta, sin embargo, recurrir a la comparación para constatar que muchas de las novedades destacadas en la Exposición de Motivos tienen su correlato extramuros del Capítulo III del Libro II<sup>1</sup>. Son, más claramente, novedades que encuentran cobertura normativa en sedes distintas de la específicamente destinada a regular la prisión provisional. De hecho, entre las consabidas novedades solo las relativas a la prisión provisional de quien desempeña función o cargo público tienen plasmación en el mencionado Capítulo III. El resto tiene su trasunto en otras sedes: las más, en sede de disposiciones comunes a las medidas cautelares personales (*i.e.*, en el Capítulo IV del Libro II), aunque las hay también que se ubican fuera de las lindes del Libro II; tal es el caso la nueva medida de internamiento cautelar y del igualmente novedoso procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

---

<sup>1</sup> Presentadas bajo el común marchamo de ser materialización de las más recientes doctrinas del Tribunal de Estrasburgo y del Tribunal Constitucional en materia de prisión provisional, el apartado XXXIII de la Exposición de Motivos reúne en siete apartados las novedades más destacables en relación con esta medida. Se trata, en síntesis, de: (i) la trasposición a nuestro ordenamiento de las exigencias europeas relativas al derecho de acceso a los elementos que resultan esenciales para impugnar la prisión provisional, y la introducción de una regulación específica en este contexto de aplicación a los supuestos en los que la necesidad de practicar diligencias de investigación exija mantener estas últimas fuera del conocimiento de la defensa; (ii) la sujeción judicial a los «límites máximos fijados en los cargos criminales formulados por las acusaciones» o, lo que es igual, la prohibición de que el Juez de Garantías o el Tribunal sentenciador actúen autónomamente en la apreciación de los fines que justifican la privación cautelar de la libertad; (iii) la previsión de un control judicial sobre la prisión provisional de periodicidad trimestral y realizado de oficio; (iv) el establecimiento de un recurso devolutivo (reforma) frente al auto que acuerda prisión provisional, de tramitación preferente y urgente y articulado sobre la base de una vista preceptiva en presencia del encausado; (v) la exigencia de realizar un juicio de ponderación particularmente exigente cuando la prisión provisional se interesa respecto de quien desempeña función o cargo público representativo; (vi) la suspensión *ope legis* y vinculada a la firmeza del auto por el que se decreta la prisión provisional del ejercicio de cargo público en los procesos seguidos por delitos de rebelión y terrorismo; y (vii) la introducción *ex novo* de una medida cautelar específica para las personas con discapacidad —el internamiento cautelar—, así como un nuevo procedimiento especial dirigido a obtener, ante la propia jurisdicción penal, una indemnización por la prisión provisional.

2. Otra de las evidencias que aplicada a la Exposición de Motivos y al articulado del Anteproyecto procura la técnica comparación es que aquella primera, si bien recoge las principales novedades en materia de prisión provisional, no es exhaustiva. A la sazón, el texto articulado suma a aquellas otras novedades de relevancia no menor relativas, entre otros extremos, a los presupuestos y fines legítimos de la prisión provisional, a su duración y a sus modalidades.

3. Más allá de su valor intrínseco, valgan estas primeras consideraciones para delimitar lo que en las siguientes páginas será objeto de análisis.

En este sentido preciso que no serán objeto de examen en ellas las disposiciones comunes a las medidas cautelares de carácter personal o, por seguir con la terminología que vengo empleando, el grueso de novedades sobre las que enfatiza la Exposición de Motivos del Anteproyecto. Tampoco lo serán las previsiones sobre (detención y) prisión provisional en el procedimiento de extradición activa y en la Orden Europea de detención y entrega.

El análisis se ceñirá a las novedades restantes. Abarcará, en consecuencia, cuanto de nuevo hay en la específica regulación de la prisión provisional, así como lo relativo al internamiento cautelar y al procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

## **II. LA ESPECÍFICA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL**

### **1. Léxico y sistemática**

4. En lo que hace a la prisión provisional, puede afirmarse que el Anteproyecto es conservador en lo terminológico y liberal en lo sistemático.

Prueba de lo primero es que aquel se decanta por utilizar la clásica expresión «prisión provisional» en vez de «prisión preventiva» que, dicho sea de paso, es por la que se inclinaba el Borrador de Código Procesal Penal de 2013<sup>2</sup>.

En cuanto a la sistemática, en los antípodas de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Anteproyecto no apuesta por ubicar la regulación de la prisión provisional en la antesala de las medidas cautelares personales, sino porque sirva de broche final a estas últimas. A mi modo de ver, tan radical cambio —tomado del Anteproyecto de 2011— debe saludarse como una mejora o, cuando menos, como una opción coherente con el carácter excepcional y subsidiario de la medida aquí analizada<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> La inclinación entonces se justificaba en que «preventiva» era un adjetivo más expresivo que «provisional» y más afín a la naturaleza de esta medida cautelar, pero también en la idea de que la «provisionalidad», lejos de ser un rasgo distintivo de ella, cualificaba al entero género de las medidas cautelares, es decir, a las medidas cautelares personales y a las medidas cautelares reales. Cfr. Exposición de Motivos, apartado V, literal B).

<sup>3</sup> La coherencia, con todo, también podía predicarse de la sistemática prevista en el Borrador de 2013 donde la prisión preventiva ocupaba el primer puesto en la regulación de las medidas cautelares personales. Y es que, en este otro texto, el rasero utilizado en la prelación sistemática no era el de la necesidad de las medidas cautelares sino el de su onerosidad o, si se prefiere, la afectación a los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de libertad.

De otra parte, aunque en este mismo orden de cosas, no ha de ocultarse que, desde una óptica cuantitativa, el carácter excepcional y subsidiario de la prisión provisional se deja notar cada vez más en la práctica de nuestros tribunales. Las cifras que a este respecto se disponen reflejan, ciertamente, que en 2019 la población preventiva en nuestro país suponía solo el 16% de la población reclusa total (8.750 preventivos frente a 58.517 penados); un porcentaje más que razonable teniendo a la vista la mayoría de los países de nuestro entorno: «en Italia un 35%; en Francia, un 25,6 %; en la siempre modélica y ejemplar Bélgica, un 35,6%; en Alemania, un 20,4 %; finalmente, en Grecia, un 26,6%». Datos extraídos de la web del

En términos de sistemática la mejoría también es notable en lo que concierne a la específica regulación del régimen de la prisión provisional (arts. 246 a 256). En esto, dos son los factores clave:

En primer lugar, la decisión de recoger tal régimen en un Capítulo separado—el Capítulo III del Libro II, recuerdo— de aquellos otros que sirven de continente al procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares personales —el Capítulo IV— y a la detención y prisión provisional en el marco de la extradición activa y la Orden Europea de detención y entrega —el Capítulo V—<sup>4</sup>.

Y, en segundo lugar, la articulación de aquel Capítulo III en cuatro Secciones que se suceden conforme al siguiente orden lógico: Presupuesto y fines legítimos de la prisión provisional (Sección 1ª); duración (Sección 2ª); régimen ordinario (Sección 3ª); y régimen atenuado (Sección 4ª).

Me serviré de este mismo orden para examinar las novedades de la propuesta.

## **2. Presupuesto y fines legítimos**

**5.** Como es conocido, la actual regulación de la prisión provisional es tributaria, entre las más recientes, de la reforma operada por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre. Animada por la entonces acuciante necesidad de adecuar su regulación a las exigencias constitucionales<sup>5</sup>, esta reforma supuso una profunda modificación de la prisión provisional que alcanzó, en lo que ahora interesa, a sus presupuestos y a los fines que justifican su adopción.

Siendo así lo anterior, en nada habría extrañado que el Anteproyecto hubiera aceptado la herencia pura y simplemente. De hecho, esta es la impresión que se extrae de una primera lectura de sus artículos 246 a 248, pues la redacción de estos preceptos es en buena medida reproducción literal o cuasi literal de lo que hoy disponen los artículos 502 y 503 LECrim.

**6.** Una lectura más detenida de aquellos artículos conduce, sin embargo, a apreciar que en este contexto también se proyectan cambios.

Los cambios, en su mayoría, son de tipo formal. Así, *v.gr.*, se reubica buena parte de los contenidos del actual 502 LECrim; se sustituye la clásica expresión «motivos bastantes» por la de «indicios racionales»; se escinde la regulación —hoy unitaria— de los fines legítimos que permiten acordar la medida (art. 247) y de los criterios de valoración para apreciar su concurrencia (art. 248); y se reformulan estos últimos criterios cambiando o adicionando a los actuales algunos más.

Así, y respecto del riesgo de fuga, el artículo 248, apartado 1, relaciona cuatro criterios a los que debe atenderse conjuntamente para apreciar su existencia (resalto en cursiva lo que es cambio o adición): «a) La naturaleza del delito, *la gravedad de la pena a él*

---

Ministerio del Interior (accesibles en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/398>. Última entrada 24 de mayo de 2021) y de la obra de SIMÓN CASTELLANO, P., *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, Barcelona, 2021, p.124.

<sup>4</sup> Siempre en términos de sistemática, la calificación podría haber alcanzado el sobresaliente si las medidas cautelares en caso de discapacidad se hubieran traído al Libro II y si se hubiera hecho otro tanto con la denominada Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional; un nuevo órgano al que, como se verá, se da carta de naturaleza en el Título VII del Libro VIII con ocasión de regular el también nuevo procedimiento especial para la indemnización por prisión provisional.

<sup>5</sup> La urgencia —acuérdesese— venía de la mano de la STC 47/2000, de 17 de febrero (ES:TC:2000:47), en la que el Pleno del Tribunal planteó autocuestión de inconstitucionalidad sobre los entonces artículos 503 y 504 LECrim.

*asociada<sup>6</sup> y la entidad de los indicios existentes en contra de la persona encausada; b) las circunstancias personales del sujeto, tales como la situación familiar, laboral y económica, y sus conexiones con otros países; c) la conducta procesal de la persona encausada, en ese mismo proceso o en otros y, en concreto, la desatención a las citaciones de comparecencia, el quebrantamiento de medidas cautelares personales o el dictado de requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial; y d) el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, desde que se mantiene la prisión provisional (sic) y la proximidad del juicio oral<sup>7</sup>».*

Respecto del riesgo de destrucción, alteración, u ocultación de fuentes de prueba, el artículo 248, apartado 2, no introduce cambios significativos ni añadidos al criterio de valoración actual.

En cuanto al peligro de atentar contra bienes jurídicos de la víctima (especialmente de las personas a que se refiere el art. 173.2 CP), el artículo 248, apartado 3, colma el actual silencio legal, estableciendo como criterios de valoración: *«las circunstancias del hecho, la naturaleza y gravedad del delito objeto del proceso, la relación entre la persona encausada y la víctima, las características personales de ambas, los antecedentes por hechos similares y el quebrantamiento previo de medidas cautelares menos gravosas».*

Finalmente, para valorar el riesgo de que el encausado pueda cometer otros delitos relacionados con el que motiva su privación de libertad, el artículo 248, apartado 4, suma a las circunstancias del hecho y la gravedad de los delitos que se pudieran cometer, *«la comisión de otros hechos análogos o relacionados con el que es objeto del proceso, (y) las circunstancias personales del sujeto».*

**7.** No obstante, y aunque en menor número, los artículos 246 a 248 también entrañan cambios sustanciales.

Un primer cambio de este tipo afecta al presupuesto de la medida o, con más propiedad, a sus límites punitivos. En este sentido, las previsiones siguen siendo las de que, para la adopción de la prisión provisional, los hechos deben presentar caracteres de delito sancionado con pena cuya duración máxima sea igual o superior a dos años de prisión<sup>8</sup>. El Anteproyecto silencia, sin embargo, la posibilidad — que hoy refrenda con carácter general el art. 503.1.1º, *i.f.*— de adoptar la medida por hechos castigados con pena por

---

<sup>6</sup> El cambio de expresión da a entender que, en la apreciación del riesgo, a lo que ha de atenderse es a la pena abstracta y no, como hoy, a la previsible pena que se imponga.

<sup>7</sup> La eventual tramitación parlamentaria de la propuesta debería servir para aclarar qué es lo que quiere decirse con este literal d), pues teniendo claro que la proximidad del juicio oral incrementa el riesgo de fuga, no se me alcanza qué significado debe darse a la expresión «el tiempo transcurrido desde la comisión del hecho, desde que se mantiene la prisión». Antes bien, me inclino por entender que estamos ante una errata.

<sup>8</sup> Este límite excluye *per se* la posibilidad de adoptar la prisión provisional en el procedimiento por delitos leves, pero no así la de acordar la medida en el procedimiento especial por delito privado, pues la pena abstracta prevista en el artículo 206 CP para el delito de calumnia (seis meses a dos años de prisión) hace, en principio, factible su adopción. Y resalto «en principio» porque el artículo 804.2 del Anteproyecto deja del todo claro que en este procedimiento especial no cabe adoptar en ningún caso la prisión provisional. De otro lado, aunque en relación también con los límites objetivos de la prisión provisional, hago notar que el Anteproyecto conserva la previsión de que, siendo varios los hechos delictivos, la adopción de la medida se vincula a la aplicación las reglas especiales para la aplicación de las penas previstas en el Código Penal (art. 246.1, párrafo segundo); y de que no es posible acordar la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera que los hechos no son constitutivos de delito o que concurre una causa de justificación.

debajo de tal límite si es que el encausado tiene antecedentes penales, no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de la comisión de un delito doloso.

Otro cambio —este también relacionado con los límites de la medida aunque relativo a los concretos fines que la justifican— es que, tratándose del riesgo de fuga, desaparece la posibilidad, hoy prevista en el literal a) del art. 503.1.3º LECrim, de adoptar la prisión provisional por debajo del límite general de los dos años si es que en los dos años previos se hubieran dictado al menos dos requisitorias.

Y aún se prevé un tercer cambio en relación con el riesgo de reiteración delictiva. Como los anteriores, esta novedad vuelve a serlo por omisión, aunque en términos cualitativos. Me explico: según el Anteproyecto, cuando el riesgo a evitar sea la comisión de hechos delictivos relacionados con el que motiva la privación de libertad, no es de aplicación el límite de los dos años y, por lo mismo, cabe adoptar la prisión provisional por debajo de este límite. Nada muy diferente, en apariencia, de lo que actualmente prevé el artículo 503.3 LECrim. Bien mirado, sin embargo, las diferencias se dan, aunque como señalaba son de tipo cualitativo. En este sentido —y dejando al margen el dato de que el Anteproyecto anuda este riesgo a la comisión no de cualquier hecho delictivo sino de uno relacionado con el que hace factible la adopción de la medida— importa llamar la atención sobre dos aspectos: uno es que, en el Anteproyecto, la culpabilidad (la apreciación del dolo) deja de ser requisito para la adopción de la prisión provisional por debajo de los dos años; el otro es que esta última posibilidad queda exclusivamente ligada a que la actividad delictiva haya venido realizándose en el seno de organizaciones y grupos criminales (ni rastro, por tanto, de la habitualidad).

Del porqué de estos cambios sustanciales nada dice la Exposición de Motivos. Probablemente tampoco hace falta. Al cabo, tras ellos clarea evidente la sombra del principio de proporcionalidad y del derecho a la presunción de inocencia. O lo que para el caso es igual: la muy extendida idea de que permitir la prisión provisional en delitos de escasa gravedad tomando por único rasero el carácter reincidente o contumaz del encausado o el riesgo de que cometa nuevos delitos desfigura la naturaleza cautelar de la medida, aproximándola a una medida preventiva o de seguridad. Nada más explica, en efecto, que la prisión provisional estreche su vínculo con hechos delictivos de cierta gravedad (nuevamente, dos o más años de prisión) y de que, salvo un par de supuestos<sup>9</sup>, no se consienta que el carácter reincidente, contumaz o proclive a la reiteración delictiva del encausado altere tal vínculo.

### **3. Duración**

**8.** Con la duración de la prisión provisional ocurre algo muy parecido a lo visto respecto de sus presupuestos y fines. Los artículos 249 y 250 del Anteproyecto —relativos, respectivamente, a los plazos máximos de duración de la prisión provisional y a su prórroga— están indudablemente inspirados en el actual 504 LECrim, pero también incorporan cambios.

Uno de los más evidentes es el acortamiento de la duración máxima de la prisión provisional allí donde la medida se acuerda con la finalidad de evitar el riesgo de fuga o de soslayar, *lato sensu*, la reiteración delictiva (esto es, de que el encausado actúe contra bienes de la víctima o cometa nuevos delitos relacionados con el que motiva su

---

<sup>9</sup> Recuerdo que el Anteproyecto solo rebaja el consabido límite de los dos años allí donde con la prisión provisional se pretenda conjurar que el encausado actúe contra bienes jurídicos de la víctima (especialmente en el ámbito familiar o doméstico) o cometa nuevos hechos delictivos en el seno de organizaciones y grupos criminales.

privación de libertad). En este orden de cosas, importa partir de la premisa consistente en que la duración de la prisión provisional continúa pivotando sobre la gravedad de la pena prevista para el delito, pero con el matiz de que, en el Anteproyecto, el listón punitivo lo marca la distinción entre penas graves y menos graves o, de otro modo, la pena de prisión de cinco años y no de tres<sup>10</sup>. Pues bien, sobre esta premisa, ha de aclararse enseguida que el acortamiento en los plazos no afecta a la duración inicial de la prisión provisional, sino a su prórroga y, además, únicamente en el caso de que el delito sea grave. En efecto, si la pena prevista para el delito es igual o inferior a cinco años de prisión, el plazo previsto para la prisión provisional continúa siendo de un año susceptible de una única prórroga por seis meses más. En cambio, si la pena abstracta rebasa el listón punitivo de los cinco años, el plazo previsto para la prisión provisional es de dos años, con posibilidad de una sola prórroga por —y en esto consiste la novedad— un año más.

En lo normativo, en suma, el cambio se traduce en establecer una proporción equitativa entre el plazo inicial de la prisión provisional y el de prórroga, toda vez que, sea cual sea la gravedad de la pena, este último plazo se corresponde con la mitad de aquel<sup>11</sup>.

Junto al anterior, hay otro cambio relativo también a la prórroga de la prisión provisional que puede pasar más desapercibido. Aludo a que, mientras hoy, acordar la prórroga de la prisión provisional exige la celebración de la conocida «vistilla del 505», las previsiones de la propuesta sugieren que en el futuro no habrá que celebrar lo que, *mutatis mutandi*, cabría llamar la «comparecencia del 261». Antes bien, atendido el tenor del artículo 250.1 del Anteproyecto, bastaría al efecto con «la instancia del Ministerio Fiscal o de cualquier otra parte acusadora personada». Esto, a su vez, lleva a interrogarse sobre cuál es el papel que se quiere para las partes acusadoras distintas del Fiscal en el contexto de la prisión provisional. El interrogante tiene su importancia, porque si lo (críticamente) pretendido es que el Fiscal monopolice la iniciativa en la adopción de la medida durante la fase de investigación (art. 259.1), lo coherente es que, durante esta fase, las partes acusadoras personadas tampoco puedan pedir su prórroga.

**9.** En lo referente a la prisión provisional acordada con el fin de evitar la destrucción, ocultación o alteración de «medios de prueba» (sic) también hay novedades. En este punto, sin embargo, lo novedoso no atañe a la duración de la medida, que sigue siendo de seis meses, sino al supuesto de que, habiéndose declarado secretas las actuaciones o habiéndose acordado la prisión provisional incomunicada, el secreto o la incomunicación se levanten antes de que concluya el referido plazo de seis meses. Como es conocido, para este supuesto lo exigido hoy es que el juez o tribunal deben motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional (art. 504.3 LECrim, párrafo segundo). El Anteproyecto, en cambio, omite referirse a este deber en esta sede y traslada la exigencia a la regulación de la prisión provisional incomunicada (art. 252.3), perdiéndose en el camino la exigencia del deber de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional cuando se levanta el secreto de la investigación.

---

<sup>10</sup> En este orden de cosas traigo a la mente que, desde la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la prisión superior a cinco años pertenece a la categoría de las penas graves (art. 33.2 CP), mientras que la de prisión de tres meses a cinco años pertenece a la categoría de las penas menos graves (art. 33.3 CP).

<sup>11</sup> Obvio es decir que, de prosperar el Anteproyecto, este cambio tendrá repercusiones inmediatas. Por de pronto comportará la puesta en libertad de buena parte de los encausados que, en el momento de la entrada en vigor de la Ley, hayan superado los plazos máximos aludidos en texto. Repárese en este sentido que, a tenor de la Disposición transitoria quinta del Anteproyecto —tenor que, apostillo, convendría perfeccionar para deshacerse de la redundancia— «Las medidas cautelares ya adoptadas antes de entrar en vigor esta ley se revisarán para su modificación con arreglo a la presente ley».

**10.** Otros cambios que incorpora la propuesta conciernen al cómputo de los plazos de la prisión provisional y al control de la duración de la medida. En ambos casos, los cambios vuelven a serlo por omisión.

Así, y en lo que hace al cómputo de la prisión provisional, el artículo 250.3 del Anteproyecto reproduce el tenor literal que el actual artículo 504.5 LECrim, aunque a medias. Dispone así que «para el cómputo de los plazos establecidos en este artículo, se tendrá en cuenta el tiempo que la persona encausada haya estado detenida o sometida a prisión por la misma causa<sup>12</sup>». Sin embargo, omite mencionar la exclusión del cómputo del tiempo en que la causa sufre dilaciones no imputables a la Administración de Justicia. En el limbo de la duda queda si esta omisión es intencionada u obedece al descuido. Lo que no es dudoso es el yerro consistente en reproducir literalmente aquella primera parte del artículo 504.5 LECrim en el marco del artículo 250 del Anteproyecto, pues con ello se da a entender que el tiempo en que el encausado ha estado detenido o en prisión provisional solo es computable cuando hay prórroga y en el marco de la misma. Un desatino.

En cuanto al control de duración de la medida, la propuesta también guarda silencio sobre el actual deber —ligado al transcurso de las dos terceras partes de la duración máxima de la prisión provisional— de que el Ministerio Fiscal y el tribunal conecedor de la causa comuniquen tal circunstancia al Fiscal-jefe o al Presidente de la Sala de Gobierno del tribunal correspondiente, con el fin de imprimir la máxima celeridad a las actuaciones (art. 504.6 LECrim). Obviamente, también aquí cabe preguntarse si la omisión es deliberada o no. Personalmente, me inclino porque lo es. Que el control de la prisión provisional sea cuestión exclusivamente confiada a la autoridad judicial y que se imponga a esta su revisión de oficio con periodicidad trimestral (cfr. art. 270), así me llevan a afirmarlo.

A colación de esto último tampoco silenciaré el que, a mi juicio, es uno de los mayores avances en la regulación de la prisión provisional. Se resume en esta frase: «Será preferente la tramitación de los procedimientos en los que la persona encausada se encuentre en prisión provisional»<sup>13</sup> (art. 249.3).

#### **4. Régimen ordinario**

**11.** El criterio empleado en el Anteproyecto para atribuir carácter ordinario a la prisión provisional es que esta se lleve a efecto en un centro penitenciario y conforme a las prescripciones de la normativa penitenciaria. Sobre esta base, el régimen ordinario de la medida se delinea en cuatro preceptos: los artículos 251 a 254. Dado que este último

---

<sup>12</sup> Durante un tiempo, y al son de cierta doctrina del Tribunal Constitucional, se cuestionó entre nuestros tribunales si esta previsión de abono o descuento era extrapolable a los supuestos en que la detención se producía en el marco de una solicitud de extradición. En su día, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo, despejó la cuestión en sentido positivo, aunque solo para el ámbito de la orden europea de detención y entrega (art.45.1, *i.f.*). De aquí que deba reconocerse como un mérito que el Anteproyecto también despeje la cuestión, y en el mismo sentido, en el ámbito del procedimiento de extradición activa (cfr. art. 275.7, párrafo segundo).

<sup>13</sup> A la postre la tramitación preferente de las causas con preso y la rebaja de los tiempos de duración máxima de la prisión provisional acercan nuestro sistema al plazo razonable que, según el Tribunal de Estrasburgo, cabe exigir específicamente de esta medida a tenor del artículo 5.3 CEDH [«Toda persona detenida preventivamente o internada (...) deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio»].

artículo es el más novedoso del cuarteto, reservaré su exégesis para más adelante. Me centro ahora en los tres primeros.

#### 4.1. *Prisión provisional comunicada, incomunicada y prohibición especial de comunicaciones*

**12.** Respecto del artículo 251, valga con apuntar que su contenido es prácticamente un calco de lo que actualmente dispone el artículo 511 LECrim sobre los mandamientos de prisión y de libertad.

Los artículos 252 y 253 merecen, sin embargo, algo más que un apunte, empezando por precisar que en el primero se recogen las clásicas modalidades de prisión provisional (comunicada e incomunicada) y en el segundo una prohibición especial que concierne también a la comunicación del preso preventivo.

**13.** Como se acaba de deslizar, bajo la común rúbrica «régimen de la prisión provisional», los dos primeros apartados del artículo 252 recogen lo relativo a la prisión provisional comunicada, mientras que su tercer apartado hace lo propio con la prisión provisional incomunicada.

Respecto de la modalidad ordinaria de la medida —la prisión provisional *comunicada*— el Anteproyecto incorpora como novedad la obligación de que el juez o tribunal adopte, de oficio o a instancia de parte, las prevenciones necesarias para garantizar que el derecho de defensa del preventivo se ejercite en condiciones equivalentes al de las personas libres, asegurando a tal efecto: a) la confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y presenciales del preso, que habrán de llevarse a cabo en departamentos adecuados; b) la presencia de intérprete durante la comunicación; y c) el acceso del preso a la totalidad de las actuaciones que no hubieran sido declarados secretas.

En cuanto a la prisión provisional *incomunicada*—, el artículo 252.3 se limita a remitirse a lo dispuesto artículos 211 y ss.<sup>14</sup> y a recoger el ya mencionado deber de motivar la subsistencia del presupuesto de la prisión provisional cuando se levanta la incomunicación.

Ocurre así que tanto respecto de la modalidad ordinaria de la medida como respecto de la modalidad incomunicada hay que retroceder a lo previsto para la detención para encontrar el completo elenco de derechos que ostenta el preso preventivo y aquellos otros derechos que pueden ser restringidos o limitados a resultas de su incomunicación, a los que suma, como decíamos una nueva «prohibición especial de comunicaciones» recogida en el artículo 253. La especialidad de esta prohibición radica en que, para garantizar el buen éxito de la investigación, el Juez —a instancia de parte, se supone, y siempre que ello no comporte una limitación del derecho de defensa del preso

---

<sup>14</sup> La remisión *in totum* a estos artículos se traduce, en lo sustancial, en que la incomunicación : (i) puede acordarse para conjurar un peligro concreto para la vida, libertad o integridad de una persona; para evitar la ocultación, alteración, pérdida o destrucción de las fuentes de prueba; para soslayar que la persona privada de libertad cometa nuevos delitos; o para impedir, en fin, la huida de otras personas implicadas en los hechos investigados; (ii) comporta la supresión de alguno o de todos estos derechos: el derecho a ser asistido por abogado de confianza, el de comunicarse con todas o alguna de las personas a las que se refiere el artículo 202 y el de acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la privación de libertad; (iii) solo puede ser acordada a instancia de parte y mediante resolución judicial especialmente motivada; y (iv) no puede extenderse más allá de cinco días, con la salvedad de que el encausado lo sea por delito de terrorismo o por su relación con organizaciones terroristas, caso este último en que la incomunicación puede extenderse por tres días más.



preventivo— puede vedar que este se comunique con terceros que no tienen por qué ser los mismos que los previstos en el artículo 212<sup>15</sup>.

#### 4.2. *La suspensión de empleo, función o cargo público: los efluvios del procés*

**14.** Dicho está que, en lo relativo al régimen ordinario de la prisión provisional, las mayores novedades vienen de la mano del artículo 254. Preciso ahora que son dos: la primera atañe a la incidencia que tanto en la adopción como en el mantenimiento de la medida tiene la circunstancia de que el encausado esté desempeñando una función o cargo público representativo; la segunda, a la eficacia *ope legis* de la prisión provisional respecto de quienes ostentan función, cargo o empleo público y son encausados por delito de terrorismo o de rebelión.

Antes de examinar con detalle una y otra novedad, adelanto una nota común a ambas. La nota es que tras ellas subyace paladina la voluntad de poner coto a los problemas que en este contexto se suscitaron en la causa especial 20907/2017, esto es, en el popularmente conocido como «juicio del procés». De aquí el título escogido para encabezar estas líneas.

**15.** Hecho el apunte, entro ya en el examen de la primera novedad a la que el párrafo segundo del artículo 254.1 da carta de naturaleza como sigue: «Si se interesara la medida cautelar de prisión provisional en relación con una persona encausada que desempeñe una función o cargo público representativo, la autoridad judicial valorará especialmente, tanto para acordar la prisión provisional como para decidir posteriormente acerca de su mantenimiento, las consecuencias de la privación de libertad sobre el derecho fundamental al mantenimiento en el ejercicio del cargo, recabando, si es preciso, la información que resulte pertinente».

Como fácilmente se advierte —y corrobora la Exposición de Motivos—, lo novedoso aquí tiene que ver con el eventual conflicto entre los fines legítimos de la prisión provisional y el derecho fundamental «a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos» (art. 23.2 CE), y se concreta en la exigencia de un juicio de ponderación especialmente exigente allí donde la medida pueda incidir en el normal desempeño de aquellas funciones o cargos. El Anteproyecto da cobertura así a la reciente doctrina del TC sobre este punto, de la que, a su vez, es muestra cualificada la STC (Pleno) 155/2019, de 28 de noviembre.

En este orden de cosas me permito abrir un paréntesis para recordar que en esta última sentencia el TC denegó el amparo impetrado por el Sr. Junqueras i Vies frente a la decisión de mantenerle en prisión provisional, adoptada primero por el magistrado instructor de la causa especial 20907/2017 y confirmada después por la Sala de Recursos de la Sala Segunda del TS.

La demanda de amparo del Sr. Junqueras se fundó, en lo que interesa, en que sendas decisiones habían conculcado su derecho fundamental al acceso y ejercicio de cargo público representativo (23.2 CE), en tanto fueron tomadas despreciando la incidencia que su privación de libertad suponía respecto de la campaña electoral entonces en ciernes (las elecciones al Parlamento de Cataluña, celebradas el 21 de diciembre de 2017) y el desempeño (caso de ser elegido, como resultó) de las funciones propias del cargo de diputado autonómico. Enfrentó así al TC a una cuestión nunca antes abordada

---

<sup>15</sup> Nótese que el artículo 212 no delimita subjetivamente la prohibición de la incomunicación, sino que se remite en este extremo al artículo 202 que especifica los terceros con los que el detenido tiene derecho a comunicarse: un familiar, un abogado o cualquier otra persona a su elección y las autoridades consulares caso de ser extranjero.

por él y respecto de la que la ley nada despeja tampoco: la afectación de la prisión provisional al derecho fundamental de representación política.

La suerte quiso empero que, pendiente este recurso de amparo, el TEDH se pronunciará sobre esta cuestión en el celeberrimo asunto *Selahattin Demirtas contra Turquía*<sup>16</sup>. Así, en efecto, en Sentencia de 20 de noviembre de 2018 el Tribunal de Estrasburgo acuñó la tesis de que la prisión provisional ni constituye una violación automática del artículo 3 del Protocolo núm. 1 al CEDH (el equivalente al art. 23 CE), ni implica tal violación cuando la medida satisface los requisitos del principio de legalidad, persigue una finalidad legítima y respeta las exigencias del principio de proporcionalidad. Es más: respecto de esto último, el TEDH apuntó la necesidad de tomar en consideración en estos casos tres aspectos: la previsión de un recurso frente a la medida cautelar, la duración de la privación de libertad, y la posibilidad de acordar de medidas alternativas y menos gravosas que la prisión provisional.

Naturalmente fue a luz de estos tres aspectos y de las exigencias del principio de proporcionalidad desde la perspectiva *ex* artículo 23 CE que el TC concluyó que la prisión provisional del Sr. Junqueras no había sido desproporcionada; conclusión —lo apostillo también— no compartida por tres de sus magistrados, a cuyo juicio las resoluciones impugnadas no respondieron a la ponderación requerida constitucionalmente para justificar la afectación del derecho de representación política.

Pero, más allá del caso en concreto, la importancia de la STC 155/2019 fue otra: la de sostener —esto de modo general— que «las decisiones judiciales que acuerden la imposición o el mantenimiento de una privación cautelar de libertad a un parlamentario o a un candidato en unas elecciones legislativas han de estar suficiente y razonablemente motivadas, en el sentido de que han de ponderar la injerencia de la medida adoptada en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes (art. 23.2 CE)<sup>17</sup>».

Pues bien, aunque esta exigencia especialmente ponderativa —cierro ya el paréntesis— es la que dice haberse llevado al texto Anteproyecto, el trasvase deja bastante que desear:

De un lado, porque la exigencia en cuestión se vincula al *mantenimiento* en el cargo o función pública, lo que da pie a entender que no alcanza al supuesto en que la prisión provisional incida en *acceso* a un cargo representativo. Otro desatino.

Y de otro lado, porque atendida la «valoración especial» a la que el artículo 254 somete la adopción o mantenimiento de la medida en estos casos, lo propio habría sido que, a similitud de lo previsto para apreciar la concurrencia de los fines que justifican la

---

<sup>16</sup> ECHR:2018:1120JUD001430517.

<sup>17</sup> Las entrecomilladas son palabras de la propia STC 155/2019. Atendidos los términos en que se impone el deber motivación en estos casos, es claro que el derecho de representación política viene a engrosar los supuestos en que el TC exige un canon de motivación reforzada en relación con las exigencias que impone el artículo 24.1 CE por estar en solfa algún derecho fundamental sustantivo, como la integridad moral, la libertad o el principio de legalidad (entre otras muchas, SSTC 29/2019, de 28 de febrero; 81/2018, de 16 de julio; 96/2017, de 17 de julio; 12/2016, de 1 de febrero; 226/2016, de 2 de noviembre; 206/2012, de 12 de noviembre; y 16/2012, de 13 de febrero). Por lo demás, es de notar que a la STC 155/2019 ha seguido un buen número de resoluciones que asumen sus mismos postulados y recaídas, como ella, en el marco del juicio del procés. Así, *v.gr.*, las SSTC 3/2020 y 4/2020, ambas de 15 de enero y recaídas en sendos recursos promovidos por el Sr. Sánchez i Picanyol; 5/2020, de 15 de enero, en el recurso promovido por la Sra. Forcadell Lluís; y 37/2020, de 25 de febrero, en el recurso promovido por los Sres. Turull i Negre y Rull i Andreu.

prisión provisional, se explicitaran los criterios o elementos a los que debe atenderse en el juicio de ponderación. La gravedad de los hechos delictivos investigados, la vinculación de estos hechos con el cargo público que se aspira ocupar o que se desempeña, e incluso la importancia misma del cargo bien podrían ser algunos de esos criterios.

**16.** La segunda novedad que anunciaba guarda evidentes concomitancias con la anterior. Y por partida doble. A la sazón, también toma su razón de ser de la doctrina del TC o, con más rigor, de los recursos de amparo promovidos por algunos de los protagonistas del proceso en los que se cuestionaba la interpretación hecha por la Sala Segunda del artículo 384 bis LECrim<sup>18</sup>.

Así —abro otra vez un paréntesis—, frente a la resolución de esta Sala comunicando a la Mesa del Parlamento de Cataluña que algunos de los entonces procesados habían quedado suspendidos en sus funciones y cargos, aquellos mismos procesados reclamaron el amparo del TC. Dos argumentos sirvieron de sostén a sus reclamaciones: (i) que, en el momento en que la Sala Segunda acordó su suspensión, el auto de procesamiento podía ser recurrido por otros procesados (incluido alguno declarado en rebeldía), lo que abría el portillo a que la calificación de los hechos cambiase y, con ello, a que decayera el presupuesto de la medida de suspensión; y (ii) la consideración de que la expresión «individuos rebeldes» empleada en el 384 bis LECrim debía interpretarse como equivalente a miembros integrantes de bandas armadas y terroristas.

Ni que decir tiene que tales argumentos cayeron en saco roto. El TC acabó coincidiendo con la Sala Segunda en que la noción de firmeza que los demandantes de amparo hacían valer no se adecuaba a la provisionalidad de la calificación jurídica propia del auto de procesamiento, y en que el 384 bis LECrim no solo se refiere a los delitos de rebelión cometidos por bandas armadas, sino a cuantos «conllevan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático».

Cuanto va expuesto —y con esto retomo el hilo de la novedad— da sentido a lo que de esta última hay en los apartados 2 y 3 del artículo 254. Y lo que hay de nuevo son básicamente tres cosas:

La primera es que la suspensión automática de la función, cargo o empleo público se hace solo depender de la prisión provisional o, más propiamente, de la firmeza del auto por el que se acuerda la prisión provisional. El procesamiento deja de ser, por tanto, requisito de la medida.

La segunda es que tal suspensión se vincula al «delito de terrorismo o rebelión»; expresión empleada en sustitución de la hoy utilizada en el artículo 384 bis LECrim («delito cometido por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas<sup>19</sup> o individuos terroristas o rebeldes»).

Y la tercera es el reconocimiento expreso de que la suspensión se aplica a quienes estén en situación procesal de rebeldía y en tanto dure esta.

---

<sup>18</sup> Cfr. SSTC (Pleno) 11/2020, de 28 de enero, en el recurso promovido por los Sres. Junqueras y Romeva; 12/2020, de la misma fecha, en el recurso promovido por el Sr. Puigdemont; y 38/2020, de 25 de febrero, en el recurso promovido por los Sres. Sánchez, Turull y Rull. A estas se suman las SSTC 39/2020, de 25 de febrero, y 195/2020, de 17 diciembre, en los recursos promovidos por personas no procesadas en el juicio del proceso y que, obviamente, fueron inadmitidos por falta de legitimación.

<sup>19</sup> Repárese en que la Disposición Adicional 1 de la LO 5/2010, de 22 de junio (BOE-A-2010-9953) suprimió la expresión «bandas armadas» si bien solo del texto del Código Penal.

Como se convendrá, aquella primera y esta última novedad son razonables; loables, si se me apura. Constreñir la medida de suspensión a los delitos de terrorismo y rebelión resulta, sin embargo, algo más discutible. Y es que si, desde su interpretación constitucional, la suspensión del empleo o cargo público alcanza objetivamente a cuantos delitos «comportan un desafío mismo a la esencia del Estado democrático», lo coherente es vincular aquella suspensión a los delitos en los que se dé este desafío, como indudablemente ocurre con la mayoría de los delitos contra la Constitución (Tit. XXI del Libro II del CP) o como puede apreciarse también respecto en otras clases de delitos como la corrupción política<sup>20</sup>. **LEER EL ARTICULO DE MARTIN PASTOR**

## 5. Régimen atenuado

**17.** El proyectado régimen atenuado de la prisión provisional es una réplica casi exacta del previsto en el frustrado Anteproyecto de 2011. De hecho, salvo pequeñísimos cambios de redacción y alguna llamativa omisión, los artículos 255 a 257 del Anteproyecto de 2020 reproducen, palabra por palabra, lo que veinte años antes establecía su homónimo<sup>21</sup>. Vienen a ocuparse así de los llamados supuestos ordinarios y especiales de la prisión atenuada y de la duración de esta última.

### 5.1. Supuestos ordinarios

**18.** Los supuestos ordinarios de prisión atenuada son aquellos en que, en interés de la salud o de seguridad del encausado, la medida cautelar se acuerda ejecutar bien en el domicilio del propio encausado o en otro lugar privado designado por él, bien en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial.

De lo anterior ya se colige que las previsiones sobre la prisión atenuada se amplían respecto de lo que actualmente recoge el artículo 508 LECrim. Y en dos diferentes sentidos:

El primero es que la medida se liga a la apreciación de que el ingreso en un centro penitenciario ordinario suponga un riesgo no solo para la salud del encausado, sino también para su propia *seguridad*.

El segundo es que se incrementan los lugares en los que puede llevarse a cabo esta modalidad de prisión.

Respecto de esto segundo importa reparar que se mantiene la posibilidad de cumplir la prisión atenuada en el domicilio del encausado y en un centro de deshabitación, pero con una adición y algunos matices. La adición es que, junto al domicilio del encausado, se permite que la medida también pueda llevarse a efecto en cualquier otro lugar privado designado por él, previo consentimiento de su morador o titular; previsión más que atinada a la vista de que el encausado puede compartir su domicilio con la víctima o incluso carecer de él. Los matices conciernen, por su parte, al supuesto de que la medida se ejecute en un centro de deshabitación, y estriban en que estos centros ni se relacionan ya con la adición a sustancias estupefacientes (pueden ser, por tanto, centros destinados al tratamiento de cualquier adición, sea esta de carácter químico o comportamental), ni se exige que sean centros oficiales (pueden ser, por tanto, centros privados), ni la prisión atenuada queda supeditada a que los hechos objeto del proceso

---

<sup>20</sup> En este mismo sentido se enmarca la propuesta de MARTÍN PASTOR, J., «La suspensión provisional en el ejercicio de cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción», *Diario La Ley*, nº 8462, 20 de enero de 2015, pp. 6 y 8.

<sup>21</sup> Cfr. artículos 210 a 212 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

se hayan cometido con anterioridad al inicio del tratamiento (pueden haberse, por tanto, cometido después).

A mayor abundamiento, es de notar que se permite que esta modalidad de prisión provisional se lleve a efecto en lugares distintos de los tradicionales; en concreto, en centros médicos, psiquiátricos o de educación especial, tengan estos carácter público o privado.

**19.** Junto a su mayor amplitud en los términos vistos, el régimen atenuado de la prisión provisional se distingue también del actual en su mayor precisión. No en vano, los apartados 2 a 4 del artículo 255 del Anteproyecto descienden a regular determinados aspectos sobre el modo de llevarse a cabo, sus límites y el control de su cumplimiento.

Así, y en relación con lo primero, se precisa que la prisión atenuada puede cumplirse de forma continuada o durante días u horas. Y más allá: que el Juez puede autorizar con carácter general o puntual las salidas que el encausado necesite realizar por motivos laborales, familiares o de salud, sin más contrapartida por su parte que la de comunicar los lugares en los que puede ser localizado en las salidas.

En cuanto a los límites, se contempla expresamente que la autoridad judicial puede imponer al encausado prohibiciones o restricciones de las comunicaciones con personas distintas de las que con él convivan o le asistan. Se abre el portillo así a una especie de prisión atenuada incomunicada.

Por último, y en cuanto al control del cumplimiento de la medida, las precisiones atañen no a su ejecución —que sigue confiándose a la Policía Judicial—, sino a su adopción y a las consecuencias que pueden seguirse de la falta de colaboración del encausado en la ejecución de la medida. De este modo lo previsto es que el juez puede acordar de oficio las medidas que considere oportunas para garantizar el cumplimiento de la prisión provisional sin venir en esto vinculado a lo solicitado por las partes; y también que la falta de colaboración del encausado en la eficacia del control franquea —como el quebrantamiento mismo de la medida— la revocación judicial de esta última y su eventual sustitución por otra más gravosa.

**20.** Como vengo diciendo, las previsiones del artículo 255 superan en precisión las del actual artículo 508 LECrim. Con todo, podría afinarse mucho más.

Así las cosas, convendría sopesar si a los motivos labores, familiares o de salud que justifican las salidas de la persona encausada, podrían sumarse motivos religiosos en línea con lo previsto en LO 2/1989, de 13 de abril, procesal militar<sup>22</sup>.

Pero fundamentalmente lo que habría que aclarar es si el juez puede acordar la prisión atenuada de oficio<sup>23</sup>, si su revocación y sustitución por otra medida más grave exige,

---

<sup>22</sup> Para comodidad del lector, traigo a la vista el tenor de su artículo 227: «El que se encuentre en prisión atenuada, podrá salir del lugar en que la cumpla durante el tiempo necesario para acudir, previa autorización del Juez Togado, a su trabajo habitual, al ejercicio de sus actividades profesionales, o a prestar el servicio que sus Jefes puedan encomendarle, con la obligación de reintegrarse al lugar de internamiento al término de estas actividades. Igualmente podrá salir, previa la misma autorización, *para asistir a sus prácticas religiosas o para recibir asistencia médica, que, siendo, necesaria, no pueda serle prestada en el lugar en que estuviere cumpliendo la prisión atenuada*, o por cualquier otra causa justificada a juicio del Juez Togado o del Tribunal Militar.».

<sup>23</sup> Esto en línea también con la LO 2/1989, cuyo artículo 225 reza: «El mismo Juez que tenga facultades para acordar la prisión preventiva, cuando en el preso concurren circunstancias excepcionales que a su juicio lo aconsejen, podrá, *de oficio o a petición de aquél o de su defensor*, disponer que la prisión sea atenuada (...)».

como parece, la celebración de la comparecencia del 261 y, sobre todo, si a la prisión llevada a cabo en un centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial le son aplicables algunas de las reglas previstas para el internamiento cautelar en caso de discapacidad, en particular, las relativas al control de esta medida (art. 76) y a la necesidad de recabar, para su adopción, un informe individualizado emitido por un especialista [art. 78, literal a)]. Esto último pone ya sobre aviso de la estrecha relación entre la prisión atenuada y la medida del internamiento cautelar; cuestión sobre la que volveré más adelante.

## 5.2. Supuestos especiales. La prisión atenuada por razones humanitarias

**21.** A los supuestos ordinarios que permiten ordenar la prisión atenuada, el artículo 256 suma lo que su propia rúbrica califica de «supuestos especiales».

Estos supuestos alcanzan a las mujeres embarazadas o en período de lactancia, a las personas gravemente enfermas y a aquellos encausados que deban ser necesariamente sometidos a un tratamiento curativo o de rehabilitación. Son, a decir también del precepto, supuestos en que procede la prisión atenuada «por razones humanitarias»: un extremo reivindicado desde antiguo por un nutrido sector de la doctrina procesalista<sup>24</sup>.

Llegados a este punto, interesa hacer una advertencia y formular un interrogante:

La advertencia es que, en contra de lo anunciado en la Exposición de Motivos<sup>25</sup> y de lo que en este sentido previeron el Anteproyecto de 2011 y el Borrador de Código procesal penal de 2013<sup>26</sup>, la avanzada edad del encausado no se contempla entre los supuestos que franquean el acceso a esta modalidad de prisión. Esta es la llamativa omisión que anunciaba arriba.

El interrogante es el siguiente: ¿qué es lo que hace especial a estos supuestos comparados con aquellos otros ordinarios? Lejos de los que cabría pensar, la respuesta a esta pregunta no es que para estos supuestos se imponga la prisión atenuada; al contrario. El artículo 256.1, amén de dejar claro que en estos supuestos la prisión atenuada es también facultad del juez, incide en la excepcionalidad de la medida sobre la base de que solo podrá acordarse cuando no resulte necesario disponer el ingreso en un centro penitenciario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de la situación individual del encausado, o cuando no quepa eludir su ingreso en un centro penitenciario ordinario<sup>27</sup>. Pero, ¿acaso esto último

---

<sup>24</sup> Entre otros, ASECIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Madrid, 1987, pp. 199 a 203; BARONA VILLAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona, 1988, pp. 111 a 119; y GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Cizur Menor, 2004, p. 202. Otro extremo también reivindicado por estos autores y que, sin embargo, no ha sido atendido es el de configurar la prisión atenuada como una medida cautelar distinta y alternativa a la prisión provisional en vez de como una modalidad de esta.

<sup>25</sup> Lo que se lee en la Exposición de Motivos del Anteproyecto es, concretamente, lo siguiente: «Se mantiene, en cualquier caso, la completa regulación que el Anteproyecto de 2011 hizo de la llamada prisión atenuada, que permite la adaptación del régimen ordinario de prisión preventiva (un desliz —interpolo— en la terminología) a ciertos supuestos de hecho excepcionales (*avanzada edad*, gestación, enfermedad...) en los que la situación de la persona encausada puede requerir condiciones menos gravosas.

<sup>26</sup> El artículo 211.1 del Anteproyecto de 2011 y el artículo 158.1 del Borrador de Código procesal penal coincidían, en efecto, en incluir entre estos supuestos especiales a los mayores de setenta años.

<sup>27</sup> De acordarse los internamientos mencionados en el literal b) del artículo 256.1 (*i.e.*, el ingreso en un centro penitenciario especializado, o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a las características de la situación individual del encausado) el Juez habrá de acordar también las medidas complementarias que estime pertinentes para asegurar que el encausado no se sustraerá de la acción de la

no es predicable también de los supuestos ordinarios? Sirva lo retórico de la pregunta para llamar la atención sobre el que, a mi modo de ver, es el principal *punctum dolens* del régimen atenuado de la prisión provisional: la artificiosa distinción entre los supuestos ordinarios y los supuestos especiales.

### 5.3. Duración

**22.** Aunque de menor importancia, el régimen atenuado de la prisión provisional presenta otro punto débil. En este caso, referido a su duración. Sobre este punto el artículo 257 dispone que «La prisión atenuada y los internamientos establecidos en el apartado b) del artículo anterior (*i.e.*, el ingreso en un centro penitenciario especializado o en un centro de curación, tratamiento o estancia adecuados a la situación individualizada del encausado) no podrán superar los plazos previstos para la prisión provisional». Pues bien, si se repara, esta previsión es confusa y superflua. Es confusa porque su tenor da por supuesto que los consabidos internamientos son en su totalidad algo distinto de la prisión atenuada, cuando lo cierto es que solo del ingreso en un centro penitenciario especializado debe admitirse la diferencia. Y es superflua porque lo dicho en ella es algo que lógicamente se infiere del dato consistente en que la prisión atenuada sea una modalidad de la prisión provisional.

## III. EL INTERNAMIENTO CAUTELAR

**23.** El Anteproyecto suma al régimen general de las medidas cautelares personales un régimen especial de aplicación a los supuestos de discapacidad del encausado, esto es, a los casos en que este padezca «limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí mism(o) en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales»<sup>28</sup>.

Como se avanzó desde el principio, este otro régimen no se encuentra recogido en el Libro II, sino en el Libro I; concretamente, en el marco del denominado estatuto de la persona encausada con discapacidad<sup>29</sup>. Es en este marco, por tanto, donde se insertan las reglas aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad y, en lo que ahora interesa, las relativas al internamiento cautelar (arts. 75 a 78).

**24.** Antes de examinar el régimen jurídico de esta medida, permítanseme un par de puntualizaciones en torno a su fundamento:

La primera, es que su regulación no responde, como se presenta, «a las exigencias enunciadas por la STC 217/2015», sino más propiamente a las de la STC 84/2018, de 16 de julio. Estas resoluciones del TC enfrentaron un específico problema: el mantenimiento de la prisión provisional tras sentencia absolutoria fundada en la inimputabilidad del acusado y durante la tramitación del recurso interpuesto frente a ella. En este contexto, la STC 217/2015, de 22 de octubre, se limitó a declarar que la

---

justicia y para controlar la evolución del tratamiento. Y similares prevenciones tendrá que tomar cuando acuerde el ingreso del encausado en un centro penitenciario ordinario; también entonces, ciertamente, «cuidará de que el régimen de la prisión provisional no afecte al estado físico o psíquico del preso preventivo y no se frustre el tratamiento seguido (art. 256.2).

<sup>28</sup> Las palabras entrecomilladas corresponden a la noción de discapacidad empleada en el artículo 61 del Anteproyecto.

<sup>29</sup> Sobre el estatuto en general de la persona encausada con discapacidad, vid. RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y., «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI», en *Diario La Ley*, nº 9809, 12 de marzo de 2021.

posibilidad de prorrogar la prisión provisional hasta el límite de la pena impuesta en la sentencia cuando esta es recurrida (art. 504.2, *i.f.*, LECrim) no proporciona cobertura al internamiento cautelar de quien en la instancia resultó absuelto por razón de su enfermedad mental. No fue más allá. Sí lo hizo, en cambio, la STC 84/2018, en la que se apuntó que correspondía al legislador «poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico». Así y todo, lo cierto es que antes de estas resoluciones, el TC ya había advertido de la deficiente regulación en este punto de las medidas cautelares (cfr. STC 191/2004, de 2 de noviembre); deficiencia de la que otras instituciones y órganos también se hicieron eco, incluidos nuestros tribunales. Tanto es así que, salvo algunas resoluciones aisladas, el criterio jurisprudencial mayoritario es que, hoy día, no existe base legal para acordar el internamiento cautelar del investigado<sup>30</sup>.

La segunda puntualización que avanzaba es para dejar claro que la *ratio* del internamiento cautelar se resume —en consonancia, aquí sí, con determinados compromisos internacionales<sup>31</sup> y exigencias del TEDH<sup>32</sup>— en conjugar los fines propios de las medidas cautelares personales con la necesidad de dispensar al encausado con discapacidad la atención médica o asistencial que precisa, y de procurarla, además, en un establecimiento especializado.

**25.** Otra observación importante, en lo que concierne ya a su régimen jurídico, es que, según se ha deslizado, el internamiento cautelar no se vincula genéricamente a los supuestos de discapacidad del encausado, sino lo que es distinto a la probabilidad de que este sea considerado inimputable y, por ende, a que acabe imponiéndosele no una pena sino una medida de seguridad privativa de libertad.

---

<sup>30</sup> La necesidad de abordar una regulación específica del internamiento cautelar concita también desde hace tiempo a estudiosos y prácticos. Así, y por todos, DE LA ROSA CORTINA, J. M., «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», *La Ley Penal*, 108, mayo-junio 2014, pp. XXXX; DEL MORAL GARCIA, A., «Internamientos de extranjeros, incapaces y menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI, 1988, p. 253; GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, P., «Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC 217/15 de 22 de octubre», en *Diario La Ley*, n° 8677, 8 de enero de 2016, pp. 2 a 5; y del mismo autor; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, 1997, II, p. 185; y SANTAMARÍA MATESANZ, J.P., y PÉREZ PÉREZ, J.J., «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal», en *Boletín digital penal*, núm. 24, mayo 2018, esp. pp. 2 a 12.

<sup>31</sup> Básicamente estos compromisos vienen de la mano de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 21 de abril de 2008 (BOE-A-2008-6963), así como de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (DOUE C 378/8, 24.12.2103).

Así, dispone el artículo 14.2 de la Convención que «Los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la *realización de ajustes razonables*». En términos más precisos aún, se pronuncia la Comisión Europea al recomendar que «14. Los Estados miembros deben adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que la privación de libertad de las personas vulnerables antes de su condena es una medida de *último recurso, proporcionada y realizada en condiciones que se ajustan a sus necesidades. En caso de privación de libertad, deben adoptarse medidas adecuadas para garantizar que las personas vulnerables disponen de alojamiento razonable en función de sus necesidades particulares*». Las cursivas son mías.

<sup>32</sup> Cfr. entre otras, SSTEDH Pankiewicz c. Polonia de 12 de febrero de 2008; Bizzotro c. Grecia, de 15 de noviembre de 1996; y Ashingdane c. Reino Unido de 28 de mayo de 1985.



Dicho más claramente, y en palabras del Anteproyecto: «cuando existan indicios racionales de que la persona encausada cometió el hecho delictivo concurriendo alguna de las eximentes previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal y fuera previsible la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, no cabrá acordar la prisión provisional», pero sí «la medida cautelar de internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial» (art. 75).

El pronóstico de inimputabilidad y de imposición de una medida de seguridad cierra, pues, el portillo a la prisión provisional, pero lo abre respecto del internamiento cautelar. Con todo, a efectos de acordar este último, aquel pronóstico no basta. Junto a él, deben darse también (i) los requisitos propios de la prisión provisional y los fines que la legitiman; y (ii) la imposibilidad de adoptar otra medida menos gravosa para el encausado, pero igualmente útil para alcanzar aquellos mismos fines.

Atendido esto último en nada sorprende que, para acordar el internamiento cautelar, resulte obligado celebrar la comparecencia del 261. Y tampoco que, en lo relativo a su duración, abono y procedimiento (esto último, dejando al margen las especialidades), esta medida deba ajustarse a lo previsto para la prisión provisional (arts. 75, párrafo III, y 78).

**26.** Por lo demás, lo dicho hasta aquí pone de relieve las innegables similitudes entre el internamiento cautelar y la prisión atenuada, aunque también el *quid* que las distingue.

Así las cosas, es claro que ambas medidas participan, siquiera en parte, de un mismo fundamento —el de conciliar la salud y seguridad del encausado y su tratamiento médico, terapéutico o asistencial con los fines propios de las medidas cautelares—. Y otro tanto puede decirse de sus presupuestos, del procedimiento previsto para su adopción y mantenimiento, y de los lugares, en fin, en los que puede llevarse a cabo.

Por su parte, lo que separa el internamiento cautelar de la prisión atenuada gravita sobre el consabido pronóstico de inimputabilidad y de imposición de una medida de seguridad. No en vano, dándose este pronóstico, lo procedente es acordar el internamiento cautelar. Por el contrario, a falta de tal pronóstico o si este es solo de semiimputabilidad pero durante el proceso se aprecia un déficit en la capacidad del encausado, lo procedente es acordar la prisión atenuada<sup>33</sup>.

**27.** Justamente porque el punto secante entre el internamiento cautelar y la prisión atenuada consiste en un pronóstico o juicio provisional, el Anteproyecto prevé que, tras haberse acordado inicialmente el internamiento, este puede ser sustituido por la prisión atenuada. Y a la inversa<sup>34</sup> (art. 77.1 y 2). En este contexto, además, la propuesta toma el concreto testigo lanzado en su momento por el TC, y prevé expresamente que, si la sentencia dictada en primera instancia aprecia la concurrencia de una eximente completa de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 del Código Penal e impone una medida de seguridad privativa de libertad, se acordará —imperativamente— el

---

<sup>33</sup> En el mismo sentido, RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y., «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI», cit., pp. 10 y 11.

<sup>34</sup> Solo para el caso de que habiéndose acordado inicialmente la prisión provisional sobrevengan motivos para entender que pueden ser de aplicación las eximentes completas de los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP se prevé cómo hay que proceder: convocando la celebración de una comparecencia para decidir si procede la puesta en libertad del encausado o el internamiento cautelar (art. 77.2). Para el caso contrario no hay, en efecto, previsiones en este sentido, limitándose la propuesta a señalar que «en cualquier momento el procedimiento podrá ser sustituido por alguna de las fórmulas previstas para la prisión atenuada, si las circunstancias así lo requirieran» (art. 77.1).

internamiento cautelar, que podrá prolongarse hasta la mitad de la duración de la medida que haya sido impuesta (art. 77.3).

**28.** Como se coincidirá, aun cuando solo sea por colmar este último vacío normativo, la regulación del internamiento cautelar debe ser saludada como un acierto.

Desde la perspectiva conjunta de la regulación de esta medida y la prisión atenuada, mi juicio, sin embargo, no es tan positivo. En este sentido, he de insistir en que, así como se prevé que la medida de internamiento cautelar ha de ajustarse a la prisión provisional en lo no específicamente regulado para aquella, no existe una previsión pareja para el supuesto contrario, esto es, para el caso de que, por encontrarse sobrevenidamente el encausado en circunstancias que aconsejen su ingreso en un centro psiquiátrico, de deshabitación o similar, proceda la prisión atenuada. Obviamente, la insistencia en este punto obedece a que, a mi modo de ver, sería razonable que las especialidades previstas para el internamiento cautelar se extendieran al encausado allí donde concurren los requisitos necesarios para acordar la prisión atenuada.

#### **IV. EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL PARA LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL**

**29.** La Exposición de Motivos del Anteproyecto reconoce sin ambages que la *ratio* de lo que en él se regula sobre indemnización por prisión provisional es de índole constitucional; que tiene por fuente, con mayor exactitud, la doctrina acuñada en la muy comentada STC (Pleno) 85/2019, de 19 de junio<sup>35</sup>.

Como se recordará, esta Sentencia dio respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio Pleno del TC sobre el artículo 294.1 LOPJ. Y, como igualmente se recordará, la respuesta consistió en declarar parcialmente inconstitucional y nulo el artículo 294.1 LOPJ, al considerarse que los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» eran contrarios al derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> La STC 85/2019 es, efectivamente, la fuente de la que bebe una muy copiosa literatura jurídica. Traigo a esta nota tan solo algunos botones de muestra: DE HOYOS SANCHO, M., «La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, 2020-nº 1, pp. 127 a 173; DOMÍNGUEZ RUIZ, L., «Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea», *Revista Justicia*, 2020-2, pp. 309 a 341; MANZANARES SAMANIENGO, J.L., «La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019», *Diario La Ley*, nº 9759, 2020; MARTÍN LORENZO, M<sup>a</sup>., «Prisión provisional y presunción de inocencia», en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, 2019, Vol. I, pp. 197 a 210; MEDINA ALCOZ, L., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I., «Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2019, nº 200, pp. 147 a 190; MUÑOZ CARRASCO, P., «Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados (Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 85/2019, de 19 de junio de 2019)», en *Diario La Ley*, núm. 9481, de 19 de septiembre de 2019, pp. 1 a 10; RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez: La STC 85/2019, de 19 de junio: sumarias loas y críticas», en *Diario La Ley*, nº 9477, de 13 de septiembre de 2019, pp. 1 a 14; y SIMÓN CASTELLANO, P., «El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada. Propuestas y sugerencias constructivas ante la pereza del legislador», en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (Dir. A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2021, pp. 355 a 376.

<sup>36</sup> La doctrina de la STC 85/2019 fue avalada, al poco, por la STC 125/2019, de 30 de octubre y por otras muchas posteriores (así, v.gr., por las SSTC 130/2019, 131/2019, 135/2019, 136/2019, 137/2019,

No obstante, en lo que aquí concierne, el interés de la STC 85/2019 no radica tanto en su fallo cuanto en su fundamentación jurídica y, en particular, los siguientes extremos:

- Para el TC la finalidad del 294.1 LOPJ es de tipo indemnizatorio o compensatorio<sup>37</sup>, si bien se trata un supuesto radicalmente distinto del error judicial y del funcionamiento anormal de la administración de justicia. El legislador orgánico —vino a decir el máximo intérprete de la Constitución en este sentido— ha tenido a bien reconocer el derecho a la indemnización de los daños sufridos por la prisión provisional como «compensación del sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general» que sería el de soslayar ciertos riesgos relevantes respecto del desarrollo del proceso, la efectividad de la sentencia penal o la protección de las víctimas o de la sociedad en general.
- Aunque la responsabilidad por prisión provisional tiene dimensión constitucional, de ello no necesariamente se deriva que la indemnización sea automática en todos los casos. Antes bien, a juicio del máximo intérprete de nuestra Constitución, esta es compatible con un régimen legal que excluya aquella indemnización o la limite a determinados supuestos<sup>38</sup>. Naturalmente —se decía en la comentada STC 85/2019—, acuñar este régimen es cometido del legislador, debiéndose aplicar, de no haber intervención legislativa, la teoría general de la responsabilidad civil y «los criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser —citaba expresamente— la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)».

**30.** Ambos pronunciamientos enmarcan, ciertamente, las novedades del Anteproyecto en este terreno. En apretada síntesis, estas novedades también son dos:

Una es que el resarcimiento de los daños sacrificiales derivados de la prisión provisional se reconoce en términos de derecho subjetivo, previéndose, además, el régimen indemnizatorio que rige para estos casos, esto es, los supuestos indemnizables y los criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio.

La otra novedad es la introducción de un procedimiento especial para obtener la indemnización por prisión provisional.

---

138/2019, 139/2019, 140/2019, 141/2019, 142/2019, 143/2019, 144/2019, 145/2019, 147/2019, 151/2019, 154/2019, 162/2019, 163/2019, 164/2019, 165/2019, 166/2019, 167/2019, 168/2019, 169/2019, 170/2019, 171/2019, 173/2019, 174/2019, 175/2019, 8/2020, 44/2020, 45/2020 y 64/2020).

<sup>37</sup> «Indemnización y compensación» son términos que aquí, como en la STC 85/2019, se emplean como sinónimos no siéndolo en propiedad. De hecho, uno de los votos particulares emitidos frente a esta Sentencia —el formulado por la magistrada Encarnación Roca Trías, favorable a entender que el 294.1 LOPJ ampara *stricto sensu* una compensación— deja traslucir la ausencia de unanimidad en este contexto. Con todo, la mayoría de la doctrina se inclina por entender que, *de lege data*, estamos ante un supuesto indemnizatorio. Así, y por todos, SIMÓN CASTELLANO, P., *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial* (con A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2020, p. 348.

<sup>38</sup> A decir del TEDH, igual compatibilidad es predicable del CEDH (art. 6.2.). En este sentido, PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., «La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión», en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor, 2021, p.101.

**31.** Será este procedimiento de nuevo cuño el que monopolice la atención de las próximas páginas. No obstante, atendidas sus implicaciones en este procedimiento, algo conviene señalar también sobre aquella primera novedad:

Así, y de un lado, conviene reparar en que el reconocimiento a obtener una indemnización en términos derecho subjetivo implica que el inicio del nuevo procedimiento especial queda supeditado a la reclamación expresa del interesado<sup>39</sup>.

De otro lado, es de notar que el régimen indemnizatorio de la prisión provisional se dibuja en línea con lo sugerido en la STC 85/2019. Una lectura conjunta de los apartados 3 y 4 del artículo 9 y del artículo 10 del Anteproyecto lleva, en efecto, a concluir: (i) que la procedencia y determinación de la indemnización por prisión provisional se rige por los criterios propios de la teoría general de la responsabilidad civil y del Derecho de daños; (ii) que los supuestos indemnizables son aquellos en que, tras la prisión provisional, recae sentencia firme absolutoria o auto de sobreseimiento; y (iii) que, además de lo anterior, los daños han de ser realmente efectivos y no responder inmediata o principalmente a la conducta del investigado<sup>40</sup>.

Atendido el dibujo se advierte sin dificultad que en él hay trazos discutiblemente gruesos, pinceladas que faltan y, sobre todo —sigo con el símil—, una tendencia pictórica muy diferente de la actual.

La nueva tendencia estriba en que, de consumarse la propuesta, la petición indemnizatoria por prisión provisional se registrará en lo específicamente no regulada las reglas generales del Derecho de daños.

Los trazos discutiblemente gruesos son, por su lado, los empleados para diseñar los supuestos indemnizables. A la sazón, el Anteproyecto no hace distinción entre los motivos que den lugar al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria, de modo tal que la vía de la indemnización parece dejarse abierta a cualquier clase de sobreseimiento o sentencia de signo absolutorio, sin más excepciones o atenuaciones —y esto es lo discutible— que la *compensatio lucri cum damno* y la relevancia causal de la conducta de quien estuvo sometido a prisión provisional<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> En igual sentido, vid. apartado XC de la Exposición de Motivos.

<sup>40</sup> En uno y otro sentido —precisa el artículo 10 del Anteproyecto— ha de estarse al tiempo de privación de libertad abonado en todo o en parte en otra causa (*compensatio lucri cum damno*), así como al «incumplimiento de las reglas imperativas de conducta, en particular, el quebrantamiento de medidas cautelares menos gravosas o el intento efectivo de sustracción de la acción de la justicia, de ocultación o destrucción de fuentes de prueba o de atentado contra los bienes jurídicos de la víctima». Como es notorio, la enumeración de estos criterios guarda correspondencia con los fines que legitiman la prisión provisional, si bien falta la referencia a la reiteración delictiva. Otro extremo notorio es que estos criterios son de tipo enunciativo. Más todavía: si se repara, la contribución causal del investigado respecto de los daños padecidos por la prisión provisional puede no responder al incumplimiento de una regla imperativa, tal sería el caso de que el investigado confiese falsamente ser autor del hecho delictivo o de que decida no aportar a la causa pruebas exculpatorias que están en su poder.

<sup>41</sup> Lo cuestionable no es que se quiera instaurar la regla de indemnizar cuando se ha padecido prisión provisional seguida de sobreseimiento o sentencia absolutoria, sin distinguir si aquel o esta se han fundado en inexistencia objetiva o subjetiva del hecho delictivo, en la insuficiencia de prueba para condenar (*in dubio pro reo*) o en la suficiencia de prueba de la inocencia. Antes al contrario, desde la perspectiva constitucional y las exigencias del derecho a la presunción de inocencia y el derecho a la igualdad, resulta del todo obligado hacer abstracción de esta clase de consideraciones.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del total haz de motivos que pueden dar lugar al sobreseimiento o a la sentencia absolutoria. Antes bien, en este sentido, entraría dentro de lo razonable excluir de la regla indemnizatoria no solo los supuestos de *compensatio* y de relevancia causal de la conducta de quien se vio sometido a prisión preventiva, sino algunos otros. De hecho, así se contempla en un ordenamiento

Las pinceladas que faltan atañen, finalmente, a los criterios que deben tenerse en cuenta para la fijación del *quantum* indemnizatorio. Sobre estos criterios, los artículos 9 y 10 solo mencionan, como vengo diciendo, la *compensatio lucri cum damno* y la relevancia causal de la conducta del preso preventivo. Nada dicen, sin embargo, sobre los criterios previstos en el artículo 294.2 LOPJ, esto es, sobre el tiempo de privación de libertad y las consecuencias personales y familiares que se hayan producido, y menos aún sobre aquellos a los que, según nuestra jurisprudencia, hay que atender para fijar el *quantum* indemnizatorio<sup>42</sup>.

### 1. ¿Ante un nuevo procedimiento penal especial?

32. Entrando en el análisis del nuevo procedimiento, debe comenzarse por el que, sin duda, es su rasgo más característico. Me refiero al hecho mismo de que su regulación se traiga a la proyectada Ley de Enjuiciamiento Criminal con la condición de un proceso penal especial. El «procedimiento especial para la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución» sirve, en efecto, de epílogo al Libro VIII dedicado a los procesos especiales. Concretamente, es el Título VII de este Libro VIII —artículos 868 a 872— el que le da cobertura.

Según señala la Exposición de Motivos, tanto la opción de confiar la decisión sobre la indemnización por prisión provisional a los órganos del orden penal como la regulación del nuevo procedimiento están inspiradas en el Código de procedimiento penal francés<sup>43</sup>. Es más: por aquella también se sabe que, en la decisión de trasladar la tradicional competencia para obtener una indemnización por prisión provisional del ámbito administrativo o contencioso-administrativo al penal<sup>44</sup>, lo determinante ha sido que los tribunales penales son «los que se encuentran en las mejores condiciones para valorar los elementos que pueden determinar la *denegación* del resarcimiento».

Si resalto «*denegación*» es porque, habiéndose configurado el derecho al resarcimiento de los daños sacrificiales en términos de derecho subjetivo y habiéndose diseñado los supuestos indemnizables con tanta amplitud, resulta paradójico cuando menos que la propuesta se exprese en clave de *denegación* y no de reconocimiento<sup>45</sup>. Pero lo más

---

jurídico tan cercano al nuestro como el francés, que excepciona del derecho a obtener una indemnización por prisión provisional los supuestos, p.ej., en que la sentencia absolutoria tiene por fundamento la eximente de alteración psíquica o la prescripción, o cuando tras ella se decreta una amnistía (art. 149 CPP). Para un estudio en detalle de estas excepciones y, más en general, de los modelos de reparación por prisión provisional en el sistema francés, italiano y alemán, es de lectura obligada el trabajo de DE HOYOS SANCHO, M., *Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia*, Valencia, 2000, pp. 90 a 102.

<sup>42</sup> Vid. infra nota 45.

<sup>43</sup> Cfr. artículos 149, 149-1 a 149-4 y 150 ; y artículos R26 a R40-3 del *Code de procédure pénale*. Al igual que en Francia, también el *Codice di procedura penale italiano* (arts. 314 y 315 y 643 y ss.) se inclina porque la petición indemnizatoria por prisión provisional curse ante los órganos del orden penal.

<sup>44</sup> De fructificar la propuesta es claro que este traslado exigirá modificar el artículo 294 LOPJ, pero también el artículo 9 de este mismo texto legal. En este último sentido, concretamente, serán precisas dos reformas: una para extender el ámbito de actuación de los tribunales penales al conocimiento de causas no criminales (art. 9.3 LOPJ) y otra para excepcionar este procedimiento del ámbito de actuación de los tribunales del orden contencioso-administrativo en tanto hoy día estos extiende su jurisdicción al conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 9.4 LOPJ)

<sup>45</sup> No es solo la Exposición de Motivos la que se expresa en estos términos. Antes bien, con ocasión de regular la también nueva Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional, se llega a prever que el informe anual que debe elaborar esta Comisión sobre los casos que hayan dado lugar a

llamativo no es esto. Tampoco, como veremos, que la competencia para conocer de este procedimiento no siempre recaiga en el tribunal que acordó la medida cautelar, que es —apostillo— es que estará en las mejores condiciones para valorar la procedencia de la petición indemnizatoria. Lo verdaderamente llamativo —inspiraciones al margen— es que se confiara carácter *penal* a un procedimiento que es exclusivamente instrumental del Derecho civil, del Derecho de daños, pero no del Derecho penal. Lo asombroso, en otras palabras, es que asuntos de naturaleza indiscutiblemente civil que toman como premisa, además, la ausencia de responsabilidad penal, sean confiados a los tribunales penales<sup>46</sup>.

## 2. Supuestos indemnizables

**33.** El nuevo procedimiento especial tiene por *prius* la prisión provisional, lo que significa que solo puede aspirarse a obtener una indemnización en el caso de haberse adoptado esta medida (en cualquiera de sus modalidades, se entiende), pero no así cuando se han acordado otras medidas cautelares, personales o reales y tampoco cuando el sacrificio por razones de interés general trae causa de otro tipo de actuaciones<sup>47</sup>.

**34.** Otro de los presupuestos del nuevo procedimiento es que el proceso en que se acordó la prisión provisional debe haber concluido por (i) decreto de archivo dictado conforme a las letras a), b) y c) del artículo 586.2<sup>48</sup>; (ii) auto de sobreseimiento; o (iii) sentencia absolutoria. El decreto, el auto de sobreseimiento o la sentencia deben ser, además, firmes (art. 868).

---

indemnización por prisión provisional incluirá, en su caso, «las medidas o reformas necesarias para *reducir* este tipo de casos en el futuro» (art. 872.3).

<sup>46</sup> Antes de hacerse público el Anteproyecto, ya DE HOYOS SANCHO se manifestaba partidaria de esta opción, creo entender que en la idea de que así se orillaba la necesidad actual de tener que acudir previamente a un órgano de la Administración. Cfr. *Efectos ad extra de la presunción de inocencia, op.cit.*, p.96.

<sup>47</sup> Parece desprezarse, en consecuencia, la propuesta —abanderada por un cualificado sector de nuestra doctrina— de extender, en línea con lo previsto en otros sistemas procesales, la posibilidad indemnizatoria a otras medidas cautelares legítimamente acordadas y no seguidas de condena (*v.gr.*, la detención no seguida de prisión, la obligación periódica de comparecencia, las hasta ahora denominadas órdenes de alejamiento) e incluso a otras actuaciones procesales aflictivas para el investigado en las que puede resultar igualmente necesario «compensar el sacrificio legítimo impuesto en aras del interés general». Cfr. DE HOYOS SANCHO, M., «La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas», *cit.*, pp. 167 y 168, y también en *Efectos ad extra de la presunción de inocencia, op.cit.*, p. 108; así como MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «El nuevo texto constitucional del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, nº 9563, de 29 de enero de 2020, pp. 10 a 13.

<sup>48</sup> Reproducimos para comodidad del lector y con vistas a lo que más adelante se dirá el artículo 586.2, cuyo tenor, dicho sea de paso, parece ser compendio de lo que hoy disponen los artículos 637 y 641 para el sobreseimiento libre y provisional.

«A los efectos del apartado anterior, procederá la conclusión y archivo del procedimiento (de investigación):

- a) Cuando los hechos investigados carezcan manifiestamente de relevancia penal.
- b) Cuando aparezcan exentas de responsabilidad criminal las personas investigadas y no deba imponerse una medida de seguridad.
- c) Cuando de la investigación resulte que la persona investigada no ha tenido participación en el hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento.
- d) Cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento.
- e) Cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada».

Definidos así los supuestos indemnizables, salta a la vista que el artículo 868 concreta —ampliándolas aún más— las previsiones de los artículos 9 y 10 del Anteproyecto. No en vano, según aquel primer precepto, los supuestos indemnizables son la prisión provisional seguida de auto de sobreseimiento, la prisión provisional seguida de sentencia absolutoria, pero también la prisión provisional seguida de decreto de archivo.

**35.** Ocurre, empero, que lo que el artículo 868 tiene de concreción en comparación con aquellos artículos, lo tiene de imprecisión en su mismidad. No exagero.

Cuando el artículo 868 dibuja como situación indemnizable la prisión provisional seguida de decreto de archivo dictado en alguno de los supuestos previstos en los literales a) b) y c) del artículo 586.2, ¿a qué se refiere?, ¿a que solo franquea la indemnización el decreto de archivo que pone fin a la fase de investigación en aquellos supuestos?, ¿o a que cualquier decreto de archivo recaído durante la fase de investigación permite la indemnización con tal de que esté fundado en alguno de esos supuestos?.

Más preguntas y no baladíes: en relación también con el decreto de archivo, ¿debe considerarse que el artículo 868 se limita a recoger, modelándolas, las actuales previsiones del 294.1 LOPJ en relación con el sobreseimiento libre? Y, de ser así, ¿qué razón hay entonces para no incluir entre los supuestos indemnizables el literal d) del artículo 586.2, es decir, al caso que el proceso penal concluya «cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento»? ¿Acaso tras el artículo 868 está la voluntad de ampliar el elenco de los supuestos indemnizables a los actuales motivos que hoy sustentan el sobreseimiento libre y el sobreseimiento provisional<sup>49</sup>? Y, en tal hipótesis, ¿no habría sido más correcto referirse sin más al artículo 586.2 y no solo a algunos de sus literales?

Como deslizaba *supra*, también la literalidad del artículo 868 adolece de imprecisión en lo relativo a la prisión provisional seguida de auto de sobreseimiento. Por de pronto plantea la muy importante cuestión de si la situación indemnizable abarca cualquier auto de sobreseimiento<sup>50</sup> y, por ende, no solo los supuestos en que este se decreta por los motivos del artículo 622.1 (*i.e.*, por no existir indicios racionales de haberse cometido el hecho sobre el que se sustenta la acusación, o no ser el hecho constitutivo de infracción penal, o haber prescrito esta última, o por haber recaído, en fin, sobre los mismos hechos una resolución con efectos de cosa juzgada), sino también cuando se acuerda en procesos por delitos en que el bien jurídico protegido es exclusivamente individual y ni el Ministerio Fiscal ni la víctima ejercen acusación (art. 622.3); o cuando se acuerda porque el Juez de la Audiencia Preliminar entiende que la acusación no está suficientemente fundada (art. 623); o cuando trae causa de haberse retrasado indebidamente la celebración de la primera comparecencia (art. 624).

### **3. Legitimación y competencia**

**36.** La propuesta refiere que la persona encausada que haya padecido prisión provisional puede reclamar una indemnización por los daños que se hayan derivado de dicha medida (art. 868). Da pie así a plantearse si la legitimación activa corresponde con

---

<sup>49</sup> La tesis consistente en permitir la indemnización por prisión provisional cuando el proceso penal termina con sobreseimiento provisional es defendida, entre otros, por SIMÓN CASTELLANO, P., *La prisión provisional a análisis...*, *op.cit.*, pp. 351 y ss. y también en «El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada...», *cit.*, pp. 360 y 361.

<sup>50</sup> Repárese que, en favor de esta conclusión, abona también el artículo 9, apartado 4, en tanto se refiere a «autos (en plural) de sobreseimiento».

carácter exclusivo y excluyente al preso preventivo o si la referencia debe completarse con los criterios propios del Derecho general de daños y, por lo mismo, si cuentan también con legitimación personas distintas del preso preventivo a las que la medida también puede haber deparado perjuicios<sup>51</sup>.

**37.** En cuanto a la competencia, dicho está que la *ratio* del Anteproyecto es residenciar este procedimiento en los tribunales penales por entender que son ellos los que están en las mejores condiciones para valorar si procede —o no— la indemnización por prisión provisional.

Lo que aún se ha dicho es que, en puridad, el Anteproyecto no se acomoda del todo a esta *ratio*. Antes bien, si no creo ver mal, de prosperar la propuesta, lo habitual será que la competencia para conocer de este procedimiento recaiga en un órgano distinto del que acordó la prisión provisional. No otra cosa se infiere del momento procesal en que normalmente se adopta esta medida (la fase de investigación) y del artículo 869 que concentra la competencia para conocer de este proceso especial en un reducido número de tribunales, en concreto en:

- «a) La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia cuando la prisión provisional se haya adoptado en un proceso penal de su competencia por razón del aforamiento o en un procedimiento penal de la competencia (de) un tribunal de instancia incardinado en el ámbito de su circunscripción.
- b) La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando la prisión provisional se haya acordado en un proceso penal de la competencia de dicho tribunal.
- c) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando la prisión provisional se haya acordado en un proceso penal de su competencia por razón del aforamiento».

#### **4. Procedimiento**

**38.** El procedimiento para obtener una indemnización por prisión provisional un procedimiento civil simplificado. *Sic et simpliciter*.

Su inicio, como se indicó, exige instancia de parte. Así, quien aspire a obtener una indemnización por prisión provisional deberá presentar una reclamación —el artículo 870 utiliza también el término «demanda»—, firmada por abogado y procurador, en los treinta días siguientes a la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso; un tiempo —qué duda cabe— cortísimo comparado con el actual de un año computable, además, a partir del día en que el derecho a reclamar la indemnización pudo ejercitarse (arts. 294.3 y 293.2 LOPJ)<sup>52</sup>.

En esta demanda habrá que justificar el tiempo transcurrido en prisión preventiva<sup>53</sup>, la efectividad de los daños derivados de la medida y el importe al que ascienden estos últimos, pudiendo asimismo proponerse prueba.

---

<sup>51</sup> Se interpela en igual sentido, aunque solo en relación con los herederos de quien se padeció prisión provisional, MANZANARES SAMANIENGO, J.L., «La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019», *Diario La Ley*, nº 9759, 22 de diciembre de 2020, p. 5.

<sup>52</sup> También desde la perspectiva comparada este plazo de 30 días se revela en extremo breve. Y no solo en clave de tiempo —que también (nótese que en Francia y Alemania el plazo previsto es de seis meses, siendo en Italia de dos años)—, sino a la luz de la diligencia que en este extremo va a ser exigible al peticionario, habida cuenta de que el Anteproyecto no prevé que las resoluciones que franquean la indemnización por prisión provisional hagan referencia expresa a este derecho ni, por ende, al cauce procedimental que debe seguirse para su satisfacción.

<sup>53</sup> Aun cuando esta referencia al tiempo transcurrido en prisión preventiva (art. 870.1) amplía los criterios de fijación del *quantum* indemnizatorio *ex* artículo 10 del Anteproyecto (*compensatio lucri cum damno* y



Una vez presentada la demanda, el tribunal competente reclamará, en su caso, el procedimiento penal íntegro para unirlo al expediente — extremo que evoca claramente al proceso contencioso-administrativo—, así como las certificaciones necesarias para determinar si la prisión provisional ya ha sido abonada o puede serlo en otra causa penal.

Hecho lo anterior, dará traslado de la documentación recabada y de la propia demanda al Ministerio Fiscal —que, en este procedimiento (es llamativo también), ostenta la posición de demandado— y al Abogado del Estado, con vistas a que formulen oposición a la reclamación indemnizatoria en el plazo de veinte días. Obviamente el escrito de oposición podrá basarse en la inexistencia o falta de efectividad del daño, en la contribución causal del propio demandante en su privación de libertad y/o en la improcedencia del importe indemnizatorio reclamado. Y, obvio es también, que en todos estos casos recaerá sobre los demandados la carga de probar estos extremos.

Respetado el contradictorio, el tribunal convocará a las partes a una vista, pero solo si él mismo la estima necesaria o alguna de las partes hubieran interesado prueba.

Transcurridos diez días desde la presentación de los escritos de oposición o, en su caso, de la celebración de la vista, el tribunal dictará sentencia, que podrá (art. 871.1):

- Estimar la reclamación indemnizatoria con fijación de su importe allí donde quede acreditada la efectividad de los daños y la falta de contribución causal del preso preventivo;
- Denegar la reclamación si lo acreditado es que los daños no han sido efectivos (por mor de la *compensatio lucri cum damno*) o estos tuvieron por causa principal la conducta del encausado;
- O estimar parcialmente la reclamación, moderando su importe, cuando la *compensatio* no haya reparado íntegramente los daños sufridos o cuando la contribución causal de quien padeció la medida, siendo relevante, no fue la causa principal por la que se acordó la prisión provisional<sup>54</sup>.

---

contribución causal del encausado a la producción del daño), la propuesta sigue siendo paupérrima en este punto. Prueba de ello es que en ella ni se menciona que, en la fijación del *quantum*, ha de atenderse a «las consecuencias personales o familiares que se hayan producido» (art. 294.2 LOPJ), ni recoge ninguno de los criterios orientativos que, a raíz de la STC 85/2019, ha ido apuntando la Sala Tercera del Tribunal Supremo al efecto (así, *v.gr.*, los daños morales fruto del desprestigio social, la ruptura con el entorno y la angustia, ansiedad o frustración aparejadas a la privación de libertad; el lucro cesante y los perjuicios económicos asociados a la pérdida de trabajo; la edad, salud y conducta cívica del encausado; y la existencia de personas a cargo del preso preventivo) Cfr., entre las más recientes, SSTS 3534/2020, de 8 de octubre; 3536/2020, de 27 de octubre; y 693/2021, de 11 de febrero.

Con todo, más que la parquedad del Anteproyecto, lo preocupante es que en él se da pie a la objetivización de la indemnización, esto a es, a un sistema de módulos en el que el *quantum* indemnizatorio es el resultado de multiplicar cierto importe de euros por el número de días en que el encausado permaneció en prisión provisional.

Por cierto, lejos de lo que en principio cabría pensar, es este sistema de módulos y no aquellos criterios orientativos el que suele utilizarse en nuestro país para fijar el monto de la indemnización por prisión provisional. Hasta fechas recientes ese módulo era de ciento veinticinco euros por día de prisión, si bien, a decir de algún medio de prensa escrito, el importe se ha reducido a 25 euros diarios (cfr. «¿Cuánto dinero vale estar en la cárcel por un error judicial? Resoluciones de Justicia dicen que 25 euros diarios», artículo publicado en el *Diario El País*, el 4 de junio de 2020, última entrada 3 de mayo de 2021). También sobre el tema, MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019», *cit.*, p. 7.

<sup>54</sup> La redacción del artículo 871.1 es manifiestamente mejorable. En primer lugar, porque lejos de lo que da a entender su literal a), no es el demandante quien tiene la carga de acreditar que su conducta no fue

39. Cualquiera que sea su contenido, y con la salvedad de que haya sido dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, la sentencia que ponga fin a este procedimiento será susceptible de recurso. Pero —adviértase— no de un recurso de apelación, sino de casación; otra peculiaridad de este procedimiento<sup>55</sup> que, tal vez —solo tal vez— está también inspirada en lo regulado del otro lado de los Pirineos<sup>56</sup>.

## 5. La Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional

40. La regulación de este original procedimiento se cierra con la referencia a la denominada «Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional», a la que habrán de enviarse las sentencias de instancia y de casación que le pongan fin (art. 871.3).

No parece necesario detenerse aquí en detallar quiénes integran esta Comisión y cuáles son las funciones de este nuevo órgano. Sobre uno y otro extremo, me remito a lo previsto en el artículo 872.

Lo que sí señalaré es que estas previsiones abundan en lo que, con cierta ironía —lo admito— vengo calificando de llamativo, peculiar u original. Prueba de ello es que, pese al título que le da nombre, el principal cometido que se prevé para esta Comisión es el de examinar e informar sobre si los órganos judiciales y las fiscalías cuentan con medios humanos y materiales suficientes para llevar a cabo las medidas cautelares que «pueden servir de alternativa eficaz (sic) a la prisión provisional». Y aún puede esgrimirse otro botón de muestra: el de que, llegado el caso, el informe anual que ha de emitir esta Comisión sobre los asuntos que han dado lugar a indemnización por prisión provisional seguida de absolución, debe contener un apartado específico con propuesta sobre las medidas o reformas necesarias para *reducir* este tipo de casos en el futuro<sup>57</sup>.

## V. CONCLUSIONES

41. Aunque claramente inspirada en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, comparada con ella la proyectada regulación de la prisión provisional presenta evidentes mejoras.

---

determinante de la adopción de la prisión provisional, sino que son los demandados quienes han de acreditar lo contrario, esto es, que fue aquel quien contribuyó a provocar los daños cuya indemnización reclama. Y, en segundo lugar, porque sus literales b) y c) pueden ser fuente de importantes problemas en la práctica, pues no parece que sea fácil distinguir cuándo los daños traen causa «principal» de la conducta del encausado (y procede, en consecuencia, la desestimación de su demanda) y cuándo esta conducta fue «relevante» en la producción de los daños pero no su causa principal ( y procede, en consecuencia, la estimación parcial de la reclamación).

<sup>55</sup> Apréciase que, según el Anteproyecto, a excepción las dictadas por el Tribunal Supremo, todas las sentencias que ponen fin a un proceso penal son recurribles en apelación, independientemente de que el proceso en cuestión sea ordinario (art. 726.2) o especial (arts. 791.2, 795.4, 807 y 848). Es más: pese a regirse en lo procedimental por las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tampoco el proceso especial de decomiso autónomo escapa de la regla (art. 864.4).

<sup>56</sup> La posibilidad apuntada en texto estriba en que el *Code de procédure pénale* (art. 149-3) prevé que esta clase de sentencias, dictadas por el presidente la Corte de apelación, sean objeto de recurso ante una comisión —la llamada «*Commission Nationale de Réparation des Détentions*»— adscrita a la Corte de casación francesa.

<sup>57</sup> El infinitivo «reducir» sugiere que los autores del texto son conscientes del posible impacto económico que este procedimiento puede suponer para las arcas del Estado. Lo inexplicable es que, siendo conscientes del riesgo, hayan decidido delinear con trazo grueso los supuestos indemnizables.

Las mejoras son, desde luego, de técnica-jurídica. Si por algo se caracteriza la propuesta es, efectivamente, por poner orden y precisión a unos contenidos a los que hoy sirven de continente artículos excesivamente largos, de redacción enmarañada, y que se suceden sin demasiado orden lógico.

En términos de política jurídica —de contenido, si se prefiere— algunos avances también son evidentes. Así me lo parece la más estrecha vinculación de la prisión provisional con el límite punitivo de los dos años, la rebaja de su duración máxima, la tramitación preferente de las causas con preso preventivo y la posibilidad de acordar la prisión atenuada por razones humanitarias. Por descontado, también la regulación del internamiento cautelar me parece digna de loa.

**42.** Lo anterior, sin embargo, no debe tomarse en el sentido de entender que las opciones del Anteproyecto estén exentas de objeciones. Al menos, no es esta mi opinión.

Así, en lo formal, no tengo nada claro que las modalidades de prisión provisional que baraja la propuesta sean preferibles o comporten un valor añadido respecto de la trilogía clásica (*i.e.*, prisión ordinaria, incomunicada o atenuada). Y lo mismo con la distinción entre supuestos ordinarios y especiales de la prisión atenuada. Sí tengo claro, en cambio, que convendría poner remedio a las imperfecciones de todo signo que, según creo haber dejado claro, presenta la propuesta en los extremos aquí examinados.

Finalmente, y en lo sustancial, considero que ha de reflexionarse sobre algunas de las opciones acogidas en el Anteproyecto y sobre otras que parecen haber sido descartadas o que no se han contemplado. Es el caso, entre las primeras, del ámbito objetivo en que está llamado a operar la suspensión *ope legis* de quien ostenta cargo público y, por supuesto, del procedimiento para obtener una indemnización por prisión provisional. Y es el caso, entre las segundas, de permitir que personas de edad avanzada puedan aprovecharse de los beneficios de la prisión atenuada y de extender a esta última algunas de las especialidades previstas para el internamiento cautelar.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ASENCIO MELLADO, J.M. (1987), *La prisión provisional*, Madrid.

BARONA VILLAR, S. (1988), *Prisión provisional y medidas alternativas*, Barcelona.

DE HOYOS SANCHO, M. (2020), «La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, nº 1.

— (2020) Efectos ad extra del derecho a la presunción de inocencia, Valencia.

DEL MORAL GARCIA, A. (1988), «Internamientos de extranjeros, incapaces y menores», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*, VI.

DE LA ROSA CORTINA, J. M. (2014), «Medidas cautelares personales en supuestos de graves anomalías psíquicas», *La Ley Penal*, 108, mayo-junio.

DOMÍNGUEZ RUIZ, L. (2020), «Indemnización por prisión preventiva injusta: evolución del artículo 294.1 LOPJ a la luz de la jurisprudencia nacional y europea», *Revista Justicia*, 2020-2.

GÓMEZ ESCOLAR MAZUELA, P. (2016), «Prisión preventiva y medidas de seguridad. La STC 217/15 de 22 de octubre», en *Diario La Ley*, nº 8677.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., «Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de seguridad», en *Estudios Jurídicos, Ministerio Fiscal*. 1997, II.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2004), *La prisión provisional*, Cizur Menor.

MANZANARES SAMANIENGO, J.L. (2020), «La indemnización por prisión provisional tras la STC 85/2019», *Diario La Ley*, nº 9759.

— (2020) «El nuevo texto constitucional del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Diario La Ley*, nº 9563.

MARTÍN LORENZO, M<sup>a</sup>. (2019), «Prisión provisional y presunción de inocencia», en *Libro homenaje al Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Vol. I, Madrid.

MARTÍN PASTOR, J. (2015), «La suspensión provisional en el ejercicio de cargo público de los políticos imputados judicialmente por delitos de corrupción», *Diario La Ley*, nº 8462.

MEDINA ALCOZ, L., y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), «Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio», *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 200.

MUÑOZ CARRASCO, P. (2019), «Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados (Comentario a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 85/2019, de 19 de junio de 2019)», en *Diario La Ley*, núm. 9481.

PRIETO RODRÍGUEZ, J.I. (2021), «La crisis de la prisión provisional. Su conveniente reducción a la mínima expresión», en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor.

RAMÍREZ ORTIZ, J.L., y RUEDA SERRANO, Y. (2021), «El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI», en *Diario La Ley*, nº 9809.

RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2019), «Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez: La STC 85/2019, de 19 de junio: sumarias loas y críticas», en *Diario La Ley*, nº 9477.

SANTAMARÍA MATESANZ, J.P., y PÉREZ PÉREZ, J.J. (2018), «El internamiento psiquiátrico en el proceso penal», en *Boletín digital penal*, núm. 24, accesible en: <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2018/05/AJFV-Bolet%C3%ADn-penal-mayo-2018.pdf> (última entrada, 20.05.2021).

SIMÓN CASTELLANO, P. (2021) *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, Barcelona.

— (2021), «El sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada. Propuestas y sugerencias constructivas ante la pereza del legislador», en *Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (dirs. P. Simón Castellano y A. Abadías Selmo), Cizur Menor.

- (2020) *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial* (con A. Abadías Selmo), Cizur Menor.