

COLEGIO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS FINANCIEROS

**GRADO EN DERECHO + DIPLOMA EN ESTUDIOS
LEGALES DE LA EMPRESA**



TRABAJO FIN DE GRADO

*MEDIDAS CAUTELARES: VALORACIÓN DE LA CORRECTA
APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL PROCES
CATALÁN*

Irene Sánchez Argenta

Madrid, abril de 2019.

Tutor: Luis Miguel Pérez Aguilera.

«Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto»¹

F. CARNELUTTI

¹ CARNELUTTI, Francesco. (1997) *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: TEMIS, S.A. pág. 48.

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	4
RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
ESTRUCTURA	8
1. MEDIDAS CAUTELARES	9
1.1. CONCEPTO Y FINALIDAD	9
1.2. PRESUPUESTOS GENERALES	10
1.3. CLASIFICACIÓN	10
- Medidas cautelares reales o patrimoniales:	10
- Medidas cautelares personales:	10
2. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL	11
2.1. CUESTIONES PREVIAS	11
2.2. FUNDAMENTO	13
2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISION PROVISIONAL	14
2.4. PRESUPUESTOS LEGALES ESPECÍFICOS	17
2.5. PLAZOS MÁXIMOS	20
2.6. CLASES DE PRISION PROVISIONAL	21
3. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL	23
3.1 LIBERTAD PROVISIONAL	23
3.2 SOMETIMIENTO A VIGILANCIA POLICIAL	26
3.3 PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA	26
3.4 COLOCACIÓN DE LOCALIZADORES ELECTRÓNICOS	27
4. ANÁLISIS DEL AUTO SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL PARA LOS INVESTIGADOS POR EL “PROCÉS”	28
4.1 ANTECEDENTES	28
4.2 FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE APOYA LA PRISIÓN PROVISIONAL ..	30
4.3 CONCLUSIONES:	34
5. BIBLIOGRAFÍA	38
6. JURISPRUDENCIA	39
7. LEGISLACIÓN	39

ABREVIATURAS UTILIZADAS

TS: Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

CE: Constitución Española

LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CP: Código Penal

FJ: fundamento jurídico

LO: Ley orgánica

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

Art.: artículo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

RESUMEN

La Constitución española de 1978 marcó el inicio de una etapa democrática en la que se daban cabida diferentes ideologías, credos, sentimientos, derechos y libertades. El país se constituía en un estado social, democrático y de derecho, reconociendo unas regiones y nacionalidades cuyo concepto, con el paso de los años, daría problemas de interpretación. Este enfoque territorial nos sirve de punto de arranque para analizar la aplicación de la medida cautelar de prisión provisional, ordenada contra los políticos que firmaron la declaración unilateral de independencia de la Comunidad autónoma de Cataluña.

Dado el impacto del proceso por los personajes que intervienen, por la insurrección cometida con o sin violencia que determinará la Justicia, por el gran número de horas consumidas por redes sociales, radios y televisiones cubriendo todos los incidentes al minuto, cabría pensar si el poder judicial se ha podido ver presionado en su neutral y libre actuar al optar por una determinada medida privativa de derechos.

Sin entrar a analizar motivos ideológicos, el presente trabajo da un repaso procesal a las otras medidas que pudieran haber venido en aplicación, pero haciendo especial remarque a la que se aplicó a los políticos, hoy juzgados por el Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analizará en profundidad una medida cautelar, la prisión provisional, debido a la importancia que tienen sus efectos en cuanto restrictiva de derechos fundamentales de la persona. El análisis versará especialmente sobre el procedimiento que se sigue ante el TS contra determinados políticos catalanes por diferentes hechos relevantes que pudieran ser constitutivos de delito. Se trata de estudiar si esta medida, en su adopción, fue la más ajustada a Derecho en lo que a este caso concreto se refiere o, si por el contrario, como en ciertos círculos mediáticos se especulaba, hubiera sido más ortodoxa la utilización de otras alternativas menos lesivas.

La repercusión que a todos los niveles ha despertado el denominado “*proces*” es innegable, no sólo por la carga mediática sino porque se están juzgando unos hechos inauditos en la Historia moderna de España, como es principalmente la declaración de independencia unilateral de uno de sus territorios, en concurso con otro tipo de ilícitos penales. Y los políticos que se encuentran presos por la aplicación de la medida cautelar que se analizará a continuación, han formado parte, en su mayoría, de las más altas instancias de la organización territorial que representaban, como era la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La conjunción de determinados acontecimientos de la vida política y social, como es el particular régimen de mayorías necesario que se requiere para legislar, más la presencia de las nuevas fuerzas emergentes que han tomado carta de naturaleza en el panorama político español y su juego de influencias, es lo que ha determinado que haya habido ciertas corrientes de pensamiento que aventuraban la intromisión del poder político en el judicial en lo que respecta al tratamiento dado a los políticos presos. Como consecuencia directa de las razones anteriormente explicadas, el tema ha sido objeto de este trabajo. Para llevarlo a cabo, no solo se ha recurrido a la doctrina y Jurisprudencia sino que, además, se ha prestado atención a los recientes estudios que mantienen una opinión contraria a la manera en que se ha tratado el asunto por los poderes del Estado, de forma que el juicio que al final se extraiga se caracterice por mantener una postura objetiva y puramente teórica.

Se trata, por tanto, de exponer las razones y presupuestos necesarios para adoptar este tipo de medida cautelar y contemplar la idoneidad de la aplicación de esta medida en el

auto de procesamiento de 21 de marzo de 2018, dictado por el Juez Instructor del TS, Excmo. Sr. D. Pablo Llarena, en la causa especial 20907/2017.

¿Resulta necesaria la aplicación de la prisión preventiva en este caso concreto, o existían alternativas menos limitativas de los derechos fundamentales de los encausados? ¿Los Órganos Jurisdiccionales competentes han actuado con plena independencia o las implicaciones políticas del caso han afectado a su criterio?

ESTRUCTURA

A lo largo de este análisis se han ido desarrollando diferentes capítulos conectados por una misma línea argumental, como es el tratamiento objetivo y razonado de lo que se prevé en el marco legislativo español. Para dar forma al estudio se han seguido las siguientes pautas:

- i) Análisis general de las medidas cautelares en el proceso penal español.
- ii) Examen de la prisión provisional y de las causas que motivan su decreto.
- iii) Evaluación de las alternativas previstas en la ley a la prisión provisional.
- iv) Estudio del auto del TS por el que se acuerda la prisión provisional de los acusados en el proceso entrando en el fondo del mismo

Para poder realizarlo, se han seguido distintas fases de investigación. Y así, entre otras:

- Búsqueda documental profunda elaborada por profesores y otros juristas especializados en el estudio del Derecho procesal penal y otras ramas jurídicas relacionadas, sobre las medidas cautelares en el ordenamiento español.
- Indagación exhaustiva de la doctrina y la jurisprudencia, centrandose el punto de mira en las resoluciones del TC y del TS, lo cual ha servido de herramienta metodológica imprescindible en la aprehensión de la aplicación de la prisión provisional, en contraposición con otras medidas existentes.

1. MEDIDAS CAUTELARES

1.1. CONCEPTO Y FINALIDAD

«La fase de instrucción en el proceso penal tiene dos contenidos principales. Por un lado, el puramente investigador, que comprende la determinación de los hechos punibles y la identificación de los autores. Y por otro, el cautelar, cuya finalidad es asegurar los resultados de la instrucción para garantizar su disponibilidad en el juicio oral y, en su caso, el buen fin de la ejecución de una posible sentencia condenatoria.»²

Es posible que en el lapso temporal que se prolonga desde el inicio del proceso hasta la fecha en que concluye, el inculpado intente evadir la acción de la justicia. Repárese que el ejercicio del *ius puniendi* del Estado requiere un periodo de tiempo que, en sí mismo, implica peligros notorios de que la sentencia que en su día se dicte, finalmente sea inútil.³ Con la finalidad de evitar que esto suceda, la ley prevé una serie de medidas de carácter cautelar que tienden a garantizar el éxito del proceso penal.

En tal sentido, y, con carácter general, se puede decir que la finalidad de las medidas cautelares es conjurar los riesgos que puedan obstar al normal desarrollo del proceso y/o a la ejecución de la sentencia que en su momento se dicte, como consecuencia de una actuación del imputado⁴.

Las medidas cautelares suponen por consiguiente, la restricción de aquellos derechos del investigado que, de ser ejecutados por él, supongan una burla al proceso y una elusión de las consecuencias jurídicas que se derivan del delito perpetrado.

² BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. (2015) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Madrid: LA LEY, pág. 213.

³ BARONA VILAR, Silvia. (2007) *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?*. Incluido en la revista del Poder Judicial n.º especial XIX. Pág 9.

⁴ PILLADO GONZÁLEZ, Esther y GRANDE SEARA, Pablo. (2015) *Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal*. En MORENO CATENA, Víctor [director]. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia. Pág. 446

1.2. PRESUPUESTOS GENERALES

La adopción de medidas cautelares personales en el seno del proceso penal requiere el cumplimiento de dos presupuestos esenciales, perfectamente definidos por la doctrina y la jurisprudencia:

- a) La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): consiste en la necesaria existencia de una serie de indicios racionales de participación en la comisión de un hecho ilícito, el cual ha motivado la apertura del proceso penal, por parte del sujeto investigado.⁵ Por consiguiente, debe acaecer un alto grado de veracidad en la presunta intervención de aquel en el hecho de apariencia típica del investigado.

- b) El peligro en la demora (*periculum in mora*): hace referencia al miedo presente durante la dilación de la tramitación penal, de que el investigado llegue a frustrar tanto la celebración del juicio como la ejecución de una sentencia eventualmente condenatoria.⁶ Los riesgos que componen el *periculum in mora* pueden materializarse en diferentes conductas: ocultación o alteración de pruebas, agresión a los bienes jurídicos de la víctima, evasión a la acción de la justicia, reiteración delictiva y la propia de fuga del imputado.

1.3. CLASIFICACIÓN

La principal clasificación de las medidas cautelares se divide en aquellas que son de carácter personal y de carácter real.

- Medidas cautelares reales o patrimoniales:

En este caso, los efectos recaen sobre la limitación del derecho a la propiedad, de manera que se priva al investigado de su capacidad para disponer libremente de sus bienes y derechos de contenido patrimonial. Así, quedan aseguradas las posibles responsabilidades pecuniarias que puedan declararse en la sentencia.

- Medidas cautelares personales:

⁵ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2012). *Derecho Procesal Penal*. Valencia: TIRANT LO BLANCH, pág 271.

⁶ *Ibidem*.

Su finalidad consiste en la restricción controlada del libre actuar del sujeto pasivo en el proceso, asegurando de esta manera, su presencia en la celebración del juicio oral y, en su caso, de la sentencia condenatoria que pudiera dictarse.

Este tipo de medidas se recogen en los artículos 490 a 544 ter y 79 LECRim y 200 a 239 LO 2/1989⁷.

En función del grado de limitación de los derechos fundamentales del afectado, resulta posible distinguir entre varias medidas cautelares:

1. Prisión provisional.
2. Libertad provisional.
3. Otras medidas restrictivas.

2. ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

2.1. CUESTIONES PREVIAS

La prisión provisional aparece actualmente regulada en el Libro II, Título IV, Capítulo III de la LECrim.

En primer lugar, y como uno de los rasgos más relevantes de esta figura, es necesario reparar en la pugna de principios internos que en ella se hallan enfrentados. Por un lado, aparecen las ideas de libertad y de presunción de inocencia mientras que, por otro, y de manera simultánea, se priva de libertad a quien no ha sido juzgado aún. No obstante, debe tenerse presente como pilar fundamental en un Estado de Derecho, la necesidad de defensa que precisa la sociedad frente a quienes suponen para la misma un grave peligro por pretender, entre otras cosas, sustraerse a la acción de la justicia. Es decir, evadir el *ius puniendi* del Estado.⁸

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado el 4 de noviembre de 1950 en Roma, dedica su art. 5 al reconocimiento del derecho a la libertad y a la seguridad. De esta previsión legal se desprende el artículo 17 CE, el cual, siguiendo cierta analogía con el precepto anterior,

⁷ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

⁸ PELLUZ ROBLES, Luis Carlos. (2008) *Prisión provisional. Requisitorias. Orden europea de detención*. CGPJ: Manuales de Formación Continuada 46/2007 por el CGPJ.

consagra a nivel constitucional una serie de principios que regían con anterioridad en nuestra legislación positiva.⁹

Si bien es cierto que la libertad supone uno de los valores superiores del Ordenamiento y aparece regulada en la Constitución como uno de los derechos fundamentales, no puede ser entendida como un derecho absoluto e ilimitado, puesto que del propio precepto que lo legitima, se evidencia su posible restricción para los casos que prevea la ley, entre ellos: la defensa del orden público, la protección de la seguridad nacional, etc. La finalidad de restringir tales derechos es tratar de impedir que la extralimitación de un derecho colisione con el resto de valores constitucionales.¹⁰

Así, el mencionado artículo 17 CE, establece que:

«Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

En tal sentido la jurisprudencia es clara:

«No existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este Tribunal en Sentencia de 8 de abril de 1981 («Boletín Oficial del Estado» de 25 de abril) en relación a los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»¹¹

Por concluir con lo más relevante de la libertad que al presente caso incumbe, cualquier sujeto puede ver su derecho a ella restringido, siempre que resulte absolutamente imprescindible para garantizar determinados bienes jurídicos y cuando no resulten efectivos otros mecanismos existentes para ser impuestos en sustitución.¹²

⁹ ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2018). *Derecho Constitucional*. Madrid: TECNOS, pág. 349

¹⁰ STC 24/2015, de 16 de febrero

¹¹ STC 2/1982, de 29 de enero.

¹² ESCUDERO HERRERA, Concepción. (2014) *Derecho procesal penal*. Madrid: CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (CEF), pág. 164.

Resulta significativo destacar, junto con el derecho a la libertad, el derecho a la presunción de inocencia como garantía procesal del encausado¹³ (art. 24 CE). La presunción de inocencia reclama del Estado la consideración hacia el imputado de ser un sujeto inocente hasta que no exista una sentencia firme en la cual sea condenado.¹⁴ Así, la jurisprudencia determina que *«la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata»*¹⁵.

Por consiguiente, y en tanto que la prisión provisional restringe el derecho a la libertad personal de quien ostenta el derecho a la presunción de inocencia, se ha establecido un compendio de límites gracias a los cuales esta figura encuentra legitimidad en el Ordenamiento. De esta forma y al quedar reconocidos tanto el derecho a la presunción de inocencia como la existencia de medidas cautelares restrictivas, se concluye con la efectiva compatibilidad existente entre ambos.

Especial cuidado ha de prestarse a la presunción de inocencia en lo concerniente a la tutela cautelar. Por un parte, para que la prisión preventiva no sea utilizada como la imposición de una pena sin el debido título ejecutivo, y por otra, para verificar el carácter excepcional de la medida.¹⁶

2.2. FUNDAMENTO

«Habida cuenta de la trascendencia de los derechos mencionados con anterioridad, el TC establece que “la prisión provisional se sitúa entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (TC S 41/1982, de 2 Jul., FJ 2) y que por tratarse de una institución cuyo contenido material coincide con el de las penas privativas de libertad, pero que recae sobre ciudadanos que gozan de la presunción de inocencia, su configuración y aplicación como medida cautelar ha de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de

¹³ BANACLOCHE PALAO, J. y ZARZALEJOS NIETO, J. (2015) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Madrid: LA LEY, pág. 222.

¹⁴ GISBERT GISBERT, Antonio. (2004). *Reflexiones sobre la prisión provisional*. CGPJ: Incluido en la Revista del Poder Judicial (76), pag.2.

¹⁵ STC 31/1981, de 28 de julio

¹⁶ BARONA VILAR, Silvia (2007). *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?* CGPJ: Incluido en la Revista del Poder Judicial nº. especial XIX. Pag: 7

una acción delictiva, ha de perseguir un fin constitucionalmente legítimo que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que parten del imputado, y en su adopción y mantenimiento ha de ser concebida como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de dichos fines. (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3, reiterada en la STC 62/1996, FJ 5)»¹⁷

2.3. CARACTERÍSTICAS DE LA PRISION PROVISIONAL

La doctrina suele afirmar que las características más destacadas de la prisión provisional son las siguientes:

- **Jurisdiccionalidad:** esta medida cautelar solo podrá ser adoptada por la Autoridad Judicial, sin excepción alguna, lo cual excluye en este aspecto a la policía judicial y al Ministerio Fiscal.¹⁸
- **Legalidad:** es importante precisar, de nuevo, que la situación no es otra que una intromisión del poder público en los derechos fundamentales y libertades individuales, los cuales gozan de una protección mayor (artículos 53.1 CE y 8.2º CEDH)¹⁹. Esta es la causa de que resulte como requisito imprescindible para la adopción de la prisión preventiva su regulación mediante Ley Orgánica. Asimismo, el precepto legal en cuestión que habilita este tipo de medida, debe aunar las condiciones de seguridad jurídica y certeza del Derecho, de tal forma que se establezca una barrera de protección contra una posible arbitrariedad²⁰.

¹⁷ STC 47/2000, de 17 de febrero. En este mismo sentido STC 164/2000.

¹⁸ Artículo 502.1 LECrim: *Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa.*

¹⁹ Artículo 53.1 CE: *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

Artículo 8.2º CEDH: *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

²⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. (2015) *Manual de Derecho procesal penal*. Madrid: CASTILLO DE LUNA EDICIONES JURIDICAS, pág.484

- **Necesidad:** la libertad debe de ser el punto inicial sobre el que hacer girar un proceso de esta magnitud. Si, por lo tanto, se establece como regla general la libertad del individuo, la prisión preventiva se articulará como la excepción, esto es, la *ultima ratio*, el último recurso capaz de garantizar tanto el éxito del proceso como la efectividad de la sentencia que se vaya a dictar.²¹

La adopción de la prisión debe atender a un razonamiento objetivamente justificado de manera que se cumplan las finalidades para las que ha sido prevista, siempre y cuando sea tras haber valorado las alternativas que existen y se considere que la prisión provisional es la menos perjudicial, o, en su defecto, la más apropiada, según las circunstancias del caso.²²

De este principio se recoge la obligación que tienen los Órganos del Estado a prever una serie de medidas que cumplan con las finalidades que se buscan cuando se establecen medidas cautelares restrictivas de derechos, de manera que si se opta la prisión provisional es porque previamente se han examinado todas las posibilidades y resulta la única capaz de cumplir con el cometido.²³

- **Motivación:** en consonancia con el principio de necesidad, citado anteriormente, se establece la obligación formal del Juez de exponer los razonamientos jurídicos que han dado lugar a la aplicación de la medida en cuestión, así como en los casos en los que se haya ordenado su mantenimiento.²⁴

En este sentido, se pronuncia, por ejemplo, la STC 142/2002, estableciendo que:

«La ausencia de motivación de las resoluciones limitativas de derechos fundamentales lesiona el propio derecho fundamental sustantivo y no el derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que el análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional

²¹ BARONA VILAR, Silvia (2007). *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares en el proceso penal?* Incluido en la Revista del Poder Judicial nº. especial XIX, pág 6.

²² Artículo 502.2 LECrim.

²³ GISBERT GISBERT, Antonio (2005) Reflexiones sobre la prisión provisional. Incluido en la Revista del Poder Judicial nº76, pág 15.

²⁴ Artículo 506.1 LECrim.

trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales para entrar en el más estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de la libertad.»²⁵

Esto significa que el derecho fundamental solo podrá verse garantizado si la resolución judicial por la cual se ve restringido, está lo debidamente razonada.

La doctrina constitucional exige, como parámetro para valorar si la motivación ha sido suficiente y razonable, y, en aras de evitar un juicio arbitrario, *«que resulte conforme con las reglas del normal discurso lógico y, particularmente, con los fines justificativos de la institución».*²⁶

- **Provisionalidad y mutabilidad:** el ingreso en prisión del sujeto queda circunscrito a unos límites temporales determinados por la Ley y sometidos al fin que se pretende. Es decir, una vez que esos plazos hayan sido agotados, deberá el Juez reponer al procesado en libertad. No obstante, que estos plazos estén previstos no significa que deban mantenerse, sin razón alguna, hasta el final. Se deberá, por tanto, suspender la medida tan pronto como se extingan las consideraciones que legitimaron su adopción.

La doctrina constitucional establece, a modo de estándar jurídico, que el concepto de plazo razonable será integrado en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias puntuales del mismo, y a su complejidad.

- **Proporcionalidad:** puesto que se trata de una restricción de derechos fundamentales, debe prestarse una especial atención a la proporción que debe existir entre esa limitación de derechos y la medida que se pretende alcanzar.²⁷

²⁵ STC 142/2002, de 17 de junio. En el mismo sentido STC 333/2006, de 20 de noviembre y STC 179/2005, de 4 de julio.

²⁶ STC 79/2007, de 16 de abril

²⁷ BARONA VILAR, Silvia. (2007) *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?* Revista del Poder Judicial n.º especial XIX. CGPJ. Pag 16.

Para alcanzar ese equilibrio deberá establecerse una correlación entre la gravedad de la medida, los fines perseguidos y las circunstancias del caso.²⁸

En esencia, para proceder a la restricción del ejercicio de un derecho fundamental es inapelable la existencia de un motivo concreto previsto por la ley y que este quede debidamente justificado, de manera que sean comprensibles las razones que lo legitiman.²⁹

2.4. PRESUPUESTOS LEGALES ESPECÍFICOS

De acuerdo con el artículo 503 LECrim, solo podrá ser decretada cuando concurren una serie de presupuestos imprescindibles:

- 1º) Que el hecho, o los hechos, objeto de delito lleven aparejada una pena superior a los dos años de prisión, o pena inferior cuando el sujeto encausado reputase antecedentes penales, consecuencia de un delito doloso, y que estos no estén ni vayan a ser cancelados.
- 2º) Que existan profundas sospechas acerca de la responsabilidad del encausado en el hecho delictivo.
- 3º) Que la prisión provisional tienda a la consecución de alguna de las finalidades siguientes:
 - a. Asegurar la presencia del investigado en el juicio oral, en el caso de existir riesgo de fuga.

Se evidencia de esta manera la característica diferencial entre el proceso civil y el proceso penal. En el civil, si el demandado se opone a comparecer ya sea en la fecha o en el plazo señalado, este continúa sin él, quedando en rebeldía.³⁰ Por el contrario, la realidad del proceso penal es radicalmente

²⁸ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús (2015) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Madrid: LA LEY, pág. 223.

²⁹ STC 98/1998, STC 142/1998 y STC 19/1999

³⁰ Artículo 496.1 LEC

opuesta. Como regla general, el proceso resulta imposible sin la presencia del imputado. Además de ser parte, es objeto de una actividad tan trascendental como la prueba.³¹ En el caso de que existiera negativa a comparecer, éste sería declarado en rebeldía pero se procederá al archivo de la causa hasta que sea habido.³²

En atención a la valoración del aludido riesgo, el TC desde la STC 128/1995, declara que *«al constatar la existencia de ese peligro deberán, en todo caso, tomarse en consideración, además de las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se le amenaza, las circunstancias concretas del caso y las personales del imputado. En efecto, la relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga -y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que a mayor gravedad más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia. Sin embargo, ese dato objetivo inicial y fundamental, no puede operar como único criterio -de aplicación objetiva y puramente mecánica- a tener en cuenta al ponderar el peligro de fuga, sino que debe ponerse en relación con otros datos relativos tanto a las características personales del inculpado -como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc...-, como a las que concurren en el caso enjuiciado [...]»*. Es más, incluso el criterio de la necesidad de ponderar, junto a la gravedad de la pena y la naturaleza del delito, las circunstancias personales y del caso, puede operar de forma distinta en el momento inicial de la adopción de la medida, que cuando se trata de decidir el mantenimiento de la misma al cabo de unos meses. En efecto en un primer momento, la necesidad de preservar los fines

³¹ Gisbert Gisbert, Antonio (2004). *Reflexiones sobre la prisión provisional*. Incluido en la Revista del Poder Judicial, (76), pag.10-11.

³²De los artículos 834 a 846 LECrim.

*constitucionalmente legítimos de la prisión provisional -p. e. evitar la desaparición de pruebas-, así como los datos de los que en ese instante cuenta el instructor, pueden justificar que el decreto de la prisión se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena; no obstante, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y, por ello, en la decisión del mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales así como los del caso concreto».*³³

Recopilando la doctrina: se considera indispensable para llegar a apreciar el riesgo de fuga, que se valoren tanto las particularidades personales del sujeto (arraigo familiar o laboral), como las circunstancias aplicables al caso, y estas deberán perdurar en el tiempo.

- b. Impedir la ocultación, alteración o destrucción de aquellas pruebas que se consideren vitales para el caso, cuando sobre las mismas recaiga un peligro razonado y preciso.

Gracias a la reforma de 2003 de la LECrim³⁴ se introdujo en nuestro Ordenamiento por primera vez la consideración de que la obstrucción de la instrucción penal suponía un riesgo de frustración del éxito del proceso suficientemente elevado como para justificar una medida de este tipo.

El logro del fin que se pretende queda subordinado a dos consideraciones:

- i. Que las fuentes de prueba que pretenden ser aseguradas se consideren determinantes para el enjuiciamiento del objeto principal.
- ii. Que el peligro al cual se refiere tenga su razón de ser en un argumento lógico: se sopesará tanto la capacidad de acceso que tenga

³³ STC 128/1995, de 26 de julio.

³⁴ Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

el imputado para llegar a las fuentes de prueba, incluso si lo lleva a cabo mediante terceros, así como la capacidad que tenga este de persuasión sobre otros (testigos, peritos...).

- c. Evitar que se atente nuevamente contra bienes jurídicos de la víctima. Cabe hacer mención especial a los casos de violencia contra la mujer, ya que en estos supuestos el límite de la pena determinado en el apartado primero de este artículo, no será de aplicación.
- d. Evitar que el investigado cometa nuevamente otros hechos delictivos. Deberán tenerse en cuenta las coyunturas del hecho, y la gravedad o el alcance de los delitos que pudieran ser cometidos, para estimar la existencia del riesgo.

2.5. PLAZOS MÁXIMOS

La obediencia de cumplir con los plazos máximos que la ley atribuye a la prisión provisional se configura como una imposición constitucional cuyo objetivo primordial es proteger el derecho a la libertad. Es decir, la situación de privación de libertad nace con un plazo inicial de caducidad, de forma que las extralimitaciones en tales plazos constituyen una vulneración de la libertad individual.³⁵ Además, la existencia de estos plazos impone la obligación a la Administración de Justicia de actuar sin dilaciones indebidas.³⁶

Cabe mencionar que el Ministerio Fiscal, en su labor de defensa de las garantías procesales del imputado así como los derechos de los perjudicados³⁷, debe desempeñar una labor de colaboración y cooperación para alcanzar el objetivo de obtener una respuesta judicial lo más temprano posible.³⁸

³⁵ STC 98/1998. En el mismo sentido, STC 142/1998 y STC 19/1999

³⁶ Exposición de Motivos de la LO 13/2003

³⁷ Artículo 773.1 LECrim

³⁸ Instrucción 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 15 de abril, *Motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación*

La duración de la medida durará el *tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción*.³⁹. A pesar de ello, los plazos máximos serán:

1º) Prisión provisional acordada para evitar el riesgo de fuga, o la reiteración delictiva, así como para amparar a la víctima:

- a. No podrá superar el límite de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años.
- b. No podrá superar el límite de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años.

Sin embargo, cuando se prevea por alguna razón que la causa no llegará a ser juzgada en los plazos establecidos, el órgano competente podrá, mediante auto, acordar una única prórroga de seis meses o de dos años respectivamente.

En el supuesto de que fuera condenado el investigado o encausado, el límite de la prórroga se prolongará hasta la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida.

2º) Prisión provisional acordada para salvaguardar las pruebas: su duración no podrá exceder de seis meses

Referente al cálculo de plazos, cabe señalar que el período durante el cual se ha padecido la privación de libertad, será computable como parte de la pena que vaya a aplicarse siempre que así lo hubiera decidido el Juez o Tribunal sentenciador. No obstante, esta disposición no será de aplicación cuando la prisión se debiera a otra causa.

2.6. CLASES DE PRISION PROVISIONAL

En atención a las circunstancias del imputado, así como de la complejidad del hecho acaecido, la ley prevé hasta tres modalidades diversas en las que puede ser cumplida la prisión provisional de manera que se adecúe lo mejor posible a los fines que se pretenden.

³⁹ Artículo 504 LECrim

A saber:

1. Prisión ordinaria: se ejecuta mediante el ingreso del imputado en un centro penitenciario por mandamiento judicial, quedando bajo dependencia directa del Juez de Instrucción, pero, como consecuencia de no haber sido condenado aún, el régimen que se le aplica es aquel previsto para los presos con carácter preventivo, recogido en la legislación penitenciaria.
2. Prisión incomunicada: se basa en aislar al preso preventivo para tratar de evitar que debido al contacto que pudiera tener con otros sujetos con los que estuviera relacionado, se frustren las finalidades de la prisión provisional. El investigado verá restringido su derecho a las comunicaciones (no podrá realizar ni recibir comunicación alguna), con la salvedad de aquellas que, a juicio del órgano competente, no frustren la finalidad de esta medida.⁴⁰

De esta manera lo que se busca es implementar y reforzar los mecanismos de garantía y salvaguardar la investigación.

Esta figura encuentra su justificación en los mismos fines de los que se sirve la prisión provisional, con el matiz de que el riesgo en esta situación viene dado por terceras personas con las que el investigado pueda tener relación. Así puede acordarse en aras de evitar que se destruyan, alteren u oculten pruebas incriminatorias, o para tratar de proteger la libertad, la integridad física o la vida de aquella persona que pueda correr algún riesgo.

La incomunicación del preso se extenderá por el tiempo que sea rigurosamente necesario y de forma motivada, de manera que no se corran riesgos a la hora de practicar las diligencias oportunas. No obstante, la incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días, a no ser que se trate de un supuesto de terrorismo, en cuyo caso se podrá prorrogar otros cinco días. Bajo ningún concepto la detención incomunicada podrá aplicarse a sujetos menores de 16 años⁴¹.

⁴⁰ Artículo 510.2 y 510.3 LECrim.

⁴¹ Artículo 509.2 y 509.4 LECrim.

3. Prisión atenuada: en este supuesto no se produce el internamiento del preso en un centro penitenciario, de manera que goza de un cierto grado de libertad. A pesar de ello, para todos los efectos se considera una privación de libertad, y como tal, queda sujeta a unos plazos máximos de duración y unos presupuestos que han de cumplirse para que pueda ser decretada.

Existen dos variantes de la prisión atenuada:

- a) Domiciliaria: cuando el investigado padezca alguna enfermedad que suponga un riesgo para su salud. El Juez o Tribunal podrá autorizar que este acuda al centro médico correspondiente a recibir su tratamiento médico, abandonando por tanto el domicilio, pero siempre con vigilancia.
- b) Hospitalaria: se basa en el ingreso del investigado en unos centros oficiales de desintoxicación para tratar su problema con sustancias estupefacientes. Esta variante podrá aplicarse cuando con anterioridad a la fecha en que le correspondería ingresar en prisión, el investigado viniera recibiendo este tipo de tratamiento y como consecuencia del internamiento, se pudiera llegar a impedir los resultados. El investigado, en esta situación, no podrá salir del centro en que se encontrase, sin la previa autorización judicial en la que expresamente se permita su partida.

3. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL

3.1 LIBERTAD PROVISIONAL

Además de la prisión provisional, existe otro tipo de medida cautelar que se encuentra a medio camino entre la primera figura jurídica y la libertad total, es la denominada libertad provisional. La diferencia fundamental que existe entre esta figura y la explicada previamente supone básicamente que, en la prisión provisional, el imputado no puede sortearla (salvo mediante su fuga, lo cual supone un hecho constitutivo de delito). En cambio el investigado, bajo libertad provisional, tiene un mayor grado de autonomía para cumplir o no las obligaciones que se le imponen aparejadas a aquella. La finalidad no es otra que asegurar la presencia del encausado en el juicio oral así como su asistencia.

La doctrina constitucional contempla la libertad provisional como una figura separada de la prisión provisional, y que se rige por sus propios presupuestos:

“La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculcado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530).⁴²

Esta medida puede ser adoptada de oficio por el órgano competente sin audiencia previa. Solo podrán acordarse obligaciones accesorias cuando sean a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes acusadoras⁴³.

En relación a las obligaciones que se derivan:

- **Obligación de comparecer *apud acta* del investigado:** para la correcta consecución de esta medida, se han establecido en los órganos judiciales y bajo la custodia del Letrado de Administración de Justicia unos libros de firmas al efecto donde el investigado deberá presentarse periódicamente en los plazos establecidos para certificar su presencia. No obstante, estos plazos podrán verse alterados si las circunstancias que motivaron su adopción varían.

Para el caso en que el sujeto en cuestión resida en un área distinta a aquella en que se está tramitando la causa, podrá autorizarse la presentación ante el Juzgado de Instrucción que sea correspondiente, quien a su vez deberá trasladarlo al órgano correspondiente.

⁴² STC 85/1989, de 10 de mayo.

⁴³ BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. (2015) *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*. Madrid: LA LEY, pág. 226.

- **Retención del pasaporte y prohibición de abandonar territorio español.** La retirada del pasaporte, o documentos análogos que verifiquen la identidad del sujeto, se establece como una verdadera medida cuyo fin es garantizar la presencia del imputado a disposición de la justicia española, evitando por lo tanto su huida. Para dar por cumplida esta medida se deberá avisar en puertos, aeropuertos y puestos fronterizos, ya que serán los encargados de controlar esta medida.

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo⁴⁴ admite, en su capítulo segundo, referente a la documentación e identificación personal, en su artículo 11, la posibilidad de retirar el documento oportuno a los ciudadanos españoles cuando estos hubieran sido condenados a medidas de seguridad que llevasen aparejadas la limitación de movimiento.⁴⁵

Actualmente, este precepto tiene una firme cobertura legal gracias a que así lo avala el artículo 530 LECrim por el cual, si de manera justificada así lo considera el órgano competente, podrá, como se ha establecido ya, retirar el pasaporte del individuo.

- **Fianza:** resalta en este caso el componente económico que ha de prestar el encausado, cuando así se acuerde, para poder continuar en libertad provisional. A pesar de encontrar cabida dentro de las medidas personales, deberá completarse con las cautelas usuales sobre fianzas de las medidas cautelares reales.

Esto es, los fines perseguidos con la prisión provisional se consiguen en este caso mediante la prestación de una cantidad económica, la cual dependerá de diferentes criterios como *la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial*⁴⁶

⁴⁴ La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

⁴⁵ Artículo 11 LO 4/2015

⁴⁶ Artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: *Para determinar la calidad y cantidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial.*

Su funcionamiento es simple: puesto que la fianza viene determinada como una obligación accesoria a la comparecencia *apud acta* ante el Órgano judicial correspondiente, si se diese la circunstancia de que el investigado no acudiese a tal citación, esto determinaría la pérdida de los bienes dados en fianza, además de la inmediata entrada en prisión preventiva del encausado.

3.2 SOMETIMIENTO A VIGILANCIA POLICIAL

Cuando el encausado se encuentre en situación de libertad, y el Juez competente así lo ordene, podrá ser sujeto de observaciones o seguimientos por agentes públicos.

3.3 PROHIBICIÓN DE RESIDENCIA

Cuando se trate de uno de los delitos recogidos en el artículo 57 CP (delitos de homicidio, *aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidación, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico*), el Juez de Instrucción podrá acordar a) la prohibición de residir en determinados lugares o acudir a ellos⁴⁷; b) la prohibición de aproximarse a la víctima, o a quienes determine el juez o tribunal, donde quiera que se hallen, así como aproximarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos⁴⁸; c) la prohibición de comunicarse por cualquier medio y cualquier vía, con la víctima, o quienes el órgano competente considere oportuno.⁴⁹

En tanto en cuanto que supone una pena privativa de derechos, su adopción se vincula al fin de protección que la justifica. Por consiguiente, esta disposición resultará legítima en la medida en que existan sospechas bastantes de la comisión de uno de los ilícitos que

⁴⁷ Artículo 48.1 CP

⁴⁸ Artículo 44.2 CP

⁴⁹ Artículo 48.3 CP

menciona el artículo 57 CP e intente salvaguardarse el correcto funcionamiento del proceso.

Si el inculpado no cumpliera con lo establecido, cabe la posibilidad de que el Juez o Tribunal ordene una mayor limitación de su libertad, decretando la prisión provisional.

3.4 COLOCACIÓN DE LOCALIZADORES ELECTRÓNICOS

La manera más habitual de implantar esta medida es mediante la colocación de pulseras monitorizadas con GPS que permitan la libertad de movimientos, aunque con las limitaciones que para el caso se consideren oportunas, restringiendo el acercamiento o alejamiento del sujeto a determinados lugares. El uso de estos medios debe aplicarse de forma que no afecten en ningún caso la dignidad del sujeto que lo lleva, pues al tener que llevar el dispositivo en su día a día, acceder a la vida privada de un individuo puede llegar a vulnerar su derecho fundamental a la intimidad.⁵⁰

⁵⁰ NIEVA FENOLL, Jorge. (2006) *Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal*. Incluido en Revista del Poder Judicial n.º 77.

4. ANÁLISIS DEL AUTO SOBRE LA PRISIÓN PROVISIONAL PARA LOS INVESTIGADOS POR EL “PROCÉS”

El supuesto elegido como ejemplo práctico de análisis de prisión preventiva es el auto de medidas provisionales del TS en lo referente proceso soberanista de Cataluña, en el cual se considera conveniente el ingreso en prisión de los encausados.

4.1 ANTECEDENTES

En el caso que nos concierne, se está juzgando la conducta de algunos políticos catalanes que ocupaban los más altos puestos del gobierno e instituciones de Cataluña, y que, durante un periodo de más de dos años, estuvieron medrando para llegar a una declaración unilateral de independencia.

El 20 de septiembre de 2017 fue la fecha elegida para iniciar todos los actos preparatorios de lo que posteriormente fue la consulta pública por la vía del referendun, declarada ilegal, del 1 de octubre. La Guardia Civil realizó el registro de la Consejería de Economía de la Comunidad Autónoma catalana siguiendo instrucciones del juzgado nº 13 de Barcelona. Bajo la denominación de “operación Anubis”, se personó en la citada Consejería, pero una turba de más de sesenta mil personas, según fuentes oficiales, y convocada por entidades independentistas encabezados por Jordi Cuixart y Jordi Sánchez impidió que realizaran su labor. El resultado fue que el equipo judicial tuvo que huir por los tejados adyacentes y que los coches en los que se desplazó la comitiva judicial, propiedad de la Guardia Civil, quedaron destrozados (así pudo verse en las imágenes televisivas que fueron retransmitidas).

Durante los días 6 y 7 del mes anterior, se aprobaron en el Parlamento catalán las denominadas *leyes de desconexión* que culminarían con la realización del referéndum popular a favor de la independencia, acto que previamente el TC declaró ilegal ordenando su suspensión. Igualmente, el TSJ prohibió tal consulta, pero no obstante, no se paralizó la iniciativa que claramente ignoraba las resoluciones judiciales. Así, una gran cantidad de colegios abrieron sus puertas para actuar como sedes electorales con excusas dispares, que en realidad escondían la celebración de las votaciones.

En este proceso se produjeron multitud de altercados con las fuerzas de seguridad, mientras que los Mossos d'Esquadra mantuvieron una actitud de pasividad, consintiendo que se llevaran a efecto los actos, que, como aquí se ha expuesto, eran manifiestamente ilegales. De ahí que los mandos supremos de ese cuerpo estén actualmente procesados por rebelión en la Audiencia Nacional.

Este cúmulo de sucesos soberanistas concluyó con la autoproclamación de Cataluña como Estado independiente de España en forma de república y con el impulso de la redacción de su propia Constitución. Todo ello, por supuesto, al margen de la legalidad que un proceso de esta envergadura precisa.

En cuanto a las acusaciones, el panorama sobre el que pivota el caso se basa en la prisión provisional de 9 sujetos:

- Por delito de rebelión, según pide la Fiscalía
- Por delito de sedición, según pide la Abogacía del Estado

Oriol Junqueras, Joaquim Forn, Jordi Sànchez, Jordi Cuixart, Jordi Turull, Josep Rull, Raul Romeva, Dolores Bassa, y Carmen Forcadell.

- Por delito de malversación de caudales públicos: Los seis primeros individuos mencionados anteriormente, además de Carme Forcadell y los exconsejeros Carles Mundo, Santi Vila y Meritxell Borrás.
- Por desobediencia, según pide Abogacía del Estado, la Fiscalía y la acusación popular: Carles Mundo, Santi Vila y Meritxell Borrás.
- Además, por delito de organización criminal, pedido por la acusación popular ejercida por VOX: todos ellos.

En cuanto a la petición de penas:

- Oriol Junqueras: 25 años de prisión e inhabilitación. 12 años a petición de la Abogacía del Estado.
- J. Forn, J. Turull, R. Romeva, D. Bassa, J. Rull: 16 años de cárcel e inhabilitación. 11 años y 6 meses por parte de la Abogacía del Estado.

- J. Cuixart, J. Sánchez y C. Forcadell: 17 años de prisión e inhabilitación. 8 años por la Abogacía del Estado para los primeros, y 10 para la Sra. Forcadell.
- Para M. Borràs, C. Mundó y S.Vila, en libertad bajo fianza los tres: 7 años de prisión y 16 de inhabilitación, más una multa 30.000 euros a criterio de la Fiscalía. La Abogacía del Estado pide para ellos, rebajando la acusación, 7 años de cárcel y 10 de inhabilitación.
- Para todos los encausados, VOX solicita que se les condene a 20 años de inhabilitación, y aparte a las siguientes penas:
 - Junqueras, Turull, Forn, Bassa, Romeva y Rull: 74 años de cárcel.
 - Sánchez, Forcadell y Cuixart: 62 años de cárcel.
 - Borràs, Vila y Mundó: 24 años de cárcel.

Obviamente, para las defensas los hechos no son merecedores de reproche penal, por lo que solicitan la libertad con todos los pronunciamientos favorables.

4.2 FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE APOYA LA PRISIÓN PROVISIONAL

La legitimidad constitucional de la prisión provisional se halla en el cumplimiento de los presupuestos que recoge el artículo 503 LECrim.

Puesto que ya se ha procedido a su análisis teórico, se procede a llevarlo a la práctica:

- Las penas que llevan aparejada los hechos objeto de delito (rebelión, sedición y malversación de caudales públicos), son bastante superiores a los plazos que la ley establece como mínimos para que esta medida pueda ser acordada.
- Existen indicios racionales y firmes de la posible comisión de una serie de hechos delictivos, así como de suficientes motivos para considerar criminalmente responsables a las personas contra las que se dicta el auto.

La imputación comentada, en líneas generales, en el apartado superior (“Antecedentes”), se desprende de las diligencias practicadas por el LAJ de los Juzgados de Instrucción número 29 y 13 de Barcelona en los días 20 y 21 de septiembre, del testimonio prestado por los guardias civiles, ratificados y ampliados en presencia judicial por el LAJ del juzgado número 13 de Barcelona, del contenido de determinadas conversaciones telefónicas intervenidas con autorización judicial

procedente del mismo juzgado, así como de los reportajes fotográficos acompañados con los informes emitido por la Unidad de Policía Judicial de la VII zona de la Guardia Civil (Cataluña).⁵¹

- La prisión provisional decretada en el auto tiende, según el mismo, a preservar el proceso penal de las posibles obstrucciones que impidan su correcto desarrollo. Así, se trata de lograr las siguientes finalidades:
 - a. Asegurar la presencia del investigado en el juicio oral, pues se evidencia un grave riesgo de fuga:

Como consecuencia de la dificultad que entraña averiguar los intereses internos de los procesados, el Órgano jurisdiccional competente opta por analizar los elementos externos que componen las circunstancias del caso para elaborar un juicio razonable respecto a su posible conducta.

Ese argumento lógico comienza con la existencia de un elevado número de indicios cualificados sobre la eventual perpetración de unos hechos con apariencia delictiva. Concretamente son considerados como presuntos autores de un delito de rebelión (contemplado en el artículo 472.5,7º y concordantes del CP), delito de desobediencia (recogido en el artículo 410 CP) y delito de malversación de caudales públicos (artículo 432 CP en relación con 252 CP). Es decir, presuntamente, se ha perturbado la convivencia democrática que es protegida por la Constitución española, se han quebrantado de manera libre y deliberada las resoluciones judiciales con conocimiento del deber de su cumplimiento y se han manejado de manera deshonesto los fondos públicos así como los servicios colectivos.

La gravedad de estos ilícitos, presuntamente cometidos, conlleva una trascendencia incuestionable y, por consiguiente, una punición muy elevada. Del miedo que suscita sufrir una pena de tal calibre se contempla, como primer parámetro objetivo de valoración, la tentación de huida, sin que las circunstancias

⁵¹ Juzgado Central de Instrucción nº003 de Madrid: Diligencias previas procedimiento abreviado 82/2017, de 16 de octubre.

personales, familiares o laborales de los encausados sean suficientes para reducir ese riesgo de fuga.

El propio auto menciona como este criterio ya ha sido contemplado por la doctrina constitucional, de manera que, decisiones judiciales como las argumentadas en STC 128/1995, expresan:

«La relevancia de la gravedad del delito y de la pena para la evaluación de los riesgos de fuga - y, con ello, de frustración de la acción de la Administración de la Justicia- resulta innegable tanto por el hecho de que, a mayor gravedad, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, cuanto por el hecho de que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia.»⁵²

b. Impedir la ocultación, alteración o destrucción de pruebas:

Es probable que, siguiendo con el razonamiento anterior, el miedo que un encausado pueda tener a la pena que se deriva de su conducta, provoca que este lleve a cabo actuaciones tendentes a obstaculizar y/o dificultar las medidas de investigación y los registros, de manera que trate de evadir la acción de la Justicia.

c. Evitar la reiteración delictiva:

La investigación refleja cómo las resoluciones judiciales impuestas a los procesados han sido despreciadas por los mismos de manera obstinada y sistemática a lo largo de los últimos años. La razón de esta insurrección tiene cabida, según manifiestan, en la fiel creencia de la existencia de unos supuestos argumentos que legitimaban la confrontación con la autoridad judicial, puesto que, a su juicio no estaban cometiendo delito alguno.

⁵² STC 128/1995, de 26 de julio. Siguiendo el mismo criterio: STC 47/2000, de 17 de febrero y STC 23/2002, de 28 de enero.

No se mostró respeto a las decisiones judiciales por no tener como legítimo tal Órgano y, según lo declarado, el Juez Instructor carece de elementos que le permitan considerar un cambio de voluntad en los procesados ya que sigue sin aceptarse la presunta ilegalidad de sus actos.

Además, esa ideología que motivó a los procesados a perpetrar los presuntos delitos que les son atribuidos, resulta afín a un amplio colectivo que asimismo respalda la causa. Este colectivo posee asociaciones organizadas que prestan asesoramiento legal, cuenta con elevados recursos económicos gracias a las aportaciones de sus socios, y con un fuerte soporte internacional cuya finalidad primordial es prestar amparo a sus planteamientos.

Si bien es cierto que se ha prestado una garantía personal, esta proviene de una sociedad colectiva, lo cual supone que, en caso de pérdida, el patrimonio de los inculcados no sufriría ningún desajuste.

4.3 CONCLUSIONES:

La libertad, en cuanto que es entendida como el derecho que asiste a las personas para ejercer su facultad de elegir responsablemente la propia manera de actuar dentro de toda sociedad, se constituye como uno de los derechos básicos del ser humano. Cuando esa sociedad reconoce este derecho como propio e igualitario para cada uno de los miembros que la forman, se constituye en estado democrático. Una persona un voto.

Pero ese derecho no es ilimitado, pues debe ceder cuando colisiona con el derecho de otra persona y así sucesivamente. Es ese equilibrio el que hace avanzar a los individuos y la razón por la que debe ser protegido para evitar formas de conducta irresponsables. Ahí es cuando surge el proceso penal, como garante de las libertades de todos. Tan exigente es con la función de vigilancia y protección atribuida que no solo es la llave que abre la puerta de la cárcel a quien no cumple con las normas, sino que, incluso, de manera excepcional y temporal, también puede recortar cautelarmente derechos a aquellos que, aun presumiéndose su inocencia, sobre ellos pesan indicios racionales de criminalidad que deberán ser examinados en juicio.

Así pues, defender la libertad no significa denostar las medidas cautelares del proceso penal por ser restrictivas de derechos, sino al contrario, estas existen para garantizar que se pueda mantener aquella. En el caso de que existan circunstancias que evidencien un riesgo real de perturbación del proceso, resulta necesaria la adopción de medidas que eviten su frustración. Entre ellas, la prisión provisional, que como se ha dicho, ha de tener un carácter sumamente excepcional.

Regular una figura de tal trascendencia requiere especial cuidado y delicadeza puesto que se está tratando de conjugar, de un lado, la limitación de los derechos del sujeto pasivo del proceso, y de otro, su derecho a la presunción de inocencia. Para ello, se añaden distintos presupuestos que legitiman la adopción de esta medida y evitan que se lesione de forma indebida el derecho fundamental a la libertad.

Así pues, tras el estudio de esta figura, se concluye con que, en efecto, es necesario que el ordenamiento jurídico prevea una medida cautelar de este tipo, a pesar de sus implicaciones y las restricciones que conlleva, siempre que sea aplicada dentro de las limitaciones establecidas.

Una vez se muestra una inclinación favorable hacia esta medida, cabe cuestionarse si en el caso propuesto, la prisión provisional que se adopta ha sido encuadrada dentro de los límites que la legitiman, y, por consiguiente, procedente.

En primer lugar, y por contextualizar los hechos del “*proces*” catalán, las tensiones que se venían manifestando desde hacía largo tiempo en el panorama político español eran evidentes. El sentimiento nacionalista ha ido creciendo durante los últimos años, en parte como consecuencia del impulso y del impacto mediático que han promovido plataformas políticas ante la inacción de los diferentes gobiernos centrales.

La Constitución Española en su artículo 2 establece:

«La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.»

A pesar de que pudiera parecer que el sentimiento nacionalista, en su versión más extrema de independentismo, pudiera chocar con esta norma, lo cierto es que, al contrario, tiene cabida por el reconocimiento de las libertades y derechos que encierra el texto constitucional, si bien dentro de los cauces legales que se marcan a estos fines.

Son los hechos que promovieron los políticos catalanes, que no las ideas, los que revisten antijuridicidad por los medios empleados en la declaración unilateral de independencia que proclamaba a la Comunidad Autónoma catalana como un *Estado independiente y soberano, de derecho, democrático y social, en forma de República*. Este tipo de insurrección es de lo que se ocupa, en este caso, el proceso penal.

Pues bien, por un lado, ya hemos visto la necesidad de que la prisión provisional encuentre cabida en nuestro ordenamiento, si bien como medida excepcional y extrema a la cual recurrir. Por otro, se ha expuesto la sucesión de hechos que han dado lugar a la ardua situación en que actualmente se encuentran los dirigentes catalanes y las graves consecuencias que se derivan de sus conductas. A tenor de las fundamentaciones del Auto, parece que no cabía otra medida de aseguramiento para el proceso penal que la medida cautelar que se les impuso.

Estamos ante una situación extremadamente grave, tanto por los efectos jurídicos como por el apoyo que daban en las calles a los políticos instigadores de la rebelión.

Debe puntualizarse, de cara a valorar la prisión provisional frente al resto de posibilidades, que únicamente podrán considerarse medidas cautelares alternativas a la prisión aquellas que sean idóneas para poder continuar con el proceso, mitigando los riesgos de frustración que existen durante su tramitación.

Así pues, había asociaciones, partidos políticos, empresarios, fuerzas de seguridad y medios de comunicación que se posicionaron de su lado. El apoyo a los dirigentes por parte de este tipo de grupos organizados de presión (ANC y Òmnium), con efectos similares a bandas organizadas, sí es un indicativo de riesgo de fuga, de manera que se puede disponer de todos los medios económicos y conexiones transfronterizas para lograr evadirse de la acción de la Justicia. Todo ese conjunto de soportes disponía de fuentes económicas poderosas, de sostenes administrativos y tecnológicos que les habrían ayudado a evadirse fácilmente, como de hecho ocurrió con algunos otros de ellos.

Si no se les hubiera detenido y puesto en prisión, y en cambio se hubiera optado, por ejemplo, por la libertad vigilada, hubiera seguido siendo posible la destrucción de pruebas documentales, algo que además se intentó como así se ha puesto de manifiesto en la vista oral por los testimonios de los guardias civiles que intervinieron en las detenciones y registros.

Haber impuesto tan solo una fianza no hubiera surtido efecto alguno garantista, pues la pérdida de la misma no hubiera supuesto un gravamen para su propio patrimonio ya que tal cantidad fue prestada *por devenir de una solidaridad colectiva* que apoyaba el movimiento.

Las pulseras telemáticas no tienen mucho sentido al tratarse de figuras públicas, con cargos relevantes, con capacidad, interés y relaciones suficientes para moverse por dependencias públicas y destruir o preconstituir pruebas. Además, dado el masivo apoyo, es lógico pensar en que las medidas de control podrían haberse malogrado por la ayuda de empresas, técnicos especialistas contramedidas electrónicas.

Teniendo en cuenta la multitud de variables, tanto por la gravedad de las penas a imponer, como por el conjunto de pruebas y testimonios que les relacionan con la autoría de los hechos que se les imputan, por existir el precedente de fuga de otros políticos que se sustrajeron a la acción de la Justicia, de que de las manifestaciones de los investigados se obtiene un elevado pronóstico de una futura perpetración de actuaciones similares, del inherente riesgo de destrucción de las pruebas que les inculpan, del importante apoyo

popular del que gozan, hubiera sido contraproducente de cara a obtener el resultado justo que se pretende con el proceso.

Considerando las circunstancias del caso y los preceptos teóricos anteriores, cabe entender que, el Auto por el que se decreta la prisión provisional, aborda y está en relación directa con los presupuestos de legalidad ordinaria que justifican esta medida, los recogidos en el 503 LECrim.

Porque *el primer requisito de la civilización es la Justicia.*

5. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y TUR AUSINA, Rosario (2018). Derecho Constitucional. Madrid: TECNOS
- ASECIO MELLADO, José María (2015). Derecho Procesal Penal. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- BANACLOCHE PALAO, Julio y ZARZALEJOS NIETO, Jesús. (2015) Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal. Madrid: LA LEY.
- BARONA VILAR, Silvia. (2007) ¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?. Incluido en la Revista del Poder Judicial n.º especial XIX.
- CARNELUTTI, Francesco. (1997) Las miserias del proceso penal. Bogotá: TEMIS, S.A.
- ESCUDERO HERRERA, Concepción. (2014) Derecho procesal penal. Madrid: CENTRO DE ESTUDIOS FINANCIEROS (CEF).
- GIMENO SENDRA, Vicente (2015) Manual de Derecho procesal penal. Madrid: CASTILLO DE LUNA EDICIONES JURIDICAS.
- GISBERT GISBERT, Antonio. (2004). Reflexiones sobre la prisión provisional. Incluido en la Revista del Poder Judicial n° 76.
- MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (2012). Derecho Procesal Penal. Valencia: TIRANT LO BLANCH.
- NIEVA FENOLL, Jorge. (2006) Las pulseras telemáticas: aplicación de las nuevas tecnologías a las medidas cautelares y a la ejecución en el proceso penal. Incluido en Revista del Poder Judicial n.º 77.
- PELLUZ ROBLES, Luis Carlos. (2008) Prisión provisional. Requisitorias. Orden europea de detención. Manuales de Formación Continuada 46/2007 del CGPJ.
- PILLADO GONZÁLEZ, Esther y GRANDE SEARA, Pablo. (2015) Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal. En MORENO CATENA, Víctor [director]. Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Valencia: TIRANT LO BLANCH.

6. JURISPRUDENCIA

- Juzgado Central de Instrucción nº003 de Madrid: Diligencias previas procedimiento abreviado 82/2017, de 16 de octubre.
- STC 24/2015, de 16 de febrero.
- Instrucción 4/2005 de la Fiscalía General del Estado, de 15 de abril, *Motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación.*
- STC 47/2000, de 17 de febrero.
- STC 164/2000, de 12 de junio.
- STC 19/1999, de 22 de febrero.
- STC 98/1998, de 4 de mayo.
- STC 142/1998, de 29 de junio.
- STC 128/1995, de 26 de julio.
- STC 85/1989, de 10 de mayo.
- STC 2/1982, de 29 de enero.
- STC 31/1981, de 28 de julio.

7. LEGISLACIÓN

- España. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Boletín Oficial del Estado, 6 de octubre de 2015.

- España. Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de enero de 2001.
- España. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de mayo de 1996.
- España. Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. *Boletín Oficial del Estado*, 7 de octubre de 1882.
- España. Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de diciembre de 2015.
- España. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. *Boletín Oficial del Estado*, 8 de mayo de 1989.
- España. Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de julio de 2015.
- Roma. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 3 de septiembre de 1953.