

CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,

CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL EN MATERIA DE PRISIÓN PROVISIONAL, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:

I

ANTECEDENTES

Por oficio de 13 de enero de 2003 el Excelentísimo Ministro de Justicia solicitó de este Consejo General del Poder Judicial informe sobre el proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional, haciendo constar la urgencia del informe solicitado en los términos del art. 108.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por el Pleno del CGPJ celebrado el día 28 de enero se interesó del Ministerio la prórroga del plazo para evacuar el referido informe.

La Comisión de Estudios e Informes, en su reunión de 16 de enero de 2003, designó ponente a la Excma. Sra. Vocal Dña. Montserrat Comas D'Argemir I Cendra. La ponencia presentada fue debatida en la sesión de 30 de enero de 2003, en la que no obtuvo la aprobación de la mayoría, acordándose el cambio de la ponencia y recayendo en el Vocal D. Faustino Gutiérrez Alviz.

En la sesión de la Comisión de Estudios e Informes del día 5 de febrero de 2003 se aprobó la ponencia presentada y se acordó su remisión al Pleno.

II

ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA

El Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional consta de una Exposición de motivos, dividida en 4 partes, 3 artículos, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y una disposición final.

La exposición de motivos, tras realizar una rápida enumeración de las últimas reformas llevadas a cabo en la materia, justifica la necesidad de la misma para cumplir uno de los objetivos del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, en concreto *“la reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*. Siguiendo este criterio expresamente se invocan los arts. 17 y 24.2 de la Constitución, así como las sentencias del Tribunal Constitucional 41/1982 y 47/2000.

A continuación analiza brevemente las dos características de la prisión provisional que imponen mayores exigencias como son la excepcionalidad y la proporcionalidad recordando que la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. La proporcionalidad supone que la medida, en cuanto restrictiva de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia, debe tener un contenido tal que la limitación de los derechos fundamentales que comporta sea proporcionada a los fines que con ella se pretende alcanzar, señalando como constitucionalmente legítimos los fines de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva.

En el apartado III se analiza brevemente la nueva regulación, acorde con los fines antes citados, invocando de nuevo el principio de proporcionalidad, en especial para que no pueda acordarse la medida por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo,

contribuyendo la Ley a objetivar este requisito. Por otra parte, se alude a la temporalidad de la prisión provisional, lo que supone una carga a la Administración de Justicia Penal para actuar sin dilaciones indebidas.

Por último, en el apartado IV, la exposición de motivos analiza el procedimiento, mejorado técnicamente, e insiste en la necesidad de motivación de la resolución por la que se acuerda la prisión provisional, con especial atención a aquellos casos en los que el sumario se hubiere declarado secreto, simplificando y acelerando la tramitación de los recursos y manteniendo la prisión atenuada, reformando notablemente la prisión incomunicada.

El artículo 1º de la Ley da nueva redacción a los artículos del Capítulo 3º del Título 4º del Libro 2º de la LECrim.

El art. 502 contempla la jurisdiccionalidad, necesidad y subsidiariedad de la medida afirmando que la gravedad de la pena, por sí sola, no podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo del imputado puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la justicia.

El art. 503 establece expresamente los requisitos que deben concurrir para que sea decretada la prisión provisional en atención a los fines señalados de la misma, dedicando el apartado 2º a la finalidad extraprocesal de evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos.

El art. 504 establece el límite de duración de la prisión provisional y la posible prórroga tanto durante la fase de instrucción como una vez recaída condena y la sentencia hubiere sido recurrida.

El art. 505 regula el procedimiento para decretar la prisión provisional, a través de una audiencia que deberá celebrarse en las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial, con citación del imputado, asistido

por Letrado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, previendo una fase de alegaciones y eventualmente de prueba.

El deber de motivación del Auto por el que se acuerde la prisión provisional se contempla en el art., 506, debiendo extenderse la misma a razonar hasta qué punto la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción y con una regulación concreta y detallada para el caso de que el sumario hubiere sido declarado secreto.

El art. 507 regula el recurso de apelación interpuesto contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional, estableciendo el carácter preferente del mismo

Excepcionalmente, y según el art. 508 se podrá acordar, por razón de enfermedad, la sustitución de la prisión provisional por arresto domiciliario.

El art. 509 se ocupa de la detención o prisión incomunicadas, limitando la incomunicación al tiempo estrictamente necesario sin que pueda extender más allá de cinco días o, excepcionalmente, para los delitos a que se refiere el art. 384 bis o a actividades propias de la delincuencia organizada, a otros cinco días más.

El art. 510 regula la forma en que se ha de llevar a cabo la incomunicación.

Por último, el art. 511 determina la forma de llevar a efecto el auto de prisión, a través de los oportunos mandamientos.

El art. 2º del Anteproyecto de Ley da nueva redacción al art. 529 de la LECrim., regulando la fianza, y al art. 539 de la misma Ley para regular la forma de acordar la prisión o la libertad de quien estuviere en libertad o agravar la libertad provisional ya acordada.

El art. 3º da nueva redacción último párrafo del art. 544 bis de la LECrim, estableciendo la obligatoriedad de convocar a una comparecencia ante el Juez o Tribunal al imputado que ha incumplido alguna de las medidas del art. 544 bis del CP.

La Disposición Transitoria establece que las decisiones que sobre la situación personal del imputado se adopten con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por ella, aún tratándose de procesos incoados con anterioridad a su vigencia.

La Disposición Derogatoria deroga expresamente el art. 504 bis 2 de la LECrim. y la Disposición Final establece que la Ley Orgánica entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín oficial del Estado.

III

ANÁLISIS DEL TEXTO PROYECTADO

1. Justificación de la reforma de la actual regulación de la prisión provisional

El Anteproyecto de reforma de la prisión provisional obedece a una doble necesidad, a la que se da adecuada respuesta en el texto sometido a informe.

- a) El planteamiento por el Tribunal Constitucional de la autocuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim vigente.
- b) Las modernas tendencias de configuración de un proceso penal orientado a la protección de la víctima.

1.1. La STC 47/2000. Autocuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim vigente

La reforma proyectada se acomoda a postulados establecidos por el Tribunal Constitucional. La jurisprudencia constitucional ha advertido de la insuficiencia de la regulación actual de la prisión provisional para la restricción válida del derecho fundamental a la libertad individual. Así, la STC 47/2000, de 17 de febrero, ha declarado que “La comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto, "prima facie" que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que estos se expresen en la resolución que la acuerda”. Y llega a la conclusión de que la Ley (arts. 503 y 504 LECrim.) vulnera el art. 17 C.E. y esa vulneración puede ser determinante de la actuación inconstitucional de los órganos judiciales, por lo que de conformidad con el art. 55.2 LOTC planteó la cuestión de inconstitucionalidad relativa a dichos preceptos.

En este contexto, el Anteproyecto subsana una situación actual en la que la concurrencia del presupuesto de la legalidad, que debe regir toda restricción de derechos fundamentales en el proceso penal, ha sido cuestionado por el Tribunal Constitucional a la luz de la regulación vigente, ofreciendo de este modo adecuada cobertura legal a las resoluciones judiciales que sobre la medida cautelar hayan de adoptarse tras su entrada en vigor.

1.2. La nueva orientación del proceso penal hacia la protección de la víctima

La tutela judicial aseguratoria y preventiva forman parte del derecho constitucional a obtener una tutela judicial que sea efectiva. La efectividad de la tutela no se limita a garantizar la eficacia de la sentencia ante la eventual condena por el hecho cometido, sino que la nueva orientación del proceso penal tiene a la potencial víctima como objeto de tutela. A estos efectos, resulta relevante distinguir entre la prisión provisional como medida aseguratoria y como medida de prevención.

a) La prisión provisional como **medida aseguratoria** responde a la necesidad de arbitrar medidas que aseguren la total efectividad del pronunciamiento judicial que en definitiva se adopte, y permite que puedan asegurarse aquellos efectos ya anticipadamente en la fase de instrucción del procedimiento. Toda medida cautelar entendida como medida que anticipa los efectos de la sentencia para lograr su efectividad, no puede en su magnitud ser de mayor gravedad que la sanción que en definitiva pueda imponerse.

b) Ahora bien, en ocasiones, la medida se presenta como **medida de prevención**, no para lograr la efectividad de la sentencia penal, sino para prevenir hechos delictivos que el autor amenaza realizar en el futuro. Aquí la medida de seguridad *debe ser proporcionada a la peligrosidad del autor*.

La regulación vigente de nuestro “derecho penal cautelar” adolece de esta perspectiva del Derecho preventivo y sólo contempla la medida cautelar como medida aseguratoria de los efectos de la sentencia, con las consiguientes limitaciones que implica esta perspectiva. Así, la prisión provisional está condicionada por el *fumus boni iuris* concebido en función de la gravedad del hecho cometido; no cabe adoptar medidas cautelares frente a sujetos peligrosos cuando sólo se hayan cometido delitos leves, etc.

La reforma proyectada, siguiendo las experiencias del Derecho comparado, contempla como uno de los fines constitucionalmente legítimos el de evitar la reiteración delictiva cuando la libertad del imputado amenaza seriamente con poner en peligro grave bienes jurídicos fundamentales de la persona. Y, que duda cabe, que la necesaria protección de las víctimas frente al riesgo de sufrir un perjuicio grave por la acción del agresor forma parte de los supuestos en los que es legítima la privación de libertad del imputado.

Por ello, la reforma del instituto de la prisión toma en consideración su función preventiva como medida para conjurar riesgos relevantes constitucionalmente, protegiendo adecuadamente a la víctima frente a la amenaza que supone su agresor. Supone además, de acuerdo con las modernas tendencias de la Victimología, una concepción del derecho penal en sentido amplio orientada hacia la protección de la víctima.

Ciertamente que la evolución del Derecho regulador del proceso penal se orienta fundamentalmente a la tutela de la víctima. En este contexto, la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo de 2001, aprueba el Estatuto de la víctima en el proceso penal. Fundamentalmente se plantea como tarea necesaria la de armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima. En particular, el artículo 8 establece la necesidad de **recibir protección adecuada**. A tal efecto se dispone que “ Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad, siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada”.

Por ello, **en el campo de las medidas de prevención o de la tutela cautelar, la víctima tiene derecho a que las autoridades competentes adopten las medidas que resulten adecuadas para prevenir el riesgo de lesión o de cualquier otra amenaza que pueda proceder del sujeto**

agresor. Esto es una consecuencia de la concepción del Estado como Estado Social, en la medida en que el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos remover los obstáculos para que la libertad y seguridad del ciudadano sean reales y efectivas.

En este contexto tiene sentido la previsión contenida en el artículo 506.3 LECrim del texto proyectado, conforme al cual “Los autos relativos a la situación personal del imputado se pondrán en conocimiento de los directamente ofendidos y perjudicados por el delito cuya seguridad pudiera verse afectada por la resolución”. Esta exigencia es consecuencia de lo establecido en el artículo 4.3 de la Decisión marco citada, conforme al cual “ Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar, al menos en el caso de que pueda existir un riesgo para la víctima, que en el momento de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada por la infracción, se pueda decidir, en caso necesario, informar de ello a la víctima”.

2. Sobre los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional y su recepción en el Anteproyecto informado

Como declaró la STC 44/1997, de 10 de marzo, la prisión provisional responde un fin constitucionalmente legítimo: la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado. En particular, estos riesgos pueden consistir en "su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva".

En el Anteproyecto informado aparecen recogidos los distintos fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional en la forma que se detalla a continuación.

2.1. Peligro de fuga (art. 503.1.3º, apartado a).

El peligro de fuga debe deducirse de circunstancias objetivas, entre las que merecen especial atención la gravedad de la pena a la que puede ser condenado el imputado, el estado del procedimiento y las circunstancias personales del imputado.

a) A tenor del número 3 del art. 502 proyectado, “La gravedad de la pena, por si sola, no podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo del imputado, puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la Justicia ”.

A propósito de la importancia que tiene para la adopción de la medida la **gravedad de la pena** con la que se encuentra amenazado el hecho, ha declarado el Tribunal Constitucional que la gravedad del delito en ningún caso es criterio que determine por sí solo la obligatoriedad de imposición de la medida cautelar, a pesar de que del tenor literal de los vigentes arts. 503 y 504, parecía disponerse lo contrario, cuestión que con la reforma proyectada queda debidamente clarificada.

Ciertamente, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, 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, había declarado el Tribunal Constitucional que la gravedad abstracta de los delitos y las penas y la alarma social inherente al delito no bastan para justificar la prisión desde la perspectiva constitucional, pues es necesario además que sean tenidas en cuenta las circunstancias concretas del caso y *las* personales del imputado (SSTC 128/1995, 37/1996, 47/2000). Por ello deben ser valoradas

circunstancias tales como el arraigo familiar, profesional y social, las conexiones en otros países, los medios económicos de los que dispone, etc.- (SSTEDH de 27 junio 1968, caso Neumeister; 10 noviembre 1969, caso Matznetter; 10 noviembre 1969, caso Stgmüller; 26 junio 1991, caso Letellier, 27 agosto 1992, caso Tomasi; 26 enero 1993, caso W.).

b) En cuanto al **estado del procedimiento**, el Anteproyecto se refiere, como circunstancias a tener en cuenta para apreciar el riesgo de fuga, entre otras, a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el Título III del Libro IV de esta Ley.

Hay que tener además en cuenta que la jurisprudencia ha considerado un dato ambivalente el que la tramitación se halle avanzada y la celebración del juicio oral próxima, pues aunque es cierto que el paso del tiempo, con el avance de la instrucción y la perfilación de la imputación, puede ir dotando de solidez a ésta, lo que podría a su vez incrementar la probabilidad de una efectiva condena y, con ello, el riesgo de fuga, sin embargo, no es menos cierto que en otras circunstancias el transcurso del tiempo puede producir efectos contrarios a los que se acaban de indiciar, no sólo porque el devenir del procedimiento puede debilitar los indicios que apuntan a la culpabilidad del acusado, sino también porque el peligro de fuga "se debilita por el propio paso del tiempo y la consiguiente disminución de las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso (SSTEDH 27 junio 1968, caso Wemhoff; 27 junio 1968, caso Neumeister; 10 junio 1969, caso Matznetter)".

2.2. Obstrucción de la instrucción penal (artículo 503.1. 3º, apartado b))

Se acepta generalmente que la obstrucción de la instrucción penal constituye uno de los riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso pueden justificar una medida de prisión cautelar. La regulación vigente no menciona esta circunstancia de una manera expresa, a pesar de

que es reconocida en legislaciones de nuestro entorno. Así, por ejemplo, el StPO alemán, dispone en su § 112 que existe motivo de prisión preventiva si se constata que el inculpado, en situación de libertad, invalidará, modificará, ocultará o falsificará pruebas. También legitiman la prisión con fines de conservación de la prueba el art. 274 del Código Procesal italiano, y el art. 204 del portugués.

A pesar de la deficiente regulación de la ley actual, la STC 128/1995, había considerado fin legítimo de la medida cautelar la evitación del peligro de destrucción de los elementos que integran el cuerpo del delito. De acuerdo con ello, la asunción de este fin de forma expresa en el Anteproyecto merece un juicio positivo en cuanto cubre una laguna legal, cuya subsanación era necesaria a juicio de la jurisprudencia. Así, en el art. 503.1. 3º, apartado b), proyectado, se establece como fin de la prisión el de “Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto”. Indicando concretamente los elementos para que el juez forme el juicio correspondiente: “Para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo, o para actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 153 del Código Penal.”

2.3. Riesgo de reiteración delictiva (artículo 503.2)

El artículo 503.2, de acuerdo con las consideraciones expuestas más arriba, introduce como causa específica que fundamenta la prisión la de “evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”. Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha considerado en la STC 44/1997, de 10 de marzo,

que constituye un fin constitucionalmente legítimo de la prisión el riesgo de *reiteración delictiva*, lo que permite atribuir a la prisión provisional una función preventiva como medida para conjurar riesgos relevantes constitucionalmente, protegiendo adecuadamente a la víctima frente a la amenaza que supone su agresor.

La ley limita la posibilidad de acordar la prisión provisional por esta causa cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Que el hecho delictivo imputado sea *doloso*. Esta limitación responde a la idea de que la peligrosidad del imputado debe ser una peligrosidad criminal, en el sentido de que no basta una peligrosidad social, por lo que es razonable establecer como presupuesto del juicio pronóstico la existencia de un delito doloso que pone de manifiesto una especial peligrosidad del autor, lo que no sucede en el caso de la mera comisión de un delito imprudente.

b) Que el máximo de la pena prevista para el delito sea igual o superior a dos años de prisión. Este límite no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.”

Este precepto impone al Juez la necesidad de realizar un juicio pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos. A tal fin debe tenerse en cuenta:

1) La gravedad del delito cometido es un factor para la valoración del Juez en cuanto a si cabe esperar de su puesta en libertad la comisión de hechos antijurídicos de relevancia penal, pues a mayor lesividad social del hecho mayor grado de probabilidad de delitos graves existirá en el futuro. Nos

remitimos a lo que se dirá más abajo a propósito del límite penológico establecido en el Anteproyecto.

2) Al margen de la gravedad del hecho, son factores que permiten suponer la reiteración delictiva la pertenencia del imputado a una organización criminal o la habitualidad. En cuanto a lo primero, la mera pertenencia a una asociación para delinquir, con independencia de que el hecho realizado no constituya un delito grave, constituye un indicio claro de que la libertad del imputado puede traducirse en la reiteración delictiva. Y en el mismo sentido, quien habitualmente se dedica al delito, es probable que use la libertad para reiterar su comportamiento delictivo.

3) En cuanto a las futuras infracciones punibles que cabe esperar del autor, el Anteproyecto establece que se atenderá a la *gravedad de los delitos que se pudieren cometer*, luego no cabe decretar la prisión provisional para la prevención de cualquier delito de bagatela .

4) Sería conveniente a juicio de este Consejo que el artículo 503.2 formulara de una manera más precisa los elementos objetivos a partir de los cuales el juez debe deducir el riesgo de reiteración delictiva, añadiendo a las circunstancias del hecho, otras circunstancias como el número de procedimientos judiciales en los que esté incurrido el imputado, los antecedentes penales, su relación con la eventual víctima, etc. , todo ello con la finalidad de objetivar al máximo el juicio de inferencia que debe realizar el juez .

3. Presupuestos generales de la medida cautelar. Ponderación de intereses por el Juez o Tribunal

Toda medida adoptada en el proceso penal que suponga la injerencia en derechos fundamentales de la persona se sujeta a los presupuestos generales de *legalidad, necesidad y control judicial*.

1.- Toda restricción de un derecho fundamental con fines procesales, en este caso del derecho a libertad personal garantizado en el art. 17 CE, requiere la previa **cobertura legal**. El art. 8.2 CEDH requiere que toda injerencia de la autoridad pública en la esfera personal ha de estar prevista en una Ley. Como hemos advertido, la regulación vigente de la prisión provisional se encuentra en los arts. 503 y 504 LECrim, y no garantiza adecuadamente la compatibilidad de la medida con la Constitución. El Anteproyecto soluciona adecuadamente esta necesidad y ofrece cobertura detallada del instituto de la prisión, sus presupuestos y fines constitucionalmente legítimos.

2.- La prisión provisional es una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de determinados fines constitucionalmente legítimos (STC 128/1995), esto es, debe ser una medida **necesaria**. Cuando estos fines puedan satisfacerse con una medida menos gravosa, aunque suponga restricción de la libertad, aquélla debe ser adoptada.

Este requisito se encuentra enunciado de forma expresa en el número 2 del artículo 502 del texto proyectado: “La prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.” Pero, además, el principio de la necesidad de la medida, encuentra reflejo en otras disposiciones del Anteproyecto relativas a la importancia que la gravedad de la amenaza penal tiene para la adopción de la medida y a las limitaciones a su duración.

a) A tenor del número 3 del art. 502 proyectado, “La **gravedad de la pena**, por si sola, no podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo del imputado, puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la Justicia”.

b) El requisito de la necesidad de la prisión provisional también impone limitaciones en cuanto a la **duración de la medida**. Como regla general, la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que la legitiman y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. Aunque es necesario establecer un límite máximo absoluto con la finalidad de satisfacer el derecho a que la causa sea decidida en un plazo razonable. El Anteproyecto, en la redacción dada al art. 504, satisface adecuadamente estas exigencias constitucionales, como luego se analizará.

3.- De acuerdo con lo anterior, toda decisión sobre la prisión provisional, lejos de cualquier automatismo, requiere la ponderación de las circunstancias concurrentes por el Juez. Por ello, las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una **resolución judicial motivada** (SSTC 41/1982, 56/1987, 3/1992 y, 128/1995), adoptada por el Juez competente en las diversas fases del procedimiento. La garantía judicial se declara en el art. 25.3 CE., a cuyo tenor, la Administración no puede imponer medidas que directa o indirectamente impliquen privación de libertad.

Este presupuesto general se contempla en el texto del Anteproyecto en el número 1 del art. 502, a cuyo tenor, “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.”

La motivación del acto limitativo, en el doble sentido de expresión del fundamento de Derecho en que se basa la decisión y del razonamiento seguido para llegar a la misma, es un requisito indispensable del acto de limitación del derecho (STC 52/1995, de 23 de febrero). Esta motivación ha de ser suficiente y razonable, esto es, que se haya realizado la ponderación de los intereses en juego - la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de justicia y la evitación de hechos delictivos, por otro - y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión

provisional" [STC 128/1995, de 26 de julio). Por tanto, la resolución judicial debe pronunciarse razonadamente sobre la concurrencia del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo que se persigue con ella (STC 66/1997, de 7 de abril).

La jurisprudencia ha declarado que la falta de una motivación suficiente y razonable de la decisión de prisión provisional no supondrá sólo un problema de falta de tutela, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente un problema de lesión del derecho a la libertad, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma [SSTC 128/1995; 37/1996; 62/1996; 158/1996; 47/2000).

4. Presupuestos específicos de la prisión provisional. En particular el límite penológico para su adopción

Toda medida cautelar se fundamenta en la concurrencia del *fumus boni iuris*, o apariencia de buen derecho, que en la materia que nos ocupa tiene el sentido de fundada sospecha de la participación del imputado en un hecho punible, y el *periculum in mora*, o peligro por el retardo en la conclusión del procedimiento.

Nos hemos referido ya ampliamente al segundo de los presupuestos enunciados al analizar los distintos fines que justifican la privación de libertad del imputado. Corresponde ahora referirse en particular al *fumus boni iuris*. A este requisito se refiere el artículo 503 cuando dispone que la prisión provisional **“será únicamente decretada” cuando concurren los requisitos que establece, lo que debe ser entendido en el sentido de sólo cuando concurren estos presupuestos específicos podrá ser decretada la prisión por el Juez.** Probablemente sería más correcto disponer que “ La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los requisitos siguientes ” para evitar equívocos sobre el carácter imperativo de la medida.

En el mismo sentido y a idénticos efectos, el último párrafo del apartado a) del art. 503.1.3º, en lugar de comenzar con la palabra “ procederá ” debería comenzar con la expresión “ Podrá acordarse”, más correcta técnicamente.

4.1 Indicios racionales de criminalidad (artículo 503.1.2º)

El primer presupuesto material de la prisión provisional es que existan motivos bastantes para creer que el imputado ha realizado un hecho punible. No basta la mera sospecha razonada, sino que es preciso que esa sospecha esté muy fundada, y que el texto del Anteproyecto expresa con la exigencia general contenida en el art. 503.1.2º de que “ aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

4.2. Límite penológico (artículo 503.1.1º)

A propósito de este requisito dispone el art. 503.1.1º que es requisito de la prisión “Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena *cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados o que pudieran serlo, derivados de condena por delito doloso.*”

El establecimiento de un límite penológico en dos años se justifica por **razones procesales** (posibilidad de juicio en ausencia) y **razones sustantivas** (límite preventivo- general) .

a) En primer lugar, **razones procesales** abonan la idea del Anteproyecto de establecer la posibilidad de la prisión provisional en caso de imputación de delitos amenazados con pena de dos o más años de privación de libertad.

El artículo 786.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras la reforma operada por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, establece la posibilidad de celebrar el **juicio en ausencia del acusado** en el caso de que el delito imputado tuviera aparejada una **pena privativa de libertad inferior a dos años**. De este modo, por debajo de ese límite la eventual fuga del imputado no impediría la posibilidad de celebrar el juicio con la sola presencia del Abogado del acusado, pero si la pena fuese superior la incomparecencia del acusado puede ser motivo de suspensión del juicio oral, con la consiguiente posibilidad de dilación del proceso. Por ello, en los casos en los que deba garantizarse la presencia del imputado en el juicio oral – prisión de dos o más años - debe ser posible la prisión provisional cuando no exista otro recurso menos gravoso para garantizar la celebración del juicio. Si se mantuviera el límite penológico vigente más elevado, podría producirse la anómala situación de que en el caso de delitos amenazados con pena de prisión de más de dos años, no existiría un recurso efectivo para hacer posible la celebración del juicio oral cuando el Juez no disponga de otras medidas cautelares eficaces.

Por ello, el derecho comparado admite la prisión provisional incluso en el caso de juicios rápidos por delitos menos graves, cuando el Juez pueda obtener la fundada convicción de que el imputado no comparecerá al juicio oral. Por ejemplo, el parágrafo 113 del StPo alemán contempla la prisión en caso de delitos castigados con pena privativa de libertad de hasta seis meses debido a peligro de fuga.

Por lo tanto, en este punto **el Anteproyecto acierta cuando hace coincidir el límite penológico de la prisión con el límite de pena a partir del cual ya no es posible el juicio en ausencia**. Ello se fundamenta en el interés constitucional de un proceso sin dilaciones indebidas que provengan, en este caso, del propio acusado. También en este caso la comunidad y la víctima deben obtener tutela adecuada mediante una pronta celebración del juicio, garantizando, en los casos de presencia preceptiva del acusado la efectiva comparecencia de éste en el juicio oral.

b) Desde el **punto de vista sustantivo**, el establecimiento de este límite penológico tiene, en primer lugar, el significado negativo de que en ningún caso puede decretarse la prisión del delincuente primario cuando la pena con la que está amenazado el delito que se le imputa no excede de dos años de prisión. Y ello aun cuando amenacen los peligros que justificarían la medida en caso de delito grave.

Establecer el límite ordinario de la prisión en dos años es congruente con las valoraciones del legislador penal. Y tiene una justificación razonable. Este límite ha sido utilizado, por ejemplo, para valorar cuando el penado puede obtener el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 81.2º CP) y es el límite generalmente establecido en los sustitutivos penales (art. 88 CP) . **Este límite ha sido entendido por la doctrina como *límite preventivo-general*, y expresa que, al margen de la clasificación formal establecida en el artículo 33, delitos que superan esta pena son considerados socialmente como delitos graves.**

Abundando en el argumento, debe tenerse en cuenta que por debajo de ese límite penológico la comunidad está dispuesta a renunciar incluso a la ejecución de la pena impuesta en sentencia firme, y por ello no tiene sentido tratar de asegurar anticipadamente su efectividad mediante una medida cautelar grave. Por el contrario, por encima de ese límite, como la pena no es susceptible de suspensión o sustitución con carácter general (al margen del supuesto excepcional del art. 87 CP) y debe, en consecuencia, cumplirse efectivamente, en el caso de que concurran los fines que legitiman la prisión, es razonable que deba adoptarse una resolución que asegure la efectividad de la sentencia.

Además, **el establecimiento de un límite mínimo no es esencial cuando se trata de la prisión provisional como medida destinada a combatir el riesgo de reiteración delictiva.** Por ello es razonable que disponga el texto proyectado (art. 503.2) que el límite relativo a que el máximo de la pena

prevista para el delito sea igual o superior a dos años de prisión no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

En estos casos, el juez puede formar convicción acerca de que la potencial víctima está seriamente amenazada de un peligro real de sufrir perjuicio en bienes fundamentales de su persona, y conjurar este peligro puede requerir en las circunstancias del caso concreto medidas no proporcionadas a la gravedad del hecho cometido, pero adecuadas y necesarias en atención a la real peligrosidad del autor y a la prognosis desfavorable en orden a la comisión futura de delitos graves.

Por lo tanto, debe arbitrarse un sistema legal que permita al Juez una ponderación razonable de los intereses en juego - la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de justicia y la evitación de hechos delictivos, por otro. Y **establecer un límite penológico mínimo inflexible podría evitar que el Juez pudiera realizar la adecuada ponderación en casos de que a pesar de haberse realizado un delito menos grave, sin embargo exista riesgo fundado de reiteración delictiva y peligro de lesión de bienes fundamentales de la persona.**

En suma, la resolución judicial debe pronunciarse razonadamente sobre la concurrencia del presupuesto de la medida y del fin constitucionalmente legítimo que se persigue con ella (STC 66/1997, de 7 de abril), y la exigencia de motivación es suficiente garantía del derecho a la libertad que garantiza al imputado el art. 17 CE, sobre la base de que la prisión sólo deberá adoptarse cuando sean insuficientes otras medidas de control judicial para garantizar las necesidades de la investigación.

4.3. Duración de la prisión (artículo 504 LECrim)

Las limitaciones a la duración de la prisión se fundamentan en el principio de necesidad de la medida y en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

a) Limitaciones a la duración de la prisión

La duración de la prisión se regula en el art. 504 del texto proyectado.

De acuerdo con las consideraciones realizadas más arriba a propósito del requisito general de la necesidad, es claro que la prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines que la legitiman y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción. Pero, al mismo tiempo, se establecen límites máximos de duración sobre la base del principio de que un sujeto no puede permanecer indefinidamente privado de libertad sin haber sido declarada su culpabilidad, aun cuando subsistan los riesgos que el artículo 503 establece.

La ley reconoce un plazo máximo inicial prorrogable, y un plazo máximo absoluto.

a) Cuando la prisión provisional se hubiera decretado para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga o para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, su duración no podrá exceder de un año si el delito fuere menos grave, o de dos años si el delito fuere grave (artículo 504.2). Por el contrario, cuando la prisión provisional se hubiere acordado con el fin de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba su duración no podrá exceder de seis meses (art. 504.3).

b) Antes de al extinción del plazo inicial, si se hubiera decretado la prisión para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse

racionalmente un peligro de fuga o para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, cuando se prevea que la causa no podrá ser juzgada en los plazos ordinarios el art. 504.2 ° LECrim, dispone que el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola **prórroga** de hasta dos años si el delito fuere grave o de hasta seis meses si el delito fuere menos grave.

Es necesario en cualquier caso que la decisión de prórroga se adopte antes de vencer el periodo inicial, pues ha declarado el TC la nulidad de la prórroga tardía. De otro lado **el Anteproyecto evita adecuadamente las prórrogas implícitas**, declaradas inadmisibles por el Tribunal Constitucional (STC 56/1997; ATC 527/1988), pues la Ley ha establecido que la prolongación de la prisión provisional se acordará mediante Auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal, en la comparecencia prevenida en el artículo 505.

c) Después de dictada sentencia condenatoria cabe prolongar la prisión más allá de los plazos ordinarios “Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida” (art. 504.2º LECrim.). Como ha declarado la STC 62/1996, de 15 de abril, el solo dictado de una inicial sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia. Y como reza la STC 146/1997, de 15 de septiembre, la sentencia condenatoria supone la consolidación de la imputación, y nos sitúa ante la existencia de un pronunciamiento judicial que ya ha considerado desvirtuada la presunción de inocencia -por más que el mismo pueda ser revocado al resolver el recurso de casación presentado- y pone de manifiesto que el carácter cautelar de la medida impugnada se dirige fundamentalmente a garantizar el cumplimiento futuro de la condena impuesta.

b) Duración máxima y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas

Como se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto “los plazos máximos de duración de la privación provisional imponen, siquiera sea de manera indirecta o mediata, una carga a la Administración de Justicia penal para actuar sin dilaciones indebidas. En este sentido, la Ley da respuesta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibida por nuestro Tribunal Constitucional, en torno al derecho de toda persona detenida preventivamente a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento, garantizado en el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”

Debe ser tenido en cuenta que la prohibición de dilaciones indebidas se hace más intensa en las causas con preso, pues el art. 6.1 CEDH obliga a los Estados Contratantes a organizar su sistema judicial de tal forma que los Tribunales puedan cumplir cada una de sus exigencias, particularmente la del plazo razonable. Esta obligación de celeridad reviste una particular importancia para el preso preventivo (STEDH 23.09.98, Portington, 29.09.98, Djaid) y su incumplimiento debe determinar su puesta en libertad de acuerdo con los arts. 17 y 24 CE (cfr. STC 66/1997, de 7 de abril). Ello determina, por ejemplo, que no proceda la prórroga de la prisión cuando la dilación de la celebración del juicio oral se deba a una causa no razonable.

En este contexto, el Anteproyecto garantiza la **tramitación preferente de los recursos de apelación** que se interpongan contra los autos que decreten, prorroguen o denieguen la prisión provisional o acuerden la libertad del imputado (artículo 507.1).

5. Prisión atenuada y prisión incomunicada

a) EL Anteproyecto destina el artículo 508 LEcrim a regular la denominada **prisión atenuada**. A su tenor “ El Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la prisión provisional del imputado por su arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El arresto domiciliario se acordará con la vigilancia que resulte necesaria. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa”.

De este modo la ley proyectada, a diferencia de la regulación vigente, cuyo artículo 505, pfo 2º LECrim debía ser integrado con los arts. 225 y ss. de Ley Orgánica Procesal Militar, 2/1989, de 13 de abril, contiene una regulación más precisa de la prisión atenuada y define en qué consiste esta modalidad de prisión, esto es, en la privación de libertad del imputado que, por razones de salud, no tiene lugar en un Centro penitenciario sino en el propio domicilio.

b) En cuanto a la **prisión incomunicada**, establece el art. 509. 1 que “ El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”. Se trata de una medida excepcional que supone una restricción a la libertad de comunicación del detenido o preso con terceros, justificada particularmente en los supuestos de actividades terroristas o relacionadas con el crimen organizado con el fin de evitar la destrucción de fuentes de prueba y asegurar los fines de la instrucción.

La incomunicación del preso supone una restricción de los derechos que con carácter general se reconocen al detenido o preso en el art. 520 LECrim. La incomunicación supone que el detenido o preso no podrá comunicarse con

terceros en forma que no sea susceptible de previo control judicial (así, oralmente, telefónicamente, etc.). Implica por ello el control judicial de la correspondencia y comunicaciones del detenido o preso. En este sentido, de acuerdo con el artículo 510.3 del texto proyectado “el preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el Juez o Tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas”.

De acuerdo con el art. 527 LECrim. “ El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo (IV del Título VI), con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: 1) En todo caso, su Abogado será designado de oficio. 2) No tendrá derecho a que se comunique a un familiar o persona que desee el hecho de su detención y el lugar de custodia. 3) Tampoco tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido (cfr. art. 520.6 apartado c) LECrim.). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la constitucionalidad de la designación de Abogado de oficio, en los supuestos de haberse acordado la incomunicación de los detenidos, declarando que el art. 17.3 de la Constitución exige solamente la efectividad de la defensa letrada, con independencia de la modalidad de su designación (v. ss. T .C. de 11 de diciembre de 1987, 21 de marzo y 8 de abril de 1988, y 24 de enero de 1995).

El plazo de la incomunicación del preso no podrá exceder del tiempo absolutamente indispensable para el cumplimiento de los fines que la justifican, sin que deba exceder de cinco días con carácter general (art. 509). No obstante, en los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis o se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días (art. 509.2, segundo inciso). De este modo el Anteproyecto otorga más precisión a la duración de la prórroga de la incomunicación con relación al texto vigente que se refiere a que

por razones objetivas (por ejemplo, necesidad de completar un auxilio internacional) puede prolongarse por el “tiempo absolutamente necesario”, pero sin establecer plazo máximo (así se deduce del artículo 507 LECrim, vigente).

El Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá disponer una nueva incomunicación del preso aún después de haber sido puesto en comunicación, si la causa ofreciere méritos para ello; pero la segunda incomunicación no excederá nunca de tres días. El Anteproyecto también pone límite máximo a esta nueva incomunicación, suprimiendo la posibilidad arbitrada por el artículo 508 vigente que permitía cierta indeterminación por la remisión al artículo 507, lo que suponía de hecho una nueva autorización de rebasar el plazo máximo si hubiere méritos para ello.

6. Audiencia previa a la prisión

En el texto proyectado se mantiene la regla, introducida en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, de que la prisión provisional sólo podrá ser acordada a instancia del Ministerio Fiscal o de una parte acusadora. Asimismo, se mantiene la regla de que la medida sólo puede acordarse tras la celebración de una audiencia en la que el Juez o Tribunal haya oído las alegaciones de las partes y haya tenido en cuenta, en su caso, las pruebas aportadas.

Esta comparecencia es precisa, además, según el Anteproyecto:

a) Para acordar la prisión o la libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora (art. 539).

b) Para acordar la prórroga de la prisión ya decretada (artículo 504.2).

c) En caso de incumplimiento por parte del inculpado de la medida de alejamiento acordada por el Juez o Tribunal. En este caso, el Juez convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 de esta Ley para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503 o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal, para lo cual se tendrán en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar" (art. 544 bis).

6. Disposición Transitoria. Retroacción de los efectos de la Ley proyectada

La Disposición Transitoria establece que las decisiones que sobre la situación personal del imputado se adopten con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por ella, aún tratándose de procesos incoados con anterioridad a su vigencia.

A los efectos de esta Disposición debe tenerse en cuenta:

1) La doctrina constitucional ha reconocido los distintos conceptos de **retroactividad auténtica y retroactividad impropia**. Ha declarado, por ejemplo, la STC 126/1987, que a estos efectos **resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas**. O como dice la STC 227/1988, una norma es retroactiva, a los efectos del artículo 9.3 CE, cuando incide sobre "relaciones consagradas" y afecta a situaciones agotadas.

2) **El ámbito propio del artículo 25 CE se relaciona con el principio de legalidad de los delitos y las penas**. A los efectos de aplicación de este precepto debe tenerse en cuenta la fecha de realización del delito, pues es en

ese momento cuando el culpable ha debido poder prever las consecuencias de su acción. **Y desde este punto de vista, son irretroactivas las normas que describen delitos o determinan la magnitud penal con que debe ser sancionado el hecho, esto es, se refiere al Derecho penal material.**

3) La aplicación de la nueva normativa a decisiones futuras no implica retroactividad en sentido propio. Desde este punto de vista no puede interpretarse la Disposición Transitoria como una disposición que en sentido propio se pronuncia sobre la aplicación retroactiva de la ley. Pues cuando se trata de adoptar decisiones sobre prisión provisional, la situación jurídica no consiste en la comisión del hecho sino que se producirá cuando concurren los presupuestos de la medida cautelar.

4) La prohibición de retroactividad no rige, en cambio, en el Derecho procesal. El principio **«tempus regit actum»** conduce a que las nuevas regulaciones del Derecho procesal sean aplicables a procedimientos en curso. **No hay aplicación retroactiva de la ley nueva cuando la prisión se decreta ya una vez entrada en vigor la nueva ley procesal**, aunque el hecho delictivo se haya realizado con anterioridad.

En este sentido se ha pronunciado de forma expresa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 88/1988, de 9 de mayo, con cita de otras precedentes. Este Tribunal se ha pronunciado sobre la cuestión de la aplicación en el tiempo de la modificación de los límites máximos de la prisión preventiva que estableció la LO 10/1984, y ha entendido que la aplicación de los mismos, más restrictivos para la libertad, a **situaciones de prisión preventiva formalizadas antes de la entrada en vigor de esa Ley** puede lesionar el art. 17.1 CE. En el mismo sentido, como ha dicho la S 32/1987 de 10 marzo del Pleno de este Tribunal, y ha reiterado la S 34/1987 de 12 marzo, Sala 1ª, "se desconocerían las garantías constitucionales frente a limitaciones indebidas del derecho a la libertad personal al aplicarse una Ley posterior más restrictiva a un inculpado en situación de prisión preventiva acordada con arreglo a una Ley anterior más benigna, pues ello podría suponer la

prolongación de la situación excepcional de prisión más allá del límite máximo establecido en la Ley aplicable en el momento en que se acordó su privación de libertad, plazo máximo que representa para el afectado la garantía constitucional del derecho fundamental a la libertad, de acuerdo con lo dispuesto en el ap. 4º en relación con el ap. 1º, art. 17 CE".

Ahora bien, cuando la situación de prisión provisional aún no se ha formalizado no hay razón para no aplicar la nueva ley reguladora, y sobre este extremo es indiferente la fecha de comisión del delito. Por ello el mismo Tribunal en la sentencia citada 88/1988 ha declarado expresamente que "Por consiguiente, el órgano judicial, a falta de disposiciones transitorias al respecto, debe interpretar que **la Ley bajo cuya vigencia se dispuso y formalizó la situación de prisión provisional sigue siendo aplicable hasta la conclusión de esta situación y, por ende, que la reforma sólo se aplica a las situaciones que se crean tras la entrada en vigor de la nueva Ley (STC 117/1987).**".

De acuerdo con lo anterior, la Disposición transitoria es conforme a la doctrina constitucional que se deja expuesta en cuanto dispone que la nueva Ley se aplicará a las decisiones que sobre la situación personal del imputado se adopten con posterioridad a su entrada en vigor, aun tratándose de procesos incoados con anterioridad a su vigencia, pues **lo relevante a efectos de determinar la vigencia temporal de la ley, como se ha visto, es la fecha en que se formalice la situación de prisión provisional y no lo es, ni la fecha de comisión del delito, ni la fecha de incoación del proceso.**

De otro lado, las anteriores leyes de reforma del instituto de la prisión provisional (en particular, las Leyes Orgánicas 7/1983, de 23 de abril, y 10/1984, de 26 de diciembre) han tenido idéntica aplicación a situaciones de prisión provisional formalizadas tras su vigencia, las cuales han dispuesto su entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

5) De considerar irretroactiva la nueva Ley se produciría la anómala situación de coexistencia de dos regímenes distintos sobre la prisión provisional, aplicándose a los procesos incoados con anterioridad de la entrada en vigor de la Ley nueva una Ley cuya inconstitucionalidad ha sido cuestionada por el propio Tribunal Constitucional.

Es todo cuanto tiene que informar este Consejo General del Poder Judicial.

INDICE

I. ANTECEDENTES	1
II. ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA.....	2
III. ANÁLISIS DEL TEXTO PROYECTADO	5
1. Justificación de la reforma de la actual regulación de la prisión provisional.....	5
1.1. La STC 47/2000. Autocuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 LECrim vigente.....	6
1.2. La nueva orientación del proceso penal hacia la protección de la víctima.....	7
2. Sobre los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional y su recepción en el Anteproyecto informado	9
2.1. Peligro de fuga (art. 503.1.3º, apartado a)).	10
2.2. Obstrucción de la instrucción penal (artículo 503.1. 3º , apartado b))	11
2.3. Riesgo de reiteración delictiva (artículo 503.2)	12
3. Presupuestos generales de la medida cautelar . Ponderación de intereses por el Juez o Tribunal.....	14
4. Presupuestos específicos de la prisión provisional. En particular el límite penológico para su adopción	17
4.1 Indicios racionales de criminalidad (artículo 503.1.2º).....	18
4.2. Límite penológico (artículo 503.1.1º)	18
4.3. Duración de la prisión (artículo 504 LECrim).....	22
5. Prisión atenuada y prisión incomunicada	25
6. Audiencia previa a la prisión	27
6. Disposición Transitoria. Retroacción de los efectos de la Ley proyectada.....	28

Y para que conste, extendiendo y firmo la presente en Madrid, a doce de febrero de dos mil tres.