

EL FISCAL ANTE EL SERVICIO DE GUARDIA.

MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES: DETENCIÓN, PRISIÓN PROVISIONAL Y HABEAS CORPUS

Pedro Díaz Torrejón
Fiscal

RESUMEN: *En este trabajo no se ha pretendido alcanzar un análisis exhaustivo y doctrinal de estas tres instituciones sino que el objetivo es analizar los principales problemas prácticos de las mismas de cara a la actuación del Fiscal en el servicio de guardia, aportando soluciones concretas apoyadas todas ellas en la legislación vigente, en la jurisprudencia del TS, TC y TEDH, así como en la doctrina de la Fiscalía General del Estado, sin perjuicio de incluir alguna referencia al borrador del Código Procesal Penal, germen de lo que podrá ser en el futuro la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal¹.*

Sumario: **1. DETENCIÓN.** A) COMPETENCIA B) FORMA DE PRACTICAR LA DETENCIÓN. C) CAUSAS O MOTIVOS PARA PRACTICARLA. D) PRÁCTICA DE DILIGENCIAS. E) PLAZOS. **2. HABEAS CORPUS.** A) COMPETENCIA. B) REQUISITOS. C) LEGITIMACIÓN. D) TRAMITACIÓN. E) RÉGIMEN DE RECURSOS. F) CONSECUENCIAS. **3. PRISIÓN PROVISIONAL.** A) REQUISITOS Y CRITERIOS PARA SU ADOPCIÓN. B) PLAZOS. C) PROCEDIMIENTO Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS EXIGENCIAS FORMALES.

1. DETENCIÓN.

A) COMPETENCIA

- ¿Cuál es el juez competente para recibir la entrega del detenido?

Conforme al artículo 496 de la LECrim será competente para recibir al detenido el Juez de Instrucción más próximo al lugar en que se hubiese practicado la detención, que además será normalmente el competente territorialmente para conocer de la causa en los supuestos de detención practicada autónomamente por la Policía, debido a que el delito se habrá cometido en su circunscripción territorial.

No obstante, también es posible la entrega del detenido al Juez de otro lugar cuando conste que se trata del competente y sea posible hacerlo dentro del plazo de las 72 horas, será además conveniente en aquellos supuestos en los que proceda la adopción de la medida de prisión provisional, como se deduce del artículo 505.6 de la LECrim, en virtud del cual debe ser el juez que conozca de la causa, o hubiere de conocer de la misma, el que debe resolver sobre la procedencia de dicha medida siempre que pueda ser puesto a su disposición sin exceder los plazos legales. En tales casos deberá cumplirse lo dispuesto en el artículo 498 de la LECrim, que exige

¹ A mi juicio resulta de particular interés la obra “*Medidas Cautelares en el proceso penal: 355 preguntas y respuestas*”, de los autores Julián Ángel González Sánchez, José Vicente Guillamón Senent y M^º. Mercedes Nieto López Arias, Editorial Sepín, cuyo sentido práctico y calidad jurídica han inspirado en parte este trabajo.

que si la policía entrega al detenido al juez no competente, éste debe reseñarlo y enviarlo al que sí es competente.

A pesar de esta regulación de la LECrim, en la práctica la decisión sobre la prisión suele ser adoptada por el Juez de guardia, con independencia de que el Juez competente pueda o no recibir al detenido dentro del plazo de detención. Esta situación aconseja que los Fiscales se opongan a que se adopte una decisión de tanta importancia como la prisión provisional sin que ni siquiera el detenido sea oído por el Juez competente, que será junto al Fiscal de este Juzgado, los que realmente tengan pleno conocimiento del asunto, especialmente si éste reviste especial complejidad. Lo contrario nos puede conducir al absurdo de que tras ser adoptada la medida de prisión en el Juzgado de guardia, pocos días después el imputado vuelve a comparecer ante el juzgado competente (del que puede que le separen unos pocos metros) para la ratificación de la medida, sin que los problemas de agenda puedan, en muchas ocasiones, justificar tal situación.

B) FORMA DE PRACTICAR LA DETENCIÓN

- ¿La detención requiere la efectiva entrega material del detenido?

Pese al tenor literal de la ley (el artículo 496 de la LECrim alude a la “entrega” del detenido), lo cierto es que el propio Tribunal Constitucional ha admitido situaciones en las que la entrega del detenido no puede ser inmediata, por ejemplo, cuando se encuentra hospitalizado² o en un barco en alta mar (así STC 21/1997, de 10 de Febrero). La última de estas posibilidades tendrá previsiblemente su apoyo legal en el artículo 165.4 del borrador del Código Procesal Penal de 2013, que habilitará para prorrogar el plazo de detención si el detenido se encuentra en un buque que por su situación impida la puesta a disposición judicial dentro del plazo legal máximo.

- ¿Es constitucional la práctica institucionalizada de una sola conducción al día de detenidos?

Se ha cuestionado³ el hecho de que la realización en algunas grandes capitales de una sola conducción al día de detenidos pudiese provocar posibles vulneraciones del derecho a la libertad. Así el TC ha señalado que la fijación de una única conducción policial “no puede justificar en principio un alargamiento tan desproporcionado del período de detención” (STC 224/2002). De cualquier manera, el resultado es que se ha declarado la ilegitimidad de la detención en asuntos en los que, por ejemplo, las averiguaciones sobre una persona constaban como terminadas en sede policial en torno a las 20.30 horas de un día y no se condujo ante el juez hasta la mañana siguiente (STC 23/2004).

² En relación a esta posibilidad destaca la STC 82/2003, la cual versa sobre un sujeto que en el momento de ir a ser detenido por un delito contra la Salud Pública emprendió la huida y cayó por una pasarela de 10 metros, teniendo que ser ingresado y detenido hospitalariamente, situación que se prolongó del 18-12-2001 al 3-1-2002. El TC declara vulnerado el derecho a la libertad porque el Juzgado de Instrucción no se presentó en el hospital hasta el 3-1-2002, con lo que transcurrió sobradamente el plazo de 72 horas.

³ Así, por ejemplo, ha sido la Sociedad Andaluza de Juristas para la Defensa de los Derechos Humanos individuales y colectivos, Grupo 17 de Marzo, la que en relación al Habeas Corpus y la situación de los detenidos en Sevilla Capital, ha publicado diversos artículos donde se analiza si es o no constitucional la práctica institucionalizada de una sola conducción al día de detenidos.

Este criterio ha sido acogido, más recientemente, por la STC 88/2011 de 6 de Junio, que ha señalado: “En la demanda de amparo se afirma, como hemos visto, que la detenida tuvo conocimiento, después de su declaración policial, de que no iba a pasar a disposición judicial “porque las conducciones de detenidos al Juzgado de Guardia sólo se hacían una vez a primera hora de la mañana”. Sobre este particular, este Tribunal Constitucional ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en resoluciones anteriores. Así, en la STC 224/2002, de 25 de noviembre, en un supuesto en que se había demorado la puesta a disposición judicial del recurrente (ante un Juzgado de detenidos de Barcelona), precisamente porque sólo estaba prevista “una única conducción a las 8 horas”, afirmamos que tal circunstancia “no puede justificar en principio un alargamiento tan desproporcionado del período de detención, una vez declarada la conclusión de las investigaciones policiales, máxime cuando, como acontece en este caso (también en la presente demanda), se había presentado ante el Juzgado de guardia una solicitud de habeas corpus que permitió conocer, una vez remitidas, la conclusión de las diligencias policiales”⁴.

En conclusión, una vez finalizadas las averiguaciones y actuaciones policiales el detenido debe ser conducido ante el juez, fundamentalmente en grandes capitales con servicio de guardia de 24 horas. La conducción de detenidos no es más que una actividad administrativa sometida en este caso a un derecho fundamental que no podrá decaer ante las necesidades de funcionamiento interno de la policía.

⁴ En el mismo sentido merece reseñarse la STC 165/2007, de 2 de julio EDJ 2007/100173 , donde a la detenida también se le había informado en el curso de su declaración policial a lo largo de la mañana (en una comisaría de Sevilla) que no sería puesta a disposición judicial hasta el día siguiente, porque “sólo se realiza una conducción de detenidos al día, a las nueve de la mañana”. En este caso, el TC entendió que no se apreciaba, en modo alguno, justificado el criterio adoptado por el instructor del atestado policial, que al parecer se había basado para su decisión en un protocolo existente de colaboración entre los Juzgados y Fuerzas y Cuerpos de seguridad sobre esta materia, precisamente porque dicho protocolo preveía en sus disposiciones otra conclusión alternativa, en particular “que no quedaba excluida la presentación de un detenido ante el Juez de guardia en hora distinta a la antes señalada”, pudiendo así “el Juzgado de Instrucción de guardia recibir detenidos durante las 24 horas cuando las circunstancias así lo aconsejen” (FJ 3). Esta conclusión parece más adecuada y acorde con las exigencias constitucionales del derecho a la libertad personal, en la forma expuesta por nuestra jurisprudencia, no siendo incompatible la existencia de estos protocolos de colaboración, que pretenden ordenar el traslado de detenidos (fundamentalmente en grandes urbes, donde este tránsito es elevado), con la exigencia constitucional de no prolongar indebidamente el tiempo de detención de un ciudadano, pues ambas previsiones pueden coexistir razonablemente, ponderándose en cada caso las circunstancias particulares concurrentes.

C) CAUSAS O MOTIVOS PARA PRACTICARLA

- ¿Se puede practicar una medida de privación de libertad de una persona para identificarla conforme al art 20.2 Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana por la comisión de una infracción administrativa?

Indudablemente sí. El artículo 20 de la citada ley proclama:

“1. Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos y por el tiempo imprescindible”.

Por lo tanto son dos los motivos que habilitan para la adopción de una medida de privación de libertad: la comisión de una infracción penal o de una infracción administrativa siempre que el autor no pudiera ser identificado, supuesto éste avalado por la STC 341/1993, de 18 de Noviembre.

- ¿Se encuentra legalmente detenida la persona que se somete a un control de alcoholemia?

El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias (entre otras, SSTC 103/1985, de 4 de Octubre, 107/1985, de 7 de Octubre, y 341/1993, de 18 de Noviembre) ha señalado que en estos casos estamos ante una privación de libertad momentánea que no constituye detención, por lo que, en consecuencia, ha afirmado que la asistencia letrada durante la realización de la prueba no es *condictio sine qua non* para la validez de la misma (STC 252/1994, de 19 de Septiembre).

- ¿Cabe practicar una medida de privación de libertad sólo para identificar a una persona? (STC 342/1993) ¿es aplicable el plazo de 72 horas?

La duda respecto a la identificación de la persona imputada surge en torno a si al producirse la negativa del sujeto a identificarse, el posterior traslado coactivo del mismo conforme al artículo 20 de la LOPSC, constituye o no un supuesto de detención, y en caso afirmativo, cuál es su encaje constitucional. La cuestión fue abordada por la STC 341/1993, de 18 de Noviembre, en la que el Alto Tribunal declaró que esta situación va más allá de una mera inmovilización de la persona y por ello debe ser considerada como un modalidad de privación de libertad, no siendo

el citado artículo 20 contrario a la Constitución pues el derecho fundamental a la libertad individual no es un derecho absoluto y puede sufrir restricciones siempre que éstas tengan su origen en asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley.

Evidentemente, dado que la única finalidad de esta privación de libertad es la mera identificación personal, ésta no puede justificar la aplicación del plazo de 72 horas, debiendo reducirse al tiempo mínimo imprescindible para el objeto que la motivó, en este sentido el borrador del Código Procesal Penal de 2013 recoge por primera vez un límite temporal concreto a esta detención: 6 horas⁵.

- ¿Se puede detener a una persona a la que se imputa una falta? ¿en que consiste el término "fianza" al que elude el artículo 495 de la LECrm?

Como bien es conocido la regla general es la tesis negativa fundada en el carácter leve de la infracción y de la pena que acarrea. No obstante, sí que cabe como excepción cuando el reo no tuviese domicilio conocido o, sin tenerlo, no preste fianza bastante.

Este término no debe interpretarse en sentido literal sino que más bien hace referencia a que el presunto autor de la falta de razón suficiente de su identidad y referencias para poder ser hallado, y su caso citado al acto del juicio oral.

- ¿Cabe la detención en los supuestos de las faltas de los artículos 617,623.1 cuando sea flagrante, o 620 cuando el ofendido entre dentro del círculo de parientes del artículo 173.2 CP?

En esto supuestos la LECrim tras la redacción dada por la ley 38/2002, de 24 de octubre, otorgó a los agentes de la Policía Judicial facultades para proceder a citar a todas las partes, asegurando así la citación al Juicio Oral y evitando la impunidad de la infracción, justificación última de la detención, por lo que cabe concluir que no se admite la detención en estos supuestos.

D) PRÁCTICA DE DILIGENCIAS

- ¿Es preceptiva la asistencia letrada al detenido en la extracción de ADN?⁶

Este interrogante no es cuestión pacífica, existiendo argumentos a favor y en contra acerca de la necesidad o no de la presencia del letrado en la toma de muestras:

⁵ Concretamente, el artículo 164.3 del borrador del Código Procesal Penal de 2013 señala en el artículo 164.3: "La detención para identificación de una persona no se podrá superar el plazo máximo de seis horas".

⁶ Si bien en relación a la Jurisdicción de menores, pero perfectamente aplicable a toda persona detenida, Francisco M. García Ingelmo, Fiscal adscrito a la Fiscal de Sala Coordinadora de Menores, trata con rigor el tema en su ponencia: "Algunas cuestiones sobre la detención de menores y medidas cautelares, tras once años de vigencia de la LORPM", publicado en la web del CEJ en 2012.

A favor:

La Sala 2ª del Tribunal Supremo ha dictado últimamente alguna sentencia en la que, si bien como *obiter dicta*, sostiene la tesis favorable a la necesidad de la asistencia de abogado:

La STS 827/11 de 25 de octubre (Pte. Marchena Gómez) aún confirmando la Sentencia recurrida, a partir de otros elementos probatorios, consigna en su fundamento cuarto:

“Resulta evidente, pues, la importancia de que la toma de muestras de saliva u otros fluidos para obtener el perfil genético de cualquier imputado o procesado, se realice con respeto a las garantías impuestas por la intensa injerencia que un acto de esa naturaleza conlleva.

Y su inmediata consecuencia, esto es, la incorporación al registro creado por la LO 10/2007, 8 de octubre, no es cuestión menor. Sobre esta materia ya nos hemos pronunciado en la STS 685/2010, 7 de julio. Decíamos entonces que “...resultará indispensable distinguir varios supuestos claramente diferenciados:

a) En primer lugar, cuando se trate de la recogida de huellas, vestigios o restos biológicos abandonados en el lugar del delito, la Policía Judicial, por propia iniciativa, podrá recoger tales signos, describiéndolos y adoptando las prevenciones necesarias para su conservación y puesta a disposición judicial. A la misma conclusión habrá de llegarse respecto de las muestras que pudiendo pertenecer a la víctima se hallaren localizadas en objetos personales del acusado.

b) Cuando, por el contrario, se trate de muestras y fluidos cuya obtención requiera un acto de intervención corporal y, por tanto, la colaboración del imputado, el consentimiento de éste actuará como verdadera fuente de legitimación de la injerencia estatal que representa la toma de tales muestras.

En estos casos, si el imputado se hallare detenido, ese consentimiento precisará la asistencia letrada. Esta garantía no será exigible, aun detenido, cuando la toma de muestras se obtenga, no a partir de un acto de intervención que reclame el consentimiento del afectado, sino valiéndose de restos o excrecencias abandonadas por el propio imputado.

c) en aquellas ocasiones en que la policía no cuente con la colaboración del acusado o éste niegue su consentimiento para la práctica de los actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten precisos para la obtención de las muestras, será indispensable la autorización judicial. Esta resolución habilitante no podrá legitimar la práctica de actos violentos o de compulsión personal, sometida a una reserva legal explícita -hoy por hoy, inexistente- que legitime la intervención, sin que pueda entenderse que la cláusula abierta prevista en el art. 549.1.c) de la LOPJ, colma la exigencia constitucional impuesta para el sacrificio de los derechos afectados.

En suma, conviene insistir en la exigencia de asistencia letrada para la obtención de las muestras de saliva u otros fluidos del imputado detenido, cuando éstos sean necesarios para la definición de su perfil genético. Ello no es sino consecuencia del significado constitucional de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías (arts. 17.3 y 24. 2 CE). Así se desprende, además, de lo previsto en el art. 767 de la LECrim”.

En contra:

El tema fue objeto de tratamiento por parte de la FGE, concretamente la Unidad Coordinadora de Menores, emitió informe de fecha 20 de septiembre de 2010 dirigido a la Comisión Nacional para el uso forense del ADN y la investigación de ADN, en el marco del proceso penal de menores.

La FGE entiende que no es legalmente exigible para tomar muestras del detenido menor a efectos de reseña, como tampoco lo es para la toma de las huellas dactilares. Ninguna disposición legal prevé la asistencia jurídica para la toma de muestras de ADN por parte de la policía.

En este sentido es ilustrativo que, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, hayan declarado reiteradamente que la asistencia letrada únicamente es preceptiva “en aquellos casos en los que la ley procesal así lo requiera, no como exigencia genérica para todos los actos de instrucción en que el imputado o procesado tenga que estar presente”(SSTC nº 32/2003 y 475/2004 y SSTS nº 314/2002, 697/2003, 429/2004, 922/2005 y 863/2008)⁷.

Como otros ejemplos análogos de diligencias policiales en que tampoco se exige la presencia de abogado para su práctica se puede aludir a la prueba de alcoholemia (STS nº 590/2000, de 8 abril).

Conclusión:

Entendemos, en línea con los argumentos expuestos por el Fiscal del TS Manuel-Jesús Dolz Lago en su artículo “ADN y derechos fundamentales” (LA LEY nº 7774 de 12 de Enero de 2012), que los pronunciamientos del TS hasta la fecha han sido como obiter dicta y carecen de valor jurisprudencial al no afectar a la ratio decidendi del recurso, no siendo preceptiva la asistencia letrada, al no exigirse legalmente ni constituir una diligencia netamente inculpativa, pues podría frustrar las posibilidades de acreditar la inocencia del imputado⁸.

⁷ Además, en el caso del TS, debemos tener en cuenta los Acuerdos de Pleno de 13 de Julio de 2005 sobre extracción de muestras de ADN, y el de 31 de Enero de 2006 sobre toma de muestras de los sospechosos. En el primero de ellos la cuestión que se planteó fue la siguiente: “¿es suficiente la autorización judicial para extraer muestras para un análisis de ADN a una persona detenida a la que no se informa de su derecho a no inculparse y que carece de asistencia letrada?, concluyéndose que no es necesaria la información de derechos ni la asistencia letrada al detenido para la extracción de la muestra de ADN acordada por la autoridad judicial en una instrucción penal.

Por su parte en el acuerdo de 31 de Enero de 2006 se analiza la toma de muestras de los sospechosos, alcanzándose como conclusión que la policía judicial puede recoger restos genéticos o muestras biológicas abandonadas por el sospechoso sin necesidad de autorización judicial.

⁸ Afirma el autor: “1.ª) La toma de muestras de ADN mediante frotis bucal (saliva) no afecta a ningún derecho fundamental cuando se hace a efectos meramente identificativos (cfr. STS 2.ª núm. 803/2003; también vide SSTS 2.ª 949/2006; 1311/2005 y 179/2006), salvo levemente al derecho a la intimidad, el cual según conocida jurisprudencia puede verse limitado en aras a la investigación penal incluso sin autorización judicial (v.gr. cacheos policiales).

Por tanto, no resulta aplicable la jurisprudencia que extendió la asistencia letrada a la prestación del consentimiento del detenido para la entrada y registro porque aquella contemplaba la injerencia clara en un derecho fundamental como es la inviolabilidad de domicilio (cfr. art. 18.2 CE). La LO 10/2007 tanto en su exposición de motivos, que compara la huella genética con la huella dactilar, como en su articulado, expresa que para preservar el derecho a la intimidad sólo se permite la inscripción en la base de datos de ADN no codificante a los solos efectos identificativos (cfr. art. 4), relevantes para la identidad y el sexo, sin que puedan revelarse otros datos genéticos (v.gr. enfermedades, antecedentes familiares, etc.).

El que la ley reguladora de la base de datos tenga carácter de Ley Orgánica en parte de su articulado (cfr. Disposición final segunda) sólo debe interpretarse bajo la óptica de la reserva de Ley Orgánica

No obstante, distintas Audiencias Provinciales desde la citada STS 827/2011 han venido anulando la toma de muestras y el resultado obtenido, por lo que en la práctica resulta indispensable actualmente la asistencia letrada en la toma de muestras al detenido.

El borrador del Código Procesal Penal de 2013 opta por una tesis garantista al señalar en el artículo 284.3: “Aquellas otras intervenciones corporales que tengan por objeto la toma de muestras destinadas a la práctica de análisis médicos o biológicos y que no exijan acceder a zonas íntimas, podrán ser realizadas si el sospechoso prestare su consentimiento. Si se hallare cautelarmente privado de libertad, el consentimiento habrá de prestarse con asistencia y previo asesoramiento de Letrado”. Distinto es el caso de que el encausado no estuviera detenido o privado de libertad en cuyo caso no será necesaria la asistencia letrada”. (288.4 párrafo 2º en relación con el artículo 284.3).

- ¿Es necesaria la presencia del letrado en la práctica de una rueda de reconocimiento? ¿y si no está detenido?

El artículo 17.3 de la CE garantiza la asistencia de letrado al detenido en las diligencias policiales y judiciales y el artículo 520.2 de la LECrim impone la presencia de abogado para la prueba de reconocimiento en rueda del detenido, pero si el imputado no está detenido la STS de 22 de mayo de 2001 ha admitido la validez de la prueba de reconocimiento en rueda sin la presencia de letrado. No obstante, el borrador del Código Procesal Penal de 2013 exige en el artículo 275 la

establecida en el art. 81 CE, por cuanto su regulación afecta al desarrollo del derecho a la intimidad (25), si bien lo hace estableciendo las cautelas para su salvaguarda. Precisamente por ello, si se aplica en los términos que está regulada (v.gr. disp. adic. 3.ª, para la toma de muestras) no existe vulneración alguna de ese derecho a la intimidad. La Exposición de Motivos de la LO 10/2007 afirma taxativamente que: «Esta regulación contiene una salvaguarda muy especial, que resulta fundamental para eliminar toda vulneración al derecho a la intimidad, puesto que sólo podrán ser inscritos aquellos perfiles de ADN que sean reveladores, exclusivamente, de la identidad del sujeto —la misma que ofrece una huella dactilar— y del sexo, pero, en ningún caso, los de naturaleza codificante que permitan revelar cualquier otro dato o característica genética».

2.ª) La asistencia letrada al detenido se limita legalmente a los interrogatorios y reconocimientos de identidad, entendiéndose estos últimos como reconocimientos en rueda y no como las identificaciones policiales derivadas por ejemplo de la huella dactilar. Extender esta asistencia letrada a la reseña dactilar o fotográfica es tan improcedente como a la reseña genética. La toma de muestras de ADN no es un interrogatorio ni reconocimiento de identidad (por analogía, ver jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre pruebas de alcoholemia, desde S 4 de octubre de 1985, núm. 103/1985 —Arozamena—) (26). La toma de muestras de ADN sólo constituye un elemento objetivo para la práctica de una prueba pericial, resultando ser una diligencia de investigación en cuya práctica no está prevista la asistencia letrada, sino sólo el consentimiento informado del afectado y en caso de negativa la autorización judicial.

3.ª) El resultado de la pericial es inequívocamente favorable si se descarta la coincidencia del perfil genético del detenido (indubitado) con el dubitado (v.gr. SSTS 2.ª 789/1997, 158/2010 y 792/2009) y altamente desfavorable si se aprecia su coincidencia en unos índices muy altos [expresado desde la primera sentencia del TS sobre el ADN, que fue la STS 2.ª núm. 1701/1992, de 13 de julio (Ruiz Vadillo)].

En consecuencia, no se puede afirmar que sea una diligencia netamente incriminatoria, extremo sobre el que hay unánime acuerdo jurisprudencial [cfr. STS 2.ª núm. 151/2010, de 22 de febrero (Marchena)]. De ahí que si es ambivalente y puede también favorecer al detenido no debieran extremarse las garantías derivadas de la asistencia letrada, la cual podría incluso aconsejar la no prestación del consentimiento en contra del propio detenido y de las expectativas de ser descartado en la investigación penal”.

asistencia del abogado del encausado, sin distinción acerca de si se encuentra o no detenido.

- ¿Tiene el detenido derecho a entrevistarse con el letrado antes y después de su declaración en sede policial? ¿y si es menor?

A diferencia de lo que ocurre en el régimen general de adultos donde el artículo 520.6 c) de la LECrim sólo faculta al letrado para entrevistarse con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido, en la Jurisdicción de Menores tras la modificación introducida en la LORPM por LO 8/2006, el art. 17.2, señala: *“el menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración”*. En esta línea, el artículo 168.2 del borrador del Código Procesal Penal de 2013 afirma que el abogado se entrevistará reservadamente con el detenido para prestarle asesoramiento con anterioridad y al finalizar la diligencia para la que hubiese sido requerido, siendo aún más explícito el artículo 7.3 cuyo párrafo segundo afirma: *“el encausado tiene derecho a entrevistarse con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la prestada ante la policía y a la presencia de su abogado durante la declaración”*.

- ¿Cabe la renuncia a la asistencia letrada por parte del detenido en algún supuesto? ¿y si es menor?

El Artículo 520.5 de la LECrim permite la renuncia a la asistencia letrada en delitos contra la Seguridad Vial, por lo que no puede hacerse extensiva esta posibilidad al Enjuiciamiento de Menores, como así ha puesto de manifiesto la Circular 9/2011 de la FGE⁹.

⁹ Precisa la citada Circular: “Y en este contexto se han planteado dudas, en ocasiones, sobre si cabría la posibilidad de renuncia del menor a la asistencia letrada en dependencias policiales, por aplicación de lo dispuesto en el art. 520.5 LECrim, que prevé que “el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico”.

La respuesta a tal planteamiento debe ser negativa. No cabe tal renuncia puesto que no cabe tampoco en este punto la aplicación supletoria de la LECrim.

Ello es así porque la supletoriedad de la LECrim, a la que remite la DF 1ª de la LORPM, queda exceptuada cuando se trata de materias que tienen una regulación suficiente en la legislación de menores y cuando las previsiones concretas de la LECrim sean incompatibles con los principios informadores de la Justicia Juvenil.

En el presente caso concurrirían uno y otro presupuesto para rechazar la aplicación supletoria de la previsión específica contenida en el art. 520.5 de la LECrim a los menores detenidos.

La detención de los menores se regula en el art. 17 de la LORPM. La taxatividad de los términos del nº 2 de dicho artículo, estableciendo que toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado, no deja margen a la excepción ni a la integración supletoria del precepto. En idénticas palabras se expresa el art. 3.2 del Reglamento de la LORPM (RD 1774/2004, de 30 de julio).

Semejante planteamiento es congruente con los principios mismos sobre los que se articula la LORPM, que ha optado por unos mecanismos reforzados en cuanto a la asistencia letrada del menor, que van más allá de los previstos para adultos en la LECrim, tal y como se expresó por la Fiscalía General del Estado en las Consultas 2/2005 sobre derecho a la entrevista reservada con letrado y 4/2005 sobre determinadas cuestiones en torno a la asistencia letrada en el proceso penal de menores”.

En la Jurisdicción de mayores junto al supuesto contemplado en el artículo 520.5 de la LECrim se admite otro supuesto de renuncia al letrado designado consistente en que éste no comparezca en el plazo máximo de 8 horas, si el detenido renuncia de forma expresa a la asistencia letrada. El fundamento o justificación radica en no prolongar en demasía la situación de privación de libertad que sufre el detenido. A futuro y como nota de interés, conviene señalar que no se recoge en el borrador del Código Procesal Penal de 2013 la posibilidad de renunciar al letrado en delitos contra la Seguridad Vial, donde, en consecuencia, siempre será preceptiva la asistencia letrada.

- ¿Puede el letrado que asiste al detenido exigir en sede policial el examen del atestado o las actuaciones practicadas? ¿a partir de que momento tiene derecho a ese examen¹⁰?

No existe en nuestro ordenamiento jurídico¹¹ norma que expresamente autorice al letrado a examinar el atestado, es más, podemos proclamar que sólo existe ese derecho desde el momento de la imputación judicial del hecho punible. En apoyo de la tesis desfavorable al acceso del abogado al atestado se suelen señalar diversos argumentos tales como la posibilidad de que el conocimiento del atestado incida negativamente en la investigación. Así, por ejemplo, puede que el juez a la vista del atestado acuerde el secreto de las diligencias, lo que resultaría inútil si el letrado de la defensa hubiese tenido conocimiento en sede policial de todo lo que en ella se hubiere practicado¹².

- ¿El letrado del detenido puede formular preguntas en el interrogatorio policial?

¹⁰ Cuestión que fue objeto de estudio en Encuesta Jurídica Sepín, Febrero 2006.

¹¹ No obstante, donde sí encontramos algún pronunciamiento es en la doctrina del TEDH, así la Sentencia de 18 de Marzo de 1997 en el “Caso Foucher” consideró que el acceso al expediente y la obtención de copia del mismo es importante en orden a la posibilidad de cuestionar o contradecir los cargos, y que su negación supone una vulneración del “derecho a preparar una defensa adecuada” y del “derecho a la igualdad de armas”. Además la STEDH de 12 de Marzo de 2003 “Caso Ocalan” declaró que forma parte del “derecho a preparar adecuadamente la defensa” el derecho del abogado a acceder al expediente (y a obtener copia) así como proporcionar su asesoramiento técnico al expedientado sobre la base de ese previo conocimiento del expediente.

¹² Por su parte, la FGE se ha preocupado de promover el acceso de los letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones ante el Juzgado de Guardia, así la Instrucción 8/2004 exhortaba a los fiscales para que se constituyeran en valedores del derecho de defensa que asiste al imputado promoviendo el libre acceso del letrado a las diligencias practicadas y postulando específicamente la entrega al letrado defensor de una copia del atestado una vez hayan sido incoadas por el Juez de Instrucción diligencias urgentes conforme al artículo 797.1.

No, tan sólo podría interesar que se amplíe o se aclare la diligencia de declaración en lo extremos que considere convenientes para su defensa. No obstante, el Borrador del Código Procesal Penal de 2013 en el artículo 167. 1 4º precisa que el detenido tendrá derecho a “designar abogado y solicitar su presencia para que le asista en la preparación y desarrollo de sus interrogatorios”.

- ¿Puede entrevistarse reservadamente el letrado asesor con el detenido si éste se niega a declarar?

Sí, así se desprende tanto de las Consultas 4/1985, de 20 de Mayo, sobre derecho de asistencia letrada al detenido y la 2/2003, de 18 de Diciembre sobre determinados aspectos de la asistencia letrada al detenido¹³.

- En ocasiones durante el servicio de guardia la persona detenida se encuentra en libertad condicional, en tercer grado de tratamiento penitenciario o disfrutando de un permiso de salida. ¿Cuál debe ser la actuación del Fiscal en tales casos?

A veces en el propio atestado policial existe una diligencia de constancia en la que se indica que el detenido esta en libertad condicional, que puede incluir el número de expediente del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y la fecha del auto por el que se concedió. Recordemos que el artículo 93 del Código Penal señala que: *“El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional”*.

El Fiscal, en función del desenlace que tengan las primeras actuaciones judiciales, podrá encontrarse con dos escenarios. En primer lugar y debido a la gravedad de los hechos, puede ocurrir que se hubiese adoptado la medida consistente en la prisión provisional, en cuyo caso el Fiscal cuidará de que se remita al JVP el auto por el que se acuerda la preventiva.

No obstante, la revocación del beneficio sobre la sola base de la adopción de esta grave medida cautelar personal no es una cuestión pacífica. Se dice que aunque el CP emplea el verbo “delinquir”, para privarle del beneficio será preciso que exista una sentencia firme de fondo en la que se condene al liberado por un delito (no por una falta), porque así lo exige el derecho a la presunción de inocencia.

Sin embargo, uno de los requisitos establecidos en el artículo 90 del CP para acceder a la libertad condicional es el de la existencia de un “pronóstico favorable de reinserción social”, y se trata de un requisito que no solo deberá concurrir al tiempo de decidir sobre el otorgamiento, sino también constante el disfrute del beneficio.

Ocurre lo mismo con el requisito de tener cumplidas las 3/4 o 2/3 partes de la condena, de forma que si el liberado, constante el beneficio, fuera condenado por un

¹³ En este sentido se pronuncia Adolfo Carretero Sánchez, en el artículo doctrinal “El verdadero sentido de la detención penal”, publicado en la revista La LEY, en Diciembre de 2007.

delito cometido con anterioridad a su ingreso en prisión a una pena que, refundida con las ya existentes, alejara la inicial fecha de las 3/4 o 2/3 partes, habría que proceder a dejar en suspenso la gracia hasta que, como mínimo, el interno vuelva alcanzar este estadio de cumplimiento de su condena.

De este modo, si respecto a un liberado que incurre en un delito se acuerda la prisión preventiva, es incuestionable su involución conductual y que las expectativas sobre su comportamiento futuro, que entonces eran positivas, se han visto enteramente frustradas, dejando así de cumplir con esta exigencia y, por ende, faltando al menos este requisito para mantenerse en un régimen de cuasilibertad.

La otra variante que puede resultar de las primeras diligencias en el Juzgado de guardia es la de la puesta en libertad del detenido. En este supuesto será necesario asegurar que al JVP se remita testimonio íntegro del procedimiento, para una valoración global del asunto y así poder revisar la posible concurrencia de causas rescisorias del beneficio que orbiten en torno a la "inobservancia de reglas de conducta". Puede darse por ejemplo la circunstancia de que en el auto de reconocimiento de la libertad condicional al detenido, por la vinculación con su trayectoria criminal, se le hubiera impuesto el deber de someterse a tratamiento rehabilitador respecto de tóxicos, y que tras la lectura de derechos hubiera hecho uso del que se refiere al reconocimiento por un médico, y que en este examen se hubiera constatado un uso o abuso de tóxicos.

Otra de las condiciones que suelen imponerse al liberado es la necesidad de recabar autorización del JVP cuando pretenda desplazarse a otra provincia, y no son infrecuentes los casos en los que el liberado fue detenido, incluso a meros efectos identificativos, en una provincia distinta sin contar con la previa anuencia del juzgado que vela por la ejecución material de la pena de prisión.

También puede ser que tengamos conocimiento por la policía u otro medio de que el detenido se encuentra en tercer grado o en un permiso de salida. Para el primer caso recordemos que el artículo 108.3 del Reglamento Penitenciario afirma que: *"En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional a régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso"*.

A diferencia del supuesto anterior, en el que la competencia para la revocación de la libertad condicional correspondía al JVP, aquí afecta al Director del Centro Penitenciario, por lo que el Fiscal con carácter previo a la decisión del Juzgado de Instrucción respecto de la puesta en libertad del detenido debe requerir al mismo para que comunique los hechos e informe de lo actuado a la Dirección del Centro Penitenciario, la cual podrá o bien comunicar al Juzgado de Instrucción la resolución por la que al penado se le suspende el tercer grado y se ordena su reingreso en prisión, o dar las preceptivas ordenes a los Cuerpos y Fuerzas de

Seguridad para que, una vez concluidas en el Juzgado las diligencias con el detenido, lo conduzcan a prisión.

El último de los supuestos es el de que la infracción penal se cometa mientras se disfruta de un permiso de salida. El artículo 157.2 del Reglamento Penitenciario dice: “*Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido...*”. De nuevo será la Dirección del Centro Penitenciario la competente para resolver en tales casos por lo que deberá ponerse en conocimiento de la misma la situación, lo que determinará la suspensión del permiso y el reingreso en prisión en la forma señalada anteriormente para el supuesto del tercer grado.

E) PLAZOS

- ¿Cuánto puede *durar la detención policial*? ¿y la *judicial*? ¿desde cuando se computa esta última? ¿cuándo debe practicarse la toma de *declaración del detenido* dentro de ese plazo de detención judicial?

Dada la existencia de varios preceptos legales que recogen tiempos distintos de duración de la detención (artículos 17.2 CE y 520.1.2º LECrim frente a 496 LECrim) han existido dudas acerca de cuál de estas dos opciones, que manejan distintos períodos de detención (72 horas frente a 24 horas), se encuentra vigente. Por su parte el Tribunal Constitucional considera que existen dos plazos para la detención, siendo uno de ellos relativo y otro absoluto.

El primero, evidente, comprende el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Más concreto resulta el segundo plazo, a saber, 72 horas computadas desde el momento de la detención, que no tiene porqué coincidir con su traslado a dependencias policiales.

Una vez que el detenido es puesto a disposición judicial el juez dispone de un plazo de 72 horas para proceder a acordar la prisión provisional o la libertad del detenido. Vemos que ambos plazos (72 + 72) coinciden en tiempo pero poco tienen en común, salvo que operan ambos como límite máximo sin que deba ser agotado si antes puede resolverse sobre la situación personal del detenido.

Lo que sí marca la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 386, es que en todo caso la declaración del detenido debe practicarse en las primeras 24 horas.

Distinto régimen legal rige en la actualidad en la Jurisdicción de Menores donde recordemos que el artículo 17.4 de la ley señala: “*La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de 24 horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal*”, a lo que el apartado quinto añade: “*Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las 48 horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a*

disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28”.

Por lo tanto los plazos de la Jurisdicción de Mayores en lo que se refiere a detención policial y judicial (72 + 72) son notablemente más extensos que cuando el detenido es menor de edad (24 + 24).

Por otra parte, es necesario dejar claro que tratándose de una detención acordada por la autoridad judicial el plazo no debe computarse desde la entrega material del detenido, ya que en este caso la policía no deja de ser un mero instrumento de ejecución de lo acordado judicialmente, como así ha señalado la STC 180/2011, de 21 de Noviembre¹⁴.

Un cambio radical será lo que en esta materia de plazos aportará el borrador del Código Procesal Penal de 2013, que, contempla un único plazo de 72 horas, al señalar en el artículo 164.2 párrafo segundo: *“En el plazo máximo de 24 horas la detención se comunicará al Ministerio Fiscal, el cual en el plazo máximo de 24 horas dictará decreto en el que acordará la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial, que en todo caso, si se dicta decreto de detención, habrá de producirse dentro del plazo máximo de 72 horas desde que se haya producido la detención policial”.*

¹⁴ Proclama el Tribunal Constitucional: “La pretensión de que el cómputo del plazo se inicie sólo con la entrega material del detenido a la propia autoridad judicial, implicaría la existencia de un periodo de situación de privación de libertad –la que transcurre entre la ejecución material de la detención judicial por parte de la policía y la efectiva entrega a la autoridad que ordenó la detención- en que a pesar de contarse con un presupuesto habilitante –la orden judicial de detención- sin embargo, no contaría ni con la limitación temporal propia de la detención gubernativa –que no lo es por no haberse decidido la detención por dicha autoridad- ni con la de la detención judicial, por pretenderse excluir de su cómputo. Esto supondría consagra por vía interpretativa un supuesto de privación de libertad de tiempo potencialmente ilimitado y, por ello, lesivo del art. 17.1 CE [EDL 1978/3879](#)”

Por tanto, desde la perspectiva del art. 17.1 CE, el plazo de setenta y dos horas a que, por remisión, se refiere el párrafo segundo del art. 497 LECrim [EDL 1882/1](#) en los supuestos de detención acordada por autoridad judicial, debe computarse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención. Esto determina que, en el presente caso, al haber tenido lugar la ejecución material de la detención sobre las nueve horas y cincuenta minutos del día 27 de junio de 2006 y, por tanto, finalizar el plazo máximo legal a las nueve horas y cincuenta minutos del día 30 de junio de 2006, la decisión judicial de prorrogar la detención hasta las nueve horas y treinta minutos del 1 de julio de 2006 vulneró el derecho del recurrente a su libertad personal (art. 17.1 CE [EDL 1978/3879](#)), para cuyo restablecimiento, habida cuenta de la cesación de los efectos provocados por dicha decisión, bastará con la anulación de las resoluciones impugnadas”.

Esta Sentencia fue invocada por la Sección Tercera de la Audiencia Nacional en el Auto nº: 205/2012 en el caso de la “mafia china” en el que la Sala acordó la nulidad del auto de prisión y ordenó la puesta en libertad de K.Y., por entender que la detención inicial fue acordada por el Juez en el marco de un procedimiento judicial y a instancias del Fiscal, lo que la convierte en detención judicial y se evidencia en el hecho de que la policía no practicó ninguna actuación más en relación a los detenidos, y sin perjuicio de que los mismos permaneciesen en dependencias policiales.

En la misma línea se mueve al referirse a la detención ordenada por el fiscal, regulada en el artículo 165, cuyo párrafo tercero afirma: “*En el plazo máximo de 48 horas el fiscal pondrá al detenido en libertad o a disposición judicial solicitando la prisión preventiva o la libertad condicionada a la prestación de fianza u otra condición*”.

Finalmente, para el caso de detención judicial el artículo 166.2 afirma: “*La policía judicial pondrá a disposición del Tribunal al detenido en la fecha y hora indicada, si constara en la orden de detención o en el plazo de 24 horas. La autoridad judicial decidirá la situación personal del detenido en el plazo máximo de 48 horas*”.

Por tanto se articula en el futuro texto legal una reducción de los plazos que a buen seguro dará problemas especialmente en asuntos de especial complejidad, incluso pudiendo dar lugar a la obligada puesta en libertad de los detenidos al no poder practicar todas las diligencias necesarias antes de adoptar cualquier decisión relevante sobre su situación personal.

- ¿Cuál es *el plazo de detención* si el detenido es mayor de edad pero los hechos se hubiesen cometido durante su minoría de edad?

Una vez más es la *Circular 9/11 sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores* la que con firmeza zanja el asunto, al señalar que la competencia seguirá correspondiendo a la Jurisdicción de Menores y el cauce procedimental será el previsto en la LORPM.

- ¿Cuánto puede durar la detención acordada por el Ministerio Fiscal?

La persona detenida a instancias del Ministerio Fiscal no debe ser sometida al mismo procedimiento que se aplicaría al detenido a instancias de la propia policía, pues en aquel caso no procede la realización de diligencia de investigación alguna¹⁵.

¹⁵ Por su parte la FGE en la Circular 1/1989, de 8 de Marzo, sobre el procedimiento abreviado señaló que el plazo de 72 horas para acordar la libertad del detenido o su puesta a disposición judicial es único, por lo que si ha existido previa detención policial, la duración de ésta deberá tenerse en cuenta junto con el período de detención acordada por orden del Fiscal para el cómputo del plazo.

2. HABEAS CORPUS.

A) COMPETENCIA

- ¿Cuál es el juez competente para resolver el Habeas Corpus? ¿es obligatorio para éste resolver la solicitud de Habeas Corpus o cabe la inadmisión *a limine*¹⁶?

Debe entenderse competente el Juez de Instrucción de guardia del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Es evidente que la competencia del Juez de guardia se deriva de la rápida tramitación del Habeas Corpus. (Artículo 2 de la LOHC en relación con el artículo 42 del Reglamento del CGPJ 1/2005, de 15 de Septiembre, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales).

El juez competente puede llegar a dictar dos resoluciones: la primera, obligatoria en todo caso, será la relativa a la decisión sobre si incoa o no el procedimiento, previo traslado al Ministerio Fiscal, y siempre de forma motivada, no sólo porque la ley exija la forma de auto, sino porque contra esta resolución no cabe recurso alguno, por lo que la persona privada de libertad, que lo es también de su derecho a recurrir aquella decisión, tiene al menos derecho a conocer cuál o cuáles han sido las razones que han conducido a la denegación del habeas corpus.

En este sentido son muchos ya los pronunciamientos del TC otorgando el amparo por la inadmisión a trámite de la solicitud de Habeas Corpus, la cual sólo podría producirse por defectos formales, no por cuestiones materiales o de fondo, pues esto vaciaría de contenido el Habeas Corpus como mecanismo de control de las detenciones irregulares o ilegales¹⁷.

¹⁶ Esta materia fue analizada con acierto en el artículo titulado “Habeas Corpus; análisis de la STC 95/2012 (detención ilegal y casos límite) publicado en el blog jurídico “En ocasiones veo reos”, Junio de 2012.

¹⁷ Así la STC 88/2011, de 6 de Junio afirmó: “Desde esta perspectiva, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus previsto en el art. 17.4 CE EDL 1978/3879 y en qué medida puede verse vulnerado este precepto por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite. Según esta doctrina, este procedimiento, aún siendo un proceso ágil y sencillo de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (entre otras, SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2006/42705 y 165/2007, de 2 de julio, FJ 4 EDJ 2007/100173). Por ello, hemos afirmado que la esencia de este proceso consiste precisamente en que “el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida”, es decir “haber el cuerpo de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas” (entre las últimas, STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3 EDJ 2008/9690).

Por ello, aún cuando la Ley Orgánica de habeas corpus EDL 1984/8553 permita realizar un juicio de admisibilidad previa sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplen los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC EDL 1984/8553 (SSTC172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3 EDJ 2008/253076 y 173/2008, de 22 de diciembre, FJ 3 EDJ 2008/253075 entre otras). De este modo, no es constitucionalmente legítimo

Por su parte en la STC 95/2012 de 7 de Mayo el TC analiza un supuesto que en ocasiones (quizás más de las que debería) se plantea en el día a día de los Juzgados de nuestro país: detención por un delito contra el patrimonio practicada la tarde de un sábado de agosto de 2010, una vez que se concluyen las actuaciones a nivel policial, se solicita el Habeas Corpus al haber informado el cuerpo policial a los detenidos que pasarán a disposición judicial el lunes quedando detenidos tanto la noche del sábado como la del domingo. El juez de guardia acaba recibiendo la solicitud de habeas corpus el domingo por la mañana y sin escuchar al solicitante notifica un auto inadmitiendo el habeas corpus. Finalmente los detenidos pasan a disposición judicial el lunes. El TC otorga el amparo pues la solicitud inicial tuvo que ser admitida a trámite, para después de oír al solicitante resolver sobre el fondo¹⁸.

Distinta será la regulación a futuro si finalmente resulta aprobado el borrador del Código Procesal Penal de 2013, el cual en su artículo 172.2, admite la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto denegatorio.

B) REQUISITOS

fundamentar la inadmisión de este procedimiento en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el habeas corpus es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación (SSTC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2 b) EDJ 2008/9694 y 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2 b EDJ 2008/216508)”.

¹⁸ Afirma la STC 95/2012: “Desde esta perspectiva, este Tribunal ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de habeas corpus previsto en el art. 17.4 CE EDL 1978/3879 y en qué medida puede verse vulnerado este precepto por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite. Según esta doctrina (recogida últimamente en la citada STC 88/2011, de 6 de junio EDJ 2011/118794), este procedimiento, aun siendo un proceso ágil y sencillo de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad (entre otras, SSTC 93/2006, de 27 de marzo, FJ 3 EDJ 2006/42705 y 165/2007, de 2 de julio, FJ 4 EDJ 2007/100173). Por ello, hemos afirmado que la esencia de este proceso consiste precisamente en que "el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pida el control judicial, siempre que se encuentre efectivamente detenida", es decir "haber el cuerpo de quien se encuentre detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse oír, y ofrecer las alegaciones y pruebas" (STC 37/2008, de 25 de febrero, FJ 3 EDJ 2008/9690).

Por ello, aun cuando la Ley Orgánica de habeas corpus (LOHC) EDL 1984/8553 permita realizar un juicio de admisibilidad previa sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplen los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC EDL 1984/8553 (SSTC 172/2008, de 18 de diciembre, FJ 3 EDJ 2008/253076 y 173/2008, de 22 de diciembre, FJ 3, entre otras EDJ 2008/253075). De este modo, no es constitucionalmente legítimo fundamentar la inadmisión de este procedimiento en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, porque el contenido propio de la pretensión formulada en el habeas corpus es precisamente la de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación [SSTC 35/2008, de 25 de febrero, FJ 2 b) EDJ 2008/9694 y 147/2008, de 10 de noviembre, FJ 2 b) EDJ 2008/216508]”.

- ¿Es preceptiva la asistencia letrada en el habeas corpus?

No siendo preceptiva la asistencia letrada (art 4 LOHC) en la práctica se reclama la intervención del letrado pues, entre otras razones, conforme al artículo 118 de la LECrim toda persona privada de libertad tendrá letrado designado.

- ¿Es preceptiva la presencia del fiscal en la sede del juzgado?

Evidentemente no, pues la LOHC no lo exige así en ninguno de los dos momentos en los que recoge la intervención del Fiscal. En el primero, es decir, el relativo a la admisión o no a trámite del Habeas Corpus, la ley se refiere a que dicha decisión la tomará el Juez de forma inmediata, previo traslado al Fiscal. Además podemos afirmar que este traslado al Fiscal no equivale a “informe”, pues cuando la ley quiere que el fiscal sea oído lo recoge expresamente, lo que no ocurre en este caso.

También se incluye la intervención del Fiscal posteriormente, cuando el Juez debe decidir sobre el fondo, y en este caso el artículo 7 de la LOHC dice: “se oirá al Ministerio Fiscal”. Evidentemente aquí no estamos por tanto ante un mero traslado al Ministerio Fiscal que pueda despacharse con un simple “Visto”.

Se requerirá un informe que en la práctica puede despacharse a través de videoconferencia, por fax o incluso por Diligencia del Secretario haciendo constar que se ha puesto en contacto con el Fiscal y cuál ha sido su parecer.

C) LEGITIMACIÓN

- ¿Esta legitimado el letrado para solicitar el habeas corpus?

En la actualidad es admitida esta posibilidad tanto en la práctica, como por la doctrina y el propio TC, sin perjuicio de que de la lectura del artículo 3 de la LOHC, pudieran derivarse algunas dudas, ya que el mismo al citar a las personas que podrán instar el procedimiento no cita en ningún momento al letrado. Sin embargo, el TC se ha pronunciado en diversas resoluciones sobre esta cuestión (así ATC 55/1996, de 6 de Marzo y ST 22471998, de 24 de Noviembre), en las que afirmó que la legitimación del letrado deriva en que él no solicitó por él mismo la incoación del procedimiento, sino en su calidad de representante de los verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación de aquél queda fuera de toda duda¹⁹.

¹⁹ No obstante, la cuestión, aún resuelta, ha dejado algún pronunciamiento donde el TC, aunque en votos particulares, mantiene la tesis negativa, así el voto particular del magistrado Roberto García-Calvo y Montiel en las SSTC 260/2006, de 11 de Septiembre, 27372006, de 25 de Septiembre y 259/2006, de 11 de Septiembre afirmó: “la simple calidad de abogado de oficio que esgrime el demandante de amparo no le otorga legitimación activa para interponer el recurso que ahora nos ocupa. Aunque es cierto que el letrado tiene interés, incluso que puede defender intereses de su cliente, el abogado no es parte en el proceso judicial previo y su interés en instar el amparo por considerar que se ha vulnerado un derecho de su defendido, sin autorización expresa ni mandato tácito de su cliente, si bien merece un juicio deontológico favorable, no puede ser calificado como genérico, razones por las que ha de concluirse que no tiene legitimación activa para promover el amparo, todo lo cual debiera haber llevado, en mi opinión, a la desestimación de la demanda por este motivo”.

El borrador del Código Procesal Penal de 2013 zanja la cuestión al incluir en el artículo 171.1 dentro de todos aquellos que están legitimados para instar el procedimiento de habeas corpus también al abogado del detenido.

- ¿Puede el menor detenido por el fiscal solicitar habeas corpus?

La respuesta positiva se desprende del artículo 17.6 de la LORPM que regula el juez competente para conocer el Habeas Corpus, sin perjuicio del carácter de autoridad del que goza el Ministerio Fiscal y de la legitimación del mismo para instruir el procedimiento, pues se trata de una detención en la que no ha existido control judicial.

D) TRAMITACIÓN

- ¿Qué diligencias deben practicarse una vez admitida a trámite la solicitud de habeas corpus?

Según el artículo 7º de la ley debe darse audiencia:

- 1º. A la persona privada de libertad
 - 2º. En su caso, al abogado designado.
 - 3º. A quién hubiese ordenado o practicado la detención
 - 4º. A aquel bajo cuya custodia se encuentre el detenido.
 - 5º. Al Ministerio Fiscal (respecto de éste y a pesar de que la ley señala que debe formular sus alegaciones antes de la autoridad o persona que ha practicado la detención, es más lógico, y así se hace en la práctica, que lo haga al final del acto).
- Tras el trámite de alegaciones se practicarán las pruebas interesadas por las partes y que el juez considere pertinentes.

- Si el juez recibe la solicitud de habeas corpus fuera del horario de constitución del juzgado de guardia, ¿cómo debe proceder?

Todas las diligencias mencionadas y recogidas en el artículo 7º deben realizarse en un plazo de 24 horas, por lo que el juez de instrucción no tiene obligación legal alguna de acudir fuera del horario de constitución del Juzgado de guardia para tramitar la solicitud de hábeas corpus.

No estamos pues ante un procedimiento que obligue a la actuación fuera del horario legal. Ello no impide, como aconseja el sentido común, que si una vez recibida la solicitud de habeas corpus el juez observa o sospecha que es altamente probable que la misma sea estimada, la tramite fuera del horario de guardia.

E) RÉGIMEN DE RECURSOS

- ¿Contra el auto del juez de instrucción sobre la admisibilidad de la solicitud, qué recurso cabe?

El artículo 6 de la LOHC preceptúa que ante esta resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso de amparo ante el TC, que no tendrá virtualidad alguna pues será resuelto meses o años después de su interposición. Para subsanar este problema, el borrador del Código Procesal Penal de 2013 prevé en su artículo 172.3 la posibilidad de interponer recurso de apelación contra el auto denegatorio.

- ¿Cabe recurso contra el auto por el que se resuelve el procedimiento estimando o desestimando la solicitud? ¿tiene esta resolución fuerza de cosa juzgada respecto a lo resuelto?

Ante el silencio de la ley el TC ha mantenido (STC 61/1995, de Marzo) que no cabe recurso alguno, sin perjuicio, como en el caso de la admisión a trámite, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta resolución tiene fuerza de cosa juzgada respecto de lo decidido, es decir, en cuanto a la legalidad de esa detención en relación a las causas alegadas. La interposición de un nuevo procedimiento de Habeas Corpus por iguales causas podrá ser rechazado *a limine* por abuso de derecho (art. 11 LOPJ) o, en su caso, desestimado por tratarse de una cuestión ya resuelta. Cuestión distinta será el hecho de que se aleguen nuevas causas aparecidas posteriormente y no conocidas al tiempo de solicitar el Habeas Corpus²⁰.

El borrador del Código Procesal Penal de 2013 contempla en este punto la misma solución, no admitiendo recurso alguno contra la resolución de fondo.

F) CONSECUENCIAS

- ¿Es obligatoria la deducción de testimonio por detención ilegal en el caso de estimación del habeas corpus?

La LOHC obliga en su artículo 9 a deducir testimonio por los delitos cometidos, teniendo en cuenta además que en caso de incumplimiento de esta obligación legal el juez podría incurrir en un delito del artículo 408 del CP²¹.

3. PRISIÓN PROVISIONAL.

A) CRITERIOS Y REQUISITOS PARA SU ADOPCIÓN

²⁰ Esta posición fue mantenida por la Editorial Sepín al resolver la cuestión citada en Consulta de Julio de 2007.

²¹ Recordemos que la STS 342/2009, de 2 de Abril, señaló que el tipo previsto en el artículo 408 del Código Penal es un delito de omisión pura, en el que el sujeto activo debe tener conocimiento de la posible comisión de un delito, bastando al respecto unos razonables indicios. Se trata, por tanto, de un delito de quebrantamiento de un deber.

- ¿Cuáles son los criterios a tener en cuenta para la adopción de la prisión preventiva?

La solicitud de la prisión provisional por parte del Fiscal es sin duda una de las decisiones de mayor trascendencia y responsabilidad de todas las que debe adoptar el Ministerio Público, ya que la prisión provisional se encuentra, en palabras del TC (STC 41/1982, de Julio): “..entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano por otro”.

Por ello, en la toma de esta decisión las acusaciones deberán ponderar si concurren o no los requisitos enumerados en la ley, entre los que tras la reforma operada por LO13/2003, de 24 de Octubre ya no se encuentra expresamente recogida la conocida “alarma social”, debido a que ésta no responde al fin de la medida cautelar sin que tiene un fin propio como es la finalidad de prevención general, y exigiría por tanto un enjuiciamiento sobre si el hecho fuese típico, antijurídico, culpable y punible por parte del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento con todas las garantías de imparcialidad y de defensa.

Por tanto la adopción de la prisión provisional debe responder siempre a que la misma atienda a fines legítimos²², entre los que no se encuentran, en ningún caso, ni los de anticipación de pena²³, pues no podrá aplicarse con fines punitivos, ni fines vinculados con la instrucción sumarial, como proclamó el TC en Sentencia 128/1995, de 26 de Julio.

Por el contrario, dentro de estos fines sí que se encuentra la reiteración delictiva, aludida en la ley con una fórmula muy criticada por la doctrina y la Jurisprudencia. Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia 578/12, de 26 de Junio (Ponente: Antonio del Moral García), afirmó: “Cuando, el reformado art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de acordar la prisión preventiva para "evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos" literalmente está dando por supuesto que hay que suponer cometido el que ha determinado la prisión preventiva (lo cual por definición sería contrario a la presunción de inocencia)”. Por ello, el borrador del Código Procesal Penal de 2013 utiliza en el artículo 154 la fórmula “neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro”, mucho más acorde con las exigencias del artículo 24 de la CE.

En algunas Fiscalías²⁴ en aras a dar una respuesta lo más homogénea e igualitaria posible en la aplicación de esta medida cautelar, se han dictado instrucciones que recogen un cuadro pormenorizado de los distintos delitos y la petición del fiscal.

Esta práctica debería extenderse al resto de Fiscalías o incluso a la propia FGE, con el fin de conseguir unas pautas comunes de actuación y evitar disfunciones y trato desigual de situaciones parejas, no obstante, siempre evidentemente con mero valor orientativo y sin que puedan constituir reglas fijas que impidan individualizar y contemplar las particularidades de cada caso

²² STC 47/2000, de 17 de Febrero, esta Sentencia puso de manifiesto que el requisito fundamental de la medida es que la misma responda a fines legítimos. Esta cuestión enlaza con la relativa al término utilizado para referirse a esta medida cautelar, pues el propio TC ha preferido referirse a la misma como prisión preventiva pues su fin es el de “..prevenir ciertos riesgos relevantes..”, que se plasman en los siguientes: evitar el riesgo de fuga, el de destrucción de pruebas y el de reiteración delictiva.

²³ STC 41/1982, de 2 de Julio.

²⁴ En la Fiscalía de Madrid podemos citar el Acuerdo de la Junta General de la Fiscalía de 28 de Noviembre de 1997, y las Instrucciones de la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº: 1/1998, 3/2001 y 5/2006.

Además así podría acabarse con lo que algunos autores han calificado como “cierta actitud pasiva o de encasillamiento del MF para reaccionar ante nuevas realidades que al no ser tradicionales no son objeto de solicitud de medidas cautelares”²⁵.

- ¿Cuáles son las disposiciones que el Fiscal debe tener presente en su actuación en relación a la prisión preventiva?

1. Circular 2/1995 de la FGE sobre “Nuevo régimen procesal de la prisión preventiva”, que establece el deber de informar al Juzgado de los procedimientos en que se solicitará la libertad provisional para evitar la convocatoria de audiencias inútiles o la solicitud de las diligencias de prueba pertinentes para que se practiquen antes de la celebración de la audiencia contradictoria.
2. Instrucción 4/2005 de la FGE sobre “Motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación”, donde se recoge tanto la necesidad de una motivación reforzada de la petición de prisión como de las ulteriores peticiones de libertad, en su caso. Así como el visado de los informes por escrito y el informe mensual sobre la situación de los presos en situación de prisión prorrogada.
3. La exigencia de comunicación por parte del Fiscal encargado del procedimiento de que se trate, de comunicar a su Fiscal-Jefe, el supuesto de que la medida de prisión acordada exceda de 2/3 partes de su duración máxima, conforme al artículo 504.6 LECrim, a fin de se impriman a las actuaciones la máxima celeridad.

- A los efectos de los requisitos para decretar la prisión provisional y su duración (arts. 503 y 504 LECrim), ¿hay que estar a las penas en abstracto o a la pena que en

²⁵ Analiza este tema el Fiscal José Hidalgo García, codirector del presente curso, en su ponencia “Prisión preventiva y libertad provisional. Cuestiones prácticas”, publicada en la web del CEJ en 2007.

concreto pueda imponerse teniendo en cuenta grado de ejecución, circunstancias modificativas y grado de participación?

Estamos ante una cuestión nada pacífica pues existen autores que defienden cada una de las dos posibilidades. Así, los defensores de la pena en concreto²⁶, se apoyan en el tenor literal de la ley la cual en su artículo 503 hace mención a “la pena prevista para el hecho que reviste caracteres de delito”, lo que no puede desligarse de las peculiaridades del mismo en cada presunto responsable, ya que lo contrario supondría realizar una interpretación en contra de reo y prohibida por nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a esta postura, también existen partidarios²⁷ de que sea la pena en abstracto la que se tenga en cuenta a la hora de solicitar la prisión provisional. En este caso, el apoyo principal de esta tesis radica en el hecho de que siempre que la ley sustantiva o procesal utiliza la expresión “delito castigado con pena de” se entiende que lo hace a la pena en abstracto. En esta línea el artículo 503 exige, con carácter general, como presupuesto para que pueda acordarse la medida cautelar que se trate de un delito sancionado con una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión. Así lo entendió el TC en Sentencia 9/1994, de 17 de Enero, donde se afirma que cuando este precepto alude a una “causa por delito al que corresponda pena de (...), no se está refiriendo a la pena que en concreto quepa imponer por este delito, sino la prevista en abstracto en el tipo penal que lo contiene”.

Un argumento fundamental para los defensores de esta última postura es el criterio acogido por el TC (STC 50/2009, por todas) relativo a que la gravedad de la pena prevista para el delito únicamente puede servir como presupuesto único para la adopción de esta medida cautelar en los primeros momentos de la investigación criminal, pero conforme se vaya tomando conocimiento de la situación personal del imputado (arraigo, posibilidades de riesgo de fuga...) serán éstos los que deberán observarse para el mantenimiento de la medida.

En nuestra opinión, debemos tener presente, sin perjuicio de que en la actualidad sólo tiene un valor puramente doctrinal, el borrador del Código Procesal Penal de 2013, que en su artículo 152.1 hace expresa mención del grado de ejecución y de la modalidad de participación del encausado, lo que nos hace inclinarnos, junto a los argumentos antes expuestos, por la tesis en virtud de la cual debe ser la pena señalada en concreto la que determine los presupuestos y duración de la prisión provisional.

²⁶ Podemos citar, entre otros, a Federico Bello Landrove, Manuel Jesús Dolz Lago o Alberto Manuel López López, todos ellos integrantes de la Carrera Fiscal y que mantuvieron esta tesis en Encuesta Jurídica Sepín de Diciembre de 2010.

²⁷ Entre ellos, Pablo Lanzarote Martínez, codirector del presente curso, que defendió esta posición en Encuesta antes citada, si bien con alguna matización pues entiende que el dato de la pena que en concreto pueda ser impuesta no puede desdeñarse, tanto para acordar la prisión provisional como para establecer el máximo de su duración. Para ello tiene en cuenta que uno de los factores que determinan el riesgo de fuga según proclama el artículo 503.1.3º de la LECrim es la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, lo que sin duda es una referencia a la pena en concreto. Para clarificar la idea, el autor aporta un ejemplo más que ilustrativo: en el supuesto de un robo violento no consumado, puede acordarse la prisión provisional, pues nos encontramos ante un delito que en abstracto está castigado con pena superior a dos años de prisión. Sin embargo, para valorar en el caso expresado el riesgo de fuga hay que tener presente que la pena será necesariamente inferior a dos años y por esa misma razón su duración máxima no podrá exceder ese límite temporal aún cuando el artículo 504 LECrim lo permita.

Así por ejemplo, ante un homicidio en grado de tentativa y donde el encausado haya tenido la participación de mero cómplice, serán estas circunstancias que no podremos obviar a la hora de determinar cuál es la medida cautelar procedente, pues las rebajas sucesivas de grado podrían incluso conducirnos a una pena por debajo de dos años de prisión, que podrían hipotéticamente no llegarse a cumplir si se concediese al penado algún beneficio de cumplimiento de la pena finalmente impuesta.

- ¿Puede acordarse la prisión cuando existan varios delitos cometidos y castigados todos ellos con penas que no exceden de un año de prisión?

Sí, lo contrario sólo puede dar lugar a soluciones injustas, pues podría tener cabida la petición de prisión en un delito castigado de 6 meses a 2 años, y sin embargo no podríamos interesar la medida ante un encausado al que se le imputen 6 delitos castigados con pena de prisión de 6 meses a 1 año. Evidentemente, en este último caso, la condena posterior y la gravedad conjunta de los hechos podrían perfectamente aconsejar la prisión provisional²⁸.

- ¿Cuáles son los factores que determinan la presencia del riesgo de fuga?

La ley recoge una serie de circunstancias a tener en cuenta para la adopción de esta medida, por un lado cita la naturaleza del hecho, situación familiar, laboral y económica, inmediata celebración del juicio oral y gravedad de la pena.

La gravedad de la pena es uno de los requisitos exigidos para la adopción de la medida cautelar pues se exige que el delito que conste en la causa esté castigado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión o estando castigado con pena privativa de libertad de duración inferior que el imputado tenga antecedentes penales no cancelables por delito doloso. No es casualidad el umbral mínimo de dos años, pues estas pena permitirían el enjuiciamiento en ausencia del imputado y la entrada en juego de los beneficios de cumplimiento de las penas.

Sin embargo, no será necesario límite punitivo alguno cuando se dé la existencia de al menos dos requisitorias para el llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores.

²⁸ Criterio mantenido en la Fiscalía Provincial de Barcelona en Junta de Visadores de 15 de Septiembre de 2006, donde se acordó atender a la suma de las penas pedidas para fijar el plazo de prisión provisional.

- Para acordar la prisión por delito castigado con pena inferior a 2 años de privación de libertad, ¿basta cualquier antecedente penal por delito doloso?

A pesar del tenor literal de la LECrim, algunos autores²⁹ entienden que una aplicación lógica de la ley exigiría reservar la medida cautelar de prisión provisional a los supuestos en que existan antecedentes penales en sentido estricto, es decir, entendidos como existencia de antecedente penal firme por delito que motive la reincidencia del mismo.

B) PLAZOS

- El trascurso del plazo de 30 días para resolver el recurso de apelación contra el auto que decreta la prisión provisional, ¿supone plazo máximo para esta?

El plazo de 30 días que fija el artículo 507 LECrim para resolver el recurso de apelación no es un plazo máximo de prisión provisional, por lo que su incumplimiento no producirá el efecto de la nulidad del acto.

- ¿Puede el juez instructor/tribunal participar al Ministerio Fiscal y demás acusaciones la fecha próxima del vencimiento de la prisión provisional acordada por si quieren instar su prórroga?

El artículo 504.6 de la LECrim recoge un mecanismo de control o alerta, cuando la duración de la prisión provisional alcance el último tercio para que se adopten las medidas necesarias para imprimir a la causa la máxima celeridad y dotar a la misma de preferencia sobre las demás causas. Se ha mantenido también por la doctrina que, debido a que el Juez o Tribunal no pueden permanecer pasivos, no sólo tendría la facultad de instar a las partes para que actúen, sino también podría convocar la comparecencia de oficio (este argumento se apoyaría en los artículos 505.5 y 539 de la LECrim, sobre la posibilidad de que el Juez instructor acuerde la prisión al no poderse celebrar la comparecencia por aplicación de la máxima “quien puede lo más, puede lo menos”; si el Juez o Tribunal puede acordar la prisión provisional sin comparecencia, puede lo menos cual es la citación de oficio a las partes para la comparecencia).

- ¿Las dilaciones indebidas en la tramitación de una causa producidas por la nulidad de actuaciones facultan para interesar la libertad del procesado en prisión provisional?

Podrían otorgar la posibilidad de solicitar la libertad apoyándose en el hecho de que la existencia de una causa de nulidad conllevará la producción de un retraso en la tramitación del procedimiento que podría provocar de forma innecesaria el tiempo en situación de preso preventivo.

No obstante, y como regla general, la subsistencia de la prisión provisional debe atender a los motivos que dieron lugar a la misma y a que no se hayan rebasado los

²⁹ Guillamón Senent, J.V., op.cit. Pág. 84.

topes máximos legales, pues si subsisten aquellos y no se han excedido los segundos, ese retraso en la tramitación no producirá la puesta en libertad del imputado³⁰.

- ¿La demora del juez de instrucción a la hora de señalar la comparecencia prevista en el artículo 505.6 LECrim faculta para reclamar la libertad del imputado en prisión provisional?

La LECrim utiliza una cláusula demasiado abierta al afirmar que el Juez: “oír al imputado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda..”, este hecho posibilita que puedan darse razones que disculpen el retraso y no determinen la puesta en libertad del imputado, no obstante, en términos de defensa, se mantendrá que transcurrido ese período razonable la prisión carece de uno de los requisitos legales y, por tanto, procederá la libertad³¹.

C) PROCEDIMIENTO Y CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS EXIGENCIAS FORMALES

- ¿Están las partes legitimadas para solicitar la celebración de comparecencia? ¿Tendrá el Juez obligación de convocarla? ¿Qué recursos podrán interponerse?

Algunos autores han proclamado la necesidad de que la ley hubiese previsto de forma expresa la posible convocatoria de la audiencia a instancia de parte, lo que a su juicio evitaría que la falta de convocatoria de la comparecencia por parte del Juez provocase la libertad provisional³². No obstante, frente a esta posición otro sector doctrinal mantiene que a pesar de la dicción literal del artículo 505 LECrim, nada impediría a las partes solicitar al Juez Instructor que acuerde la prisión provisional de un imputado³³.

Esta posibilidad no obligaría al Juez a convocar comparecencia de prisión en todo caso, pues el juez podría denegar la solicitud mediante auto motivado, contra el que podría interponerse los recursos de reforma y apelación en el procedimiento abreviado y reforma y queja en el sumario ordinario.

- ¿Cuáles son las consecuencias de la ratificación de la prisión preventiva acordada por el Juzgado de guardia sin celebrar la audiencia prevista en el artículo 505.6 de la LECrim?

³⁰ Esta posición fue mantenida por la Editorial Sepín al resolver la cuestión citada en Consulta de Febrero de 2008.

³¹ Esta posición fue mantenida por la Editorial Sepín al resolver la cuestión citada en Consulta de Noviembre de 2008.

³² Hidalgo García, J. “Prisión preventiva y libertad provisional. Cuestiones prácticas”.

³³ Guillamón Senent, J.V., op.cit. Pág. 92.

La ratificación de la prisión preventiva sin celebrar la audiencia prevista en el 505.6 de la LECrim es una irregularidad, pues se impone al Juez o Tribunal competente la obligación de oír al imputado asistido de su abogado³⁴.

Como tal irregularidad el problema que plantea es el alcance de la misma, aspecto éste en el que entendemos que una total ausencia de la preceptiva audiencia al detenido sería causa de nulidad y conllevaría, por tanto, la puesta en libertad.

No obstante, no se exige una nueva comparecencia similar a la inicial. En este sentido el auto 384/2004 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4ª, de 23 de Septiembre de 2004, declaró que: *“en ningún momento la ley exige la celebración de una nueva comparecencia ante el órgano competente, como una especie de repetición de la celebrada ante quien acordó la prisión”. Menos aún si se trata de una comparecencia que se celebra tres días después ante el Juzgado de Instrucción del mismo partido judicial. Lo que la ley exige y ha sido cumplido por el órgano judicial (que citó a todas las partes, incluido el Ministerio Fiscal, aunque éste no asistió, dado la no obligatoriedad de su asistencia, así Acuerdo de Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de Mayo de 2006) es que el detenido sea oído para determinar si se asume o no la decisión del Juez ante el que se puso a disposición al detenido”*.

- El preso preventivo por una causa, para declarar en otros procedimientos penales en los que no esté acordada su prisión, ¿necesita asistencia de letrado?

La respuesta debe ser positiva, si bien con dos excepciones, los procedimientos por faltas y los procedimientos seguidos por delitos contra la Seguridad Vial (Art 520.5 LECrim), no existe así ninguna distinción respecto del régimen general de todo imputado o encausado en un procedimiento penal³⁵.

³⁴ Esta posición fue mantenida por la Editorial Sepín al resolver la cuestión citada en Consulta de Mayo de 2009.

³⁵ El tema fue abordado por diversos autores en Encuesta Jurídica Sepín de Septiembre de 2011 llegando todos ellos a conclusiones similares.