

LA PRISIÓN PROVISIONAL DURANTE LA VIGENCIA DEL REAL DECRETO 463/2020, DE 14 DE MARZO, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA

Francisco José Rodríguez Almirón
Profesor de Derecho penal Universidad de Granada

1. Introducción

La libertad es junto a la vida uno de los bienes máspreciado del que dispone el ser humano. Un valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico al que se hace referencia en el propio Preámbulo de la Constitución Española y que también recoge su artículo 1 al propugnarlo como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. La libertad abarca muchos ámbitos, así, hablamos de libertad de expresión, deambulatoria, libertad sexual... etc. El artículo 17 de la CE recoge el derecho de toda persona a la libertad, sin que pueda ser privado de ella si no es conforme a lo señalado por la ley y la propia Constitución y lo recoge, además, como un derecho fundamental¹.

No obstante, en determinados supuestos este derecho fundamental entra en colisión con otros intereses, como la necesidad de perseguir delitos o de castigar a aquellas personas que cometen delitos y por tanto, es necesario limitarlo. Así, ocurre en supuestos donde el sujeto es detenido o cuando se acuerda la prisión provisional. La Constitución Española recoge en el artículo 24 el derecho a la presunción de inocencia –lo que implica la necesidad de preservar ese derecho del que dispone el investigado durante todo el procedimiento hasta el momento en que exista una sentencia condenatoria– y una medida restrictiva de derechos como la prisión provisional puede llegar a colisionar con esa presunción de inocencia si no se realiza con las garantías debidas² y responde a determinados fines. Son dos valores que el legislador debe tener en cuenta, por un lado, la necesidad de perseguir los delitos y por otro respetar la presunción de inocencia y la liber-

1 STC núm. 147/2000, de 29 de mayo

2 Nistal Martínez, J “El ingreso provisional en prisión. «Presunción de culpabilidad» versus «presunción de inocencia» Diario La Ley, N.º 8122, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-251, Editorial LA LEY

tad de la persona³ de la forma más garantista posible. Para NISTAL MARTÍNEZ (2013:3) *“la aplicación material de la prisión provisional está más cerca del «principio de presunción de culpabilidad» que del «principio de presunción de inocencia, porque en el ámbito carcelario no existe la categoría de “presunto”, siempre se es un preso “convicto” –se entra en la cárcel o no se entra– da igual que la persona haya sido juzgada o no, que sea culpable o inocente”*.

La prisión provisional como medida cautelar, no es una pena que tenga una finalidad retributiva⁴, tiene un carácter excepcional y debe de tomarse cuando no existan otros medios menos gravosos y siempre basada en los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Así, la autoridad judicial competente deberá de acordar esta medida cuando sea necesaria, siempre de forma motivada y no con fines punitivos, pues, no es su finalidad⁵.

La propia Exposición de Motivos de la Ley 13/2003⁶, de 24 de octubre, recoge el carácter excepcional de la prisión provisional que implica que en nuestro ordenamiento la regla general sea la libertad del investigado durante el proceso penal y, consecuentemente, la privación de libertad haya de ser la excepción. Por tanto, no es posible la existencia de más supuestos de prisión provisional que los establecidos de forma expresa y que la ley prevé. La prisión provisional ha sido objeto de diferentes reformas y existe un elenco importante de sentencias por parte del TC⁷ respecto a la interpretación de sus límites y fines.

2. Principios que rigen la adopción de la prisión provisional

La LEcrim regula la prisión provisional en los artículos 502 y ss. y en estos artículos se establecen los principios que han de regir en la adopción o prórroga de la prisión provisional. La STC núm. 30/2019 de 28 febrero hace referencia en el

3 La STC núm. 41/82, señala como *“la institución de la prisión provisional está situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano”*.

4 STS núm. 33/1999 de 8 marzo.

5 STC núm. 5/2020 de 15 enero *“la imposición de la prisión provisional a modo de una sanción anticipada constituye una finalidad expresamente proscrita por la doctrina constitucional. Así lo hemos recordado en el ya citado FJ 3 c) de la STC 30/2019, al descartar, como fines constitucionalmente admisibles “los punitivos o de anticipación de pena, los de impulso de la instrucción sumarial (por ejemplo, STC 140/2012, de 2 de julio (FJ 2), o la alarma social (por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero (FJ 5)”*.

6 *“La excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal y, consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción. Por tanto, no puede haber más supuestos de prisión provisional que los que la Ley de forma taxativa y razonablemente detallada prevea”*.

7 Ver Melero Candil, J *“Delimitación legal de la prisión provisional”* Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-6, tomo 1, Editorial LA LEY. Pág. 1

Fundamento jurídico tercero a esos principios. Así, para ser adoptada debe de adecuarse a los principios de legalidad, excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, si bien hemos de tener en cuenta otros factores como la temporalidad, modificabilidad o la necesidad de motivación.

a) Principio de legalidad

Como he señalado antes, la Constitución Española recoge que cualquier privación de la libertad de la persona debe de realizarse conforme a lo establecido en las leyes. Es la ley la que determina de forma taxativa cuando cabe acordar la prisión provisional, su duración máxima, sus fines... en cuanto esta materia afecta a derechos fundamentales, ha de venir adoptada mediante la forma de Ley Orgánica, Así, la adopción, mantenimiento o prórroga de la prisión provisional ha de estar fundamentada exclusivamente en los supuestos que la ley establece y llevarse a cabo conforme al procedimiento legalmente establecido⁸.

Por muy grave que pueda parecer al juzgador la conducta realizada, o la alarma social que se pueda llegar a crear, debe de ajustarse al decretarla a los principios y requisitos que son necesarios para su adopción o prórroga. Una de las consecuencias derivada de lo anterior es la necesidad de la adopción judicial de la medida de prisión provisional. La prisión provisional debe de ser adoptada, dependiendo del momento procesal⁹, por el juez o magistrado instructor, por el juez que forme las primeras diligencias, o bien como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa. Como señala la STC 30/2019¹⁰ no es un requisito establecido expresamente en la CE el que esta medida deba ser adoptada judicialmente, si bien es un requisito

8 Señala la STC núm. 30/2019 de 28 febrero como “Nuestra jurisprudencia ha considerado también que la exigencia general de habilitación legal supone que la decisión judicial de decretar, mantener o prorrogar la prisión provisional ha de estar prevista en uno de los supuestos legales (uno de los “casos” a que se refiere el art. 17.1 CE) y que ha de adoptarse mediante el procedimiento legalmente regulado (en la “forma” mencionada en el mismo precepto constitucional). De ahí que se haya reiterado que el derecho a la libertad personal puede verse lesionado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la ley como contra lo que la ley dispone (así, SSTC 305/2000, de 11 de diciembre, FJ 3; 210/2013, de 16 de diciembre, FJ 2, y 217/2015, de 22 de octubre, FJ 2)”.

9 Por ejemplo, en una reciente resolución la AP de Cádiz ha declarado nula la prórroga de la prisión provisional dictada por un juzgado de instrucción al haberse dictado esta una vez terminado el sumario. En este supuesto, el órgano instructor ya no tenía competencias, pues el competente era ya otro órgano judicial. <https://elpais.com/espana/2020-07-02/la-guardia-civil-detiene-al-narco-el-castana-antes-de-salir-de-la-carcel-tras-dejarlo-en-libertad-la-justicia.html> (consulta 03/07/2020)

10 “(...) A pesar de que la Constitución no impone expresamente que esta medida deba ser adoptada judicialmente, nuestra doctrina ha establecido que “[la] prisión provisional es una medida cautelar que sólo puede ser acordada por los órganos judiciales [...] desde la perspectiva de que toda medida restrictiva de derechos fundamentales requiere una decisión judicial motivada” [por todas, STC 147/2000, de 29 de ... mayo, FJ 4 b) y referencias jurisprudenciales allí contenidas]. En este sentido la exigencia es coherente con lo previsto en el art. 5 CEDH, precepto que contempla un trámite de control judicial inmediato de la privación cautelar de libertad verificada en el seno de un proceso penal, y que es interpretado en el sentido siguiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “[...] el control judicial constituye un elemento esencial de la garantía que ofrece el art. 5.3, que tiene como finalidad reducir en la medida de lo posible el riesgo de arbitrariedad y de asegurar la preeminencia del Derecho, uno de los ‘principios fundamentales’ de una ‘sociedad democrática’” (por todas, STEDH de 5 de julio de 2016, A.O.O. c. Turquía)”.

legal que es acorde con el CEDH y las STEDH. En el Auto 696/2020 del Juzgado de Instrucción de Vigo se estudió la cuestión de la reserva de Ley en relación con el confinamiento establecido por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 y su relación con las sanciones administrativas:

“Si bien es cierto que el principio de reserva de ley no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pretender desde una mera interpretación doctrinal que una multirreincidencia en infracciones administrativas pueda ser considerada como delito supone incumplir las exigencias mínimas de la tipificación penal que lo han de ser única y exclusivamente mediante una norma con rango de ley, y no por una opinión ajena, por muy fundada que ésta pueda ser, pues de aceptarse semejante premisa la eventual condena penal resultaría sorpresiva para su destinatario y la intervención penal sería, además, contraria al valor de la seguridad jurídica al ser fruto de una decisión que rompería el monopolio legislativo en la definición de las conductas delictivas”.

La alarma social¹¹ en este sentido, o razones de otra índole, como son las sanitarias, por importantes y graves que sean, no puede imponerse a la legalidad y no son criterios suficientes por sí solos para declarar o prorrogar la prisión provisional, pues estaríamos afectando a sus derechos fundamentales. Señala MUÑOZ CUESTA (2019:1)¹² como *“a ningún ciudadano que se halle en esa delicada posición de condena no firme con pena privativa de libertad de larga duración se le puede privar de derechos primarios, como la presunción de inocencia, si no es por una causa más que justificada y que no ofrezca dudas que es lo más razonable jurídicamente dentro del sistema procesal-penal que rige la medida de prisión en un régimen de interinidad a la espera de que el proceso termine definitivamente”*.

b) Principio de excepcionalidad

Este principio, al que alude la resolución del TC 5/2020¹³ debe de aplicarse en consonancia con la limitación de derechos que supone acordar una medida limi-

11 El TC ha señalado como la alarma social por sí sola no es un criterio que sea válido para acordar la prisión provisional, así por ejemplo, lo recoge la STS núm. 191/2004 de 2 noviembre al señalar “(...) Como fundamento para ello, únicamente se aludía en dicho precepto a la «alarma social producida» por el delito, criterio que la citada STC 47/2000 consideró que no podía erigirse en un fin constitucionalmente válido en el que basar la prisión provisional, toda vez que «la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena la prevención general y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». Ha de señalarse, por lo demás, que la alusión a este criterio de la «alarma social» ha desaparecido del texto de los artículos 503 y 504 LECrim tras la reciente modificación que de los mismos ha efectuado la mencionada Ley Orgánica 13/2003”.

12 Muñoz Cuesta, J. “La prisión provisional como medida excepcional”. Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 948/2019. Editorial Aranzadi, S.A.U.

13 “(...) El principio deriva asimismo de la naturaleza subsidiaria de ese instituto, pues su carác-

tadora de un derecho fundamental tan importante como es la libertad. Ha de aplicarse con carácter excepcional y siempre que no sea posible acordar medidas menos gravosas para el investigado. Aquí cobra especial valor dentro del proceso penal el principio *in dubio pro libertatis*¹⁴. Así, en caso de duda se deberá de aplicar la norma menos restrictiva de la libertad. Será, por tanto la regla general, la libertad del investigado. No olvidemos que estamos ante una medida muy gravosa y que puede tener una incidencia importante en la persona privada de libertad, de ahí que deba de realizarse de forma muy restrictiva, y comprobando siempre que se dan todos los supuestos legales para su adopción. Si ya en un procedimiento puede ser duro lo que denominamos “pena de banquillo”, ser privado de libertad puede llegar a ser para algunas personas todo un estigma social, pues fuera del ámbito jurídico lo que queda es que la persona ha ingresado en prisión.

c) Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, como recogía la Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 24 de octubre constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública e implica que la prisión provisional se adecue a determinados fines, a un fin constitucionalmente legítimo. Para NISTAL MARTÍNEZ (2013:2)¹⁵ *“En cuanto al principio de «proporcionalidad» de la prisión provisional, lo que se pretende es conseguir un justo equilibrio entre la limitación de los derechos de libertad y de presunción de inocencia. No toda finalidad justifica la privación de libertad, puesto que la prisión provisional hay que adecuarla a determinadas finalidades, concretamente, tal y como ha afirmado reiteradamente el Tribunal Constitucional: el asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, a la vez que, evitar el riesgo de reiteración delictiva. Es decir, que este principio de proporcionalidad exige que sea razonable el privar a una persona de su libertad en comparación con la importancia del fin perseguido”*.

Este principio obliga, siguiendo la Exposición de motivos, a que el sacrificio que se impone a la libertad de la persona sea razonable en comparación con la importancia del fin de la medida. En esta línea la LECrim establece determinados fines de la prisión provisional como veremos más adelante: asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso, evitar la destrucción de pruebas, proteger a la víctima o evitar la reiteración delictiva.

ter extraordinario impide que pueda ser aplicado en supuestos en los que mediante medidas alternativas menos onerosas puede alcanzarse el propósito perseguido, tal y como se deriva del apartado 6 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución núm. 45/110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el art. 502.2 LECrim, obliga al intérprete a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquél también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa”.

14 Ver STC núm. 32/1987 de 10 marzo.

15 Nistal Martínez, J “El ingreso provisional en prisión. «Presunción de culpabilidad» versus «presunción de inocencia» Diario La Ley, N.º 8122, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-251, Editorial LA LEY

El artículo 502 LEcrim establece, como exigencia de esa proporcionalidad, que el juez o tribunal ha de tener en cuenta para adoptar la prisión provisional la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. Por tanto, adopción, duración y prolongación de la medida debe realizarse bajo el principio de proporcionalidad.

d) Necesidad

Este principio está recogido en el artículo 502 LEcrim al señalar como la prisión provisional sólo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines perseguidos por la prisión provisional.

Es necesario optar, en la medida de lo posible, como señala MARTÍNEZ GALINDO (2004:2)¹⁶ por medios menos gravosos. Así, señala la autora *"(...) se puede considerar una medida menos gravosa, por ejemplo, el régimen de comparecencias apud acta previsto en el art. 530 de la LEcrim., a través del cual se alcanza el mismo fin de asegurar la presencia del imputado en la causa; la prestación de fianza del art. 529 de la LEcrim.; la retirada de pasaporte u otros documentos de identidad; o cualesquiera de las otras medidas alternativas que han sido propuestas en las Resoluciones del Consejo de Europa 11 (65) de 9 de abril y 11 (80) de 27 de junio, como la permanencia vigilada en el domicilio, la orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del Juez, la obligación de los jóvenes delincuentes de residir en una institución especializada, el control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial, etc."*.

e) Modificabilidad y temporalidad

No nos encontramos ante una medida, la prisión provisional, que tenga un carácter inamovible una vez adoptada, sino que tiene un carácter provisional y por tanto puede ser modificada en cualquier momento. Los autos tanto de prisión como de libertad provisional son reformables si se modifican las circunstancias que dieron lugar a su adopción y así lo aconsejan las circunstancias¹⁷. Puede ser que durante la instrucción, por ejemplo, salgan a la luz nuevos datos que hagan innecesaria esta medida o que afecten a la responsabilidad penal del investigado. Así, el 539 LEcrim recoge como *"Los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa. En su consecuencia, el investigado o encausado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio"*.

Por otro lado, la prisión provisional no puede tener una duración indefinida, así, únicamente podrá mantenerse mientras subsistan los fines constitucionalmente

16 Martínez Galindo, G "La prisión provisional". La Ley Penal, N.º 13, Sección Estudios, Febrero 2005, Editorial LA LEY

17 Ver STC núm. 65/2008 de 29 mayo.

legítimos que la justifican y a los que hace referencia el artículo 503 de la LECrim. Se trata de una medida que tiene un carácter temporal por lo que no podrá durar más tiempo necesario para lograr los fines que persigue debiendo de dejar de aplicarse cuando haya dejado de ser necesaria. Este principio está recogido en el artículo 504 LECrim al recoger como *“La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción”*. Para adoptar la prisión provisional se han de tener en cuenta las consecuencias que esta pueda tener respecto al investigado y sus circunstancias, las del hecho y la pena que pudiera llegar a imponerse.

Además, el artículo 504 recoge unos límites máximos, así por ejemplo, en el caso de que se hubiese adoptado para impedir el riesgo de fuga o proteger a la víctima su duración no podrá exceder de un año, cuando el delito prevé una pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad que recoge el tipo penal es superior a tres años. Este plazo puede ser prorrogado una sola vez por un máximo de otros seis meses (para el primer supuesto, pena igual o inferior a tres años) o de dos años (para el supuesto de pena superior a tres años).

f) Motivación

Junto a lo anterior es necesario tener en cuenta que el auto por el que se acuerda la prisión provisional debe de ser motivado, pues de forma contraria afectaría al derecho a la tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24 de la CE. Esa exigencia está expresamente contemplada en el artículo 506 de la LECrim, al señalar como el auto por el que acuerde la prisión provisional o su prórroga expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción¹⁸.

Como señala la STC núm. 30/2019 de 28 febrero esa motivación debe de contener determinados elementos *“(...) 1) Una argumentación que ha de ser ‘suficiente y razonable’, entendiéndose por tal no la que colma meramente las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, sino aquélla que respeta el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la libertad afectado; 2) la justificación de la legitimidad constitucional de la privación de libertad o, más concretamente, el presupuesto de la medida y el fin constitucionalmente legítimo perseguido; y 3) la ponderación de las circunstancias concretas que, de acuerdo con el presupuesto legal y la finalidad constitucionalmente legítima, permitan la adopción de dicha decisión [por todas, SSTC 179/2005, de 4 de julio, FJ 2; 65/2008, de 29 de mayo, FJ 4 c); y jurisprudencia allí citada]”*.

El investigado o encausado debe de conocer los motivos que hacen que su derecho a la libertad se vea limitado, pues de forma contraria se afectaría al artículo

18 Abadías Selma, A. “¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: consideraciones en relación al caso Sandro Rosell”. 2020

24 de la CE. Como señala RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (2010:12)¹⁹ *“la presunción de inocencia y la prohibición de exceso deben actuar como principios, más que inspiradores, reguladores de la actuación judicial para imponer una medida de tal importancia, que priva a quien la padece de uno de sus derechos fundamentales: la libertad ambulatoria”*.

3. Presupuestos necesarios para que la adopción de la prisión provisional

Para poder acordar la prisión provisional es necesario que se den los requisitos que vienen establecidos en el 503 de LECrim:

a) **La existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo o Fumus boni iuris.**

En primer lugar, es necesario que nos encontremos ante la presencia de indicios de que se ha cometido un hecho delictivo y que este es atribuible al investigado o procesado. Si de la investigación se deduce que no existe delito alguno, o bien que existe una causa de justificación no deberá de acordarse. Así, el artículo 503.1.º exige 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 investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso²⁰. En relación con el COVID-19 en algunos juzgados se ha planteado esta cuestión, en relación con la reiteración de incumplimientos de confinamiento, siendo resuelto de forma dispar por los órganos judiciales.

La STS²¹ núm. 241/2009 de 13 marzo se ha referido a esos indicios necesarios para acordar la prisión provisional señalando como *“(...) Según su específica utilidad procesal, es decir, según para qué se necesitan en el desarrollo del procedimiento, la palabra indicios, que significa siempre la existencia de datos concretos reveladores de un hecho importante para las actuaciones judiciales, exige una mayor o menor intensidad en cuanto a su acreditación según la finalidad con que se utilizan. La máxima intensidad ha de existir cuando esos indicios sirven como medio de prueba de cargo (prueba de indicios). En estos casos han de estar realmente acreditados y han de tener tal fuerza probatoria que, partiendo de ellos, pueda afirmarse, sin duda razona-*

19 Rodríguez Fernández, R. “La prórroga de la prisión provisional: ¿Debe 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?. Diario La Ley, N.º 7453, Sección Tribuna, 26 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-245, Editorial LA LEY

20 La LECrim recoge la excepción temporal cuando se trata de evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente en los supuestos de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal.

21 STS núm. 241/2009 de 13 marzo.

ble alguna, la concurrencia del hecho debatido (art. 386 LECivil). En otras ocasiones, sin que haya una verdadera prueba, han de constar en las actuaciones procesales algunas diligencias a partir de las cuales pueda decirse que hay probabilidad de delito y de que una determinada persona es responsable del mismo. Así nuestra LECr exige indicios para procesar (art. 384) o para acordar la prisión provisional (art. 503) o medidas de aseguramiento para las posibles responsabilidades pecuniarias (art. 589)".

b) 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.

Una vez determinada la existencia de esos indicios, que no pueden ser simples sospechas o conjeturas, debe de aparecer como responsable la persona contra la que se va a dictar el auto de prisión provisional. Es independiente la adopción de la medida de la posterior resolución de la sentencia de fondo, como señala la STC 35/2007, de 12 de febrero. Es por tanto necesario que existan esos indicios que sostengan la veracidad de la comisión de un hecho delictivo.

Para NAVARRO MASSIP (2012:5)²², puede ser que durante la instrucción, en aquellos casos en los que existe secreto de sumario, se constaten determinados datos que puedan afectar a la responsabilidad criminal del investigado, en cuyo caso deberá de modificarse la medida:

"Este elemento parece claro que puede verse alterado durante la Instrucción. En efecto, no es infrecuente que tras el levantamiento del secreto de las actuaciones o, simplemente, tras la práctica de diligencias de investigación, se puedan constatar datos, elementos o contraindicios sobre aspectos derivados del desconocimiento del imputado de la totalidad de los hechos investigados o sobre el menor grado de participación en los mismos. No se olvide que tras haberse levantado el secreto de las actuaciones cobra vigencia la igualdad de armas como manifestación del derecho de defensa, cercenado legítimamente –por la previsión legal– pero cercenado en cualquier caso".

También en esta línea se pronuncia ABADÍAS SELMA²³ (2020:19) al señalar como *"No podemos olvidar que la privación de la libertad en prisión preventiva pueda además conculcar los derechos a la defensa y a la igualdad de armas en aras de un procedimiento justo y con todas las garantías debidas. Dicho esto, es cierto que el deber del Estado de persecución del delito y de aseguramiento de la víctima, pueden entrar en tensión con los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad del investigado".*

c) Que la prisión provisional persiga uno de los fines que tiene asignados en la LECrim:

La prisión provisional debe de cumplir los fines que les viene atribuido en la LECrim. Así, principalmente tiene un objetivo, como ha venido a señalar el TC²⁴,

22 Navarro Massip, J. "La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines". Revista Aranzadi Doctrinal num.4/2013 Editorial Aranzadi, S.A.U.

23 Abadías Selma, A. "¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: Óp. cit. Pág. 19

24 STC núm. 138/2002 de 3 junio

garantizar el normal desarrollo del proceso penal y, especialmente asegurar la presencia del imputado en el juicio y evitar posibles obstrucciones en el desarrollo del procedimiento.

No va a ser admisible, como recoge la STC núm. 30/2019 de 28 febrero cuando la prisión provisional lo que persigue es una finalidad punitiva o de anticipación de pena, ni tampoco cuando su finalidad es el impulso de la instrucción sumarial o la alarma social. Así, la LEcrim recoge en el artículo 503 como fines de la prisión provisional los siguientes:

1) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

En primer lugar, dentro de los fines de la prisión provisional está asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga. Se trata de evitar que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia. Para ello es necesario determinar si concurre o no ese peligro, siendo necesario analizar de forma conjunta la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que puede recaer en el investigado, su situación familiar, laboral y económica –en definitiva el arraigo– y la inminencia de la celebración del juicio oral. En el supuesto de que conste que la persona investigada ha tenido dos requisitorias durante los dos años anteriores se acordará la prisión provisional. En este supuesto, donde existe un claro riesgo de fuga la ley no exige el límite temporal del apartado primero.

Se busca evitar con la prisión provisional que el sujeto pueda sustraerse de la acción de la justicia en un determinado momento. Normalmente las penas altas, unidas a la capacidad económica y la falta de arraigo son criterios tenidos en cuenta para adoptar la medida²⁵. No obstante, puede ocurrir que esas circunstancias se den en el momento de adoptar la medida pero que desaparezcan con posterioridad, por lo que sea necesario el revisarlos al acabo de un tiempo con el fin de modificar la medida cautelar.

2) Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes.

En segundo lugar, está previsto como uno de los fines de la prisión provisional evitar la ocultación, alteración o destrucción de pruebas relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto. Según recoge la LEcrim, se debe de valorar la capacidad que puede tener el investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

3) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima

En tercer lugar, el tercer fin de la prisión provisional es evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente

25 Ver Audiencia de Pontevedra ECLI: ES:APPO:2020:294A

cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado. Así, del análisis del 503 LEcrim, apartado 1.3 c) vemos que parte de la previa comisión de un hecho delictivo, y lo que se trata es de evitar que el investigado pueda atentar otra vez contra bienes jurídicos de “la víctima”. Esto va a ser especialmente relevante en los casos de la denominada violencia doméstica a los que hace referencia el artículo 173.2 CP. Por tanto, se trata de evitar el peligro que puede acarrear para la víctima, debiendo de acudir, una vez más a la prueba indiciaria.

4) Evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos.

En cuarto lugar, junto a lo anterior, hemos de hacer referencia a uno de los supuestos que durante este estado de alarma más se ha aludido, la reiteración delictiva. Junto a los fines anteriormente señalados, la LEcrim recoge como la prisión provisional se podrá acordar también cuando se trate de evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos. En estos supuestos es necesario que se den los requisitos del apartado 1 y 2. Para ello es necesario determinar si existe un riesgo de reiteración delictiva, analizadas las circunstancias del hecho, así como la gravedad de los delitos que se pudieran llegar a cometer²⁶.

El artículo 5.1 c) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hace referencia a esta reiteración delictiva dentro de los fines de la pena cuando hace referencia como ninguna persona puede ser privado de su libertad, y enumera una serie de supuestos entre los que se encuentra cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.

En este supuesto de reiteración delictiva se exigen, además, determinados requisitos, el primero, que el hecho delictivo sea doloso. No obstante, el límite temporal no se aplicará en aquellos supuestos en los que de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, se pueda deducir de forma racional que este viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

La habitualidad plantea un problema, ya que es un concepto que no está definido y por tanto sujeto a interpretación. En el Recurso 450/2020 de la Audiencia Provincial de León, contra el auto 234/2020, se nos exigía una repetición de cierta

26 STC núm. 30/2019 de 28 febrero “(...) Conforme a la jurisprudencia del TEDH, dicha previsión no da cobertura a decisiones de prevención general dirigidas contra un individuo o una categoría de individuos que se estime constituyan un peligro debido a su continua tendencia al crimen; sino que, más limitadamente, en el contexto de la persecución de un delito, los arts. 5.1.c) y 5.3 del Convenio, interpretados conjuntamente, permiten a los Estados contratantes imponer y mantener en el tiempo una privación cautelar de libertad previa al juicio como medio de prevención de una concreta y específica infracción penal, finalidad que ha de venir fundamentada en hechos o informaciones concretas basadas en datos objetivos (...)”.

entidad, de cara a llegar a la conclusión de que el investigado lo que se hace habitualmente es cometer delitos. Así, algunas Audiencias han entendido habitualidad cuando el investigado o encausado ha realizado actividades delictivas al menos en tres ocasiones. Así, por ejemplo, lo vemos en el recurso a la AP de Segovia²⁷, que respecto a un ciudadano que se había saltado el confinamiento, revoca la prisión provisional, ya que si bien existe reiteración no se da el concepto de habitualidad al que hace referencia la LECrim, ni tampoco la penalidad mínima *“Si en este momento no podemos entender que concurra la habitualidad al hallarnos ante dos únicos hechos, de volver tras esta decisión a incurrir en la misma desobediencia, ya habría base para valorar la habitualidad como elementos cualificador del riesgo de reiteración, y por lo tanto habilitaría a adoptar en la nueva causa la prisión provisional, medida que esta Sala consideraría justificada en tal caso, pues se habría demostrado que el tiempo de la medida cautelar impuesta que ahora se revoca no ha bastado para evitar el riesgo de reiteración; advertencia de la que el investigado deberá ser expresamente apercibido”*.

La Exposición de Motivos de la Ley 13/2003, de 24 de octubre nos señalaba como el principio de proporcionalidad impone que la prisión provisional no pueda acordarse por el riesgo genérico de que el investigado pueda cometer cualquier hecho delictivo, sino que por exigencia del principio de presunción de inocencia, la adopción de la prisión provisional debe limitarse a aquellos casos en que dicho riesgo sea concreto.

4. Prisión provisional y estado de alarma

Durante el estado de alarma y la obligación de confinamiento son varias las resoluciones judiciales de interés que se han producido en materia de prisión provisional. La Ley que regula el estado de alarma, Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, recoge en el artículo 10.1 como *“El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes”*. En esta línea hemos de acudir al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 donde al recogerse el régimen sancionador se nos dice *“El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes (...)”*. Este RD por el que se declara el estado de alarma impone una serie de obligaciones, como la limitación de la libertad de circulación de las personas por las vías de uso público limitándola a la realización de una serie de actividades²⁸ recogidas en el artículo 7.

27 AAP de Segovia núm. 85/2020 de 30 marzo. ECLI:ES:APSG:2020:1º.

28 “Artículo 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas.
1. Durante la vigencia del estado de alarma las personas únicamente podrán circular por las vías de uso público para la realización de las siguientes actividades:

Por su parte, el artículo 5 de RD 463/2020 señalaba respecto de los agentes de la autoridad como estaban facultados para *“practicar las comprobaciones en las personas, bienes, vehículos, locales y establecimientos que sean necesarias para comprobar y, en su caso, impedir que se lleven a cabo los servicios y actividades suspendidas en este real decreto, salvo las expresamente exceptuadas. Para ello, podrán dictar las órdenes y prohibiciones necesarias y suspender las actividades o servicios que se estén llevando a cabo”*. Respecto a las sanciones, es necesario recordar que la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana recoge en su artículo 36.6 como infracción grave la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación. Con relación a esta cuestión se planteó en la Abogacía del Estado si era o no necesario la existencia de un previo requerimiento de los agentes de la autoridad, que resultara desatendido, para apreciar la existencia de la infracción de desobediencia²⁹, llegando a la conclusión de que para poder apreciar una infracción de desobediencia era necesario la existencia de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad, que no fuese atendido por el destinatario de dicho requerimiento. Por otro lado, debemos tener en cuenta que, también, el CP castiga en los artículos 550 a 556 CP dentro de

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad.
- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza que habrá de hacerse individualmente, salvo que se acompañe a personas con discapacidad o por otra causa justificada”.

29 Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el estado de alarma “El artículo 36.6 de la ley Orgánica 4/2015 tipifica una infracción administrativa derivada no de la mera contravención de una norma jurídica (conducta que, como se ha indicado, es reprobable y conlleva unas consecuencias jurídicas propias en Derecho), sino del desconocimiento del principio de autoridad, que entraña un reproche o desvalor adicional. Cuando quien actúa investido legalmente de la condición de autoridad no es obedecido por un particular, esa conducta merece un reproche adicional al que conlleva el previo incumplimiento de la normativa vigente. Por lo expuesto, la infracción de desobediencia precisa necesariamente de un requerimiento expreso e individualizado por parte del agente de la autoridad, que no resulte atendido por el destinatario de dicho requerimiento.

Así las cosas, el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015.

Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento”. Fuente: <https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/04/CONSULTA-Abogacia-del-Estado-sanciones-administrativas.pdf.pdf> (fecha consulta 01/07/2020)

los delitos contra el orden público, los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.

A raíz del estado de alarma y el confinamiento obligatorio, uno de los problemas que más polémica ha suscitado es si era posible o no acordar la prisión provisional en los supuestos en los que se sorprendía a una persona en la calle sin justificación, y si esto daba lugar a un delito de desobediencia "grave" del artículo 556 CP o si nos encontrábamos solo ante una sanción administrativa, y qué hacer en los casos de reiteración de esa conducta que podía llegar a poner en peligro a los demás ciudadanos. En este sentido, las resoluciones han sido dispares.

Hemos de partir que el delito de desobediencia grave exige una serie de requisitos. El TS³⁰ ha señalado respecto al 556 CP como el tipo penal de desobediencia *"contempla aquellas conductas que, de manera decidida, se orientan a impedir el cumplimiento de lo dispuesto de manera clara y tajante por la autoridad competente (STS 1095/09, de 6 de noviembre El delito exige de un mandato expreso, concreto y terminante de hacer o no hacer una específica conducta emanada de la Autoridad, o sus agentes, que se halle dentro de sus legales competencias; que la orden haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de modo que este tenga conocimiento de ella; y que el sujeto activo se resista, de manera obstinada, a cumplimentar lo que se le ordena"*. También, en otras sentencias, el TS ha manifestado esa necesidad de notificación o requerimiento personales para estar ante un delito de desobediencia. Así ha señalado³¹ *"En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quater CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Sólo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercebimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento"*. El Auto del Juzgado de Instrucción de Vigo³², señala, recogiendo la jurisprudencia existente, y en par-

30 STS núm. 224/2020 de 25 mayo. ECLI:ES:TS: 2020:1327

31 STS núm. 722/2018 de 23 enero. ECLI:ES:TS: 2019:91

32 Auto Juzgado de Instrucción de Vigo. ECLI: ES:JI:2020:34A

"a) la existencia de una orden emanada de la autoridad o de sus agentes en el ejercicio de las funciones de su cargo, que contenga un mandato de hacer o no hacer algo, legítimo, que deriva de las facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones o excesos;

b) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, sea expresa, terminante y clara, por imponer una conducta indeclinable o de estricto cumplimiento que se ha de acatar sin disculpas;

c) que la orden se haga conocer mediante requerimiento formal, personal y directo o, cuando menos, que le haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido;

y d) que el requerido no acate la orden, colocándose, ante ella, en actitud de rebeldía o manifiesta oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione, sensible e indudablemente, el principio de autoridad, al que desprestigia, veja y zahiere. Este último requisito equivale a la exigible concurrencia del dolo de desobedecer, que implica que, frente al mandato persistente y reiterado, se alce el obligado a acatarlo y cumplirlo, en una oposición tenaz, contumaz y rebelde".

ricular la STS de 20 de enero de 2010, los requisitos que deben de analizarse en el caso concreto para que podamos hablar de delito de desobediencia, así señala es necesaria, en primer lugar, una orden legítima que contemple una obligación de hacer o no hacer algo. Esa orden ha de ser expresa, terminante y clara, Respecto al requerimiento exige que la orden sea notificada al sujeto de forma clara y directa y por último debe de existir una voluntad rebelde a dicho cumplimiento por parte del sujeto.

Por otro lado, conviene recordar respecto a la desobediencia leve y la falta de respeto y consideración debida a los agentes de la autoridad como han pasado a castigarse en vía administrativa, por el artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo de Protección de la Seguridad Ciudadana³³. Como señala la SAP de Huelva, núm. 140/2018 de 17 abril³⁴. solo está tipificado como delito leve la falta de respeto y consideración a la “autoridad”.

En el Auto 122/2020³⁵ de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 6 de mayo de 2020, se analizaba la procedencia de acordar la prisión provisional a fin de evitar la reiteración delictiva y la necesaria protección de la ciudadanía, en un supuesto donde el encausado fue detenido en dos ocasiones anteriores por presuntamente incumplir las medidas de prohibición de desplazamiento establecidas en el Real Decreto que declaró el Estado de Alarma. Al investigado le constaban antecedentes penales, no estando estos cancelados, –ni siendo susceptibles de ser cancelados– por lo que a juicio de la Audiencia concurría el primero de los presupuestos que habilitaba el uso de la medida de prisión provisional. Además, se le habían impuesto diversas sanciones administrativas por vulnerar las restricciones del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo que declaraba el Estado de Alarma. Para la Audiencia Provincial la conducta reiterada del encausado de incumplir las restricciones del estado de alarma generaba no solo un riesgo para su propia salud sino también para la vida de los demás, y no existiendo otra medida cautelar menos restrictiva de derechos para impedir que el encausado siguiera cometiendo hechos similares, con el fin de evitar la reiteración delictiva y proteger la salud pública confirmó el auto de prisión provisional.

El Auto 234/2020³⁶ de la Audiencia Provincial de León, de 7 de abril de 2020, analizó un supuesto donde un ciudadano había sido identificado en la calle habiendo sido advertido con anterioridad por agentes de la Policía de que no podía salir del domicilio debido al confinamiento impuesto por el Decreto 463/2020 de 14 de marzo por el que se declaraba el estado de alarma. Se daba la circunstancia de que en esas fechas el apelante estaba cumpliendo una pena de 35 días de localización permanente en su domicilio –por otros hechos–. También, presuntamente,

33 Ver también SAP de Huelva núm. 273/2018 de 13 septiembre ECLI:ES:APCA:2018:1819 o SAP de Madrid núm. 479/2016 de 5 julio ECLI:ES:APM:2016:10004.

34 ECLI:ES:APH:2018:281

35 ECLI: ES:APCR:2020:184A

36 ECLI: ES:APLE:2020:191A

el investigado en días anteriores habría conminado a una convecina con “rebajarle el pescuezo” con una navaja. En este supuesto, señala el Auto, la medida tiene una finalidad doble, se acuerda por tranquilidad de la víctima del presunto delito de amenazas y por proteger el interés general de que se tutele el principio de autoridad, ya que el confinamiento es una fórmula de contención de la pandemia ocasionada por el COVID-19.

En el Auto 243/2020³⁷, de la Audiencia Provincial de Logroño se consideró un caso donde el investigado fue sorprendido en vía pública durante el estado de alarma sin causa justificada. En su declaración ante la policía manifestó que venía de casa de una amiga de pedirle tabaco, y ante el juez declaró que volvía de comprar de un supermercado, todo sin aportar ningún tipo de justificante de compras. El investigado señaló como vivía en un trastero que no contaba con medidas sanitarias e higiénicas mínimas, por lo que debía de salir de casa todos los días. Tras realizar las indagaciones oportunas, se constató la existencia de otro procedimiento abierto por hechos de naturaleza idéntica, sucedidos también durante el estado de alarma. Además, figuraban cuatro denuncias administrativas. Los hechos, según consta en el auto, fueron calificados como presuntamente constitutivos de un delito de desobediencia grave.

La Audiencia Provincial, tras señalar la importancia del confinamiento como medio de frenar la expansión de la pandemia³⁸, estima la existencia de indicios de la presunta comisión de un delito de desobediencia grave. Por otro lado, como señala el auto, “(...) la reiteración en el quebrantamiento de dicha orden es efectivamente un riesgo contra la salud pública, y lo es de reiteración de un posible delito, puesto que una vez que ha sido requerido por las fuerzas de autoridad a que cumpla el confinamiento, sus actuaciones posteriores constituyen indicios de una desobediencia grave”. Recoge el Auto como plantea dudas la concurrencia del requisito de pena mínima que exige el art. 503.1. 1.º de la LECrim. En primer lugar, señala, porque no nos encontramos ante una pena que se castigue con dos o más años de prisión (el delito de desobediencia grave del art. 556.1 Código Penal está castigado con pena de prisión de tres meses a un año de prisión). Tampoco podría computar el otro procedimiento abierto ya que no existía una sentencia condenatoria, y por tanto, no podría aplicar el supuesto excepcional (previsto para cuando el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso). Cabría plantear solo la posibilidad de acordar la prisión provisional por reiteración delictiva conforme al artículo 503 LECrim, que permite no aplicar el límite previsto en el ordinal 1.º, cuando de los antecedentes del investigado o encausado y demás

37 ECLI: ES:APLO:2020:123A

38 “(...) Esta Sala es muy consciente de la necesidad del mantenimiento de las órdenes emitidas con ocasión del estado de alarma, y especialmente la de confinamiento, a fin de permitir la propagación paulatina en el tiempo de la enfermedad causada por un coronavirus (enfermedad COVID 19) y con ello permitir que los enfermos puedan ser absorbidos por el sistema sanitario, evitando su colapso”.

datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, se pueda inferir de un modo racional que este viene realizando sus actividades delictivas con habitualidad. Es un concepto más amplio y diferente al concepto de reincidencia. Ahora bien ¿podemos deducir de la existencia de otro procedimiento y de la existencia de varios expedientes administrativos sancionadores que existe esa habitualidad? La Audiencia interpreta que no existe esa habitualidad³⁹, y tras señalar como el concepto “habitualidad” no exige la existencia de antecedentes penales, pero sí exige determinar que la persona habitualmente comete delitos, revoca la medida, no sin antes advertir que la solución no sería la misma en el caso de que se incoara una tercera causa penal por infracciones semejantes, en cuyo caso si estaríamos ya ante una habitualidad que podría dar lugar a acordar la prisión provisional.

En el Auto 184/2020 de la Audiencia Provincial de Pontevedra⁴⁰ se resolvió una cuestión parecida a la anterior. Señala la Audiencia provincial, como a pesar de la pandemia provocada por el COVID-19, las normas de la LECrim que regulan la prisión provisional no han variado. En este supuesto, nos encontramos con un ciudadano que es detenido por un presunto delito de desobediencia grave, tras ser interceptado por los agentes de la autoridad en la vía pública y ser sorprendido 15 minutos más tarde otra vez en la calle. Si bien la pena es inferior a la exigida en la LECrim –como vimos anteriormente–, con anterioridad había sido condenado por un delito de desobediencia, por lo que se cumpliría el requisito del ordinal primero. A pesar de ello, plantea dudas a la Audiencia provincial la posible existencia del

39 Recoge el Auto como “La habitualidad puede ser un concepto vago, pero etimológica o semánticamente remite a algo que se hace tal número de veces, con tal frecuencia y de una forma tan extendida en el tiempo, que tolera que se hable de un hábito. Se requiere que la repetición de la conducta tenga entidad para ser considerada habitual. Es decir, pese a que ciertamente el término no exige la presencia de antecedentes penales, sí requiere que se entienda que lo que se hace habitualmente es cometer delitos. Y en ese sentido, por ejemplo, difícilmente puede convalidarse que una cosa que se ha hecho dos veces es algo “habitual”. No en vano, la única definición de habitualidad que se contiene en el Código Penal es la del art. 94 del Código Penal, referida al ámbito de la suspensión de la pena (antes sustitución). Allí se considera reo habitual al que hubiera cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en el plazo de cinco años. En la medida en que el art. 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene definición de habitualidad, y de que en la medida cautelar de prisión provisional regulada en dicho precepto en principio está comprometido un derecho tal fundamental como el de la libertad, consideramos razonable que para apreciar habitualidad a los efectos de imponer la medida cautelar de prisión provisional con base en el art. 503.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal, sería necesario que de los antecedentes del investigado o encausado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pudiera racionalmente inferirse que el investigado o encausado ha realizado actividades delictivas al menos en tres o más ocasiones.

Sin embargo, en este caso, al margen de la que nos ocupa, solo consta una detención por la desobediencia al confinamiento por la que se sigue otra causa en el Juzgado de Instrucción n.º 3 (en la cual fue puesto en libertad por el instructor), y las otras cuatro son simples infracciones administrativas anteriores, por lo que no advertimos razón bastante para acordar la prisión provisional de esta forma excepcional (se añade que objetivamente los hechos tal como los describe el atestado solo consistieron en un presunto quebrantamiento del confinamiento)”.

40 ECLI: ES:APPO:2020:294A

delito de desobediencia⁴¹. Pasa a continuación el auto a analizar si concurren los fines que debe perseguir la prisión provisional, en primer lugar, el riesgo de fuga. La persona no contaba con medios económicos, entendiéndose el tribunal lo difícil que es trasladarse en estas condiciones a otra provincia, máxime con los controles vigentes durante el estado de alarma. Por otro lado, se analiza la reiteración delictiva. En este supuesto la persona era usuaria del albergue municipal y al parecer en el atestado se recogía que tras contactar con los servicios sociales estos habrían manifestado que se había ido voluntariamente porque no se adaptaba al lugar, y que en estas situaciones no se aceptaba un retorno prematuro. El tribunal llega a la conclusión de que en tal caso la reiteración no sería voluntaria sino que vendría motivada porque no tenía un lugar donde poder estar⁴². Se admite el recurso contra la prisión provisional.

El Auto 103/2020 de la Audiencia de Santander⁴³ resolvió un recurso frente al auto que acordaba prisión provisional para un ciudadano investigado por un presunto delito de desobediencia, que contaba con antecedentes penales no cancelados ni cancelables por delitos de robo con violencia o intimidación, quebrantamiento de condena y lesiones, desobediencia grave a los Agentes de la Autoridad y de atentado a Agente de la Autoridad. El recurrente había sido sancionado, además, cuatro veces antes por incumplir el confinamiento. Si bien el tribunal plantea dudas acerca de la existencia de los fines a los que hace referencia el artículo 503.1.3.º, (riesgo de fuga, evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes, o evitar que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima), si interpreta que existe un peligro de reiteración delictiva *“pero no puede olvidarse que existe otro periculum in mora que ha de considerarse, y que no es otro que el contenido en el artículo 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos, y más en concreto, evitar el riesgo de que cometa otros hechos delictivos similares al que ha motivado la adopción de la medida cautelar que ahora se recurre”*. Para el tribunal, es determinante los antecedentes y que el bien jurídico protegido, el respeto al principio de autoridad, haya sido vulnerado lo que, como señala el auto, queda acreditado por infringir desde que se decretara el estado de alarma cuatro veces la prohibición de deambular por las vías públicas.

41 “Del atestado se desprende que el investigado, al parecer, no atendió el requerimiento de los Agentes y 15 minutos después de haber sido interceptado volvió a ser detectado en la vía pública, pero este requisito, como se dice, exige como condición previa que la conducta del acusado pueda ser incardinada en el tipo delictivo de referencia, cosa que, por lo antes expuesto, es dudoso de que concorra, pues en el sentir jurisprudencial, desatender en una única ocasión el requerimiento de un Agente de las Autoridades, pese a la situación excepcional en que nos encontramos, no debería constituir “per se” el delito de desobediencia. No obstante lo anterior, y con todas las reservas propias de la fase inicial de investigación en que nos encontramos, podrían existir indicios de la comisión de un delito de desobediencia”.

42 “estos datos nos conducen a la impresión de que en realidad el investigado “no tiene a dónde ir”, por lo que el supuesto riesgo de reiteración delictiva, caso de existir, no sería en realidad intencional, sino obligado por su especial situación, que a buen seguro no es deseada por él”.

43 ECLI: ES:APS:2020:49A

En un Auto del juzgado de Instrucción n.º 2 de Reus⁴⁴, de 23 de marzo de 2020, se examinaba si procedía acordar la prisión provisional en el caso de un ciudadano que había sido identificado en la vía pública, al parecer sin ninguna causa de justificación, incumpliendo la obligación de confinamiento establecida en Orden que regula el estado de alarma. Además, uno de los días fue detenido en un establecimiento tras presuntamente haber escupido y tosido sobre los empleados, clientes y productos de un supermercado, constandingo, al parecer, un carácter agresivo contra los agentes de policía que lo detuvieron. En este caso, los delitos que se le imputaban podrían indiciariamente ser constitutivos de un presunto delito de desobediencia grave a la autoridad del art. 556 CP o de atentado /resistencia grave del art. 550 CP. Como señala el auto, esa actitud *“no solo supone una desobediencia grave por su reiteración, sino que además y especialmente pone en peligro la salud o incluso la vida de las demás personas, toda vez que no se limita a incumplir la orden de confinamiento paseando sin motivo justificado alguno por la vía pública, sino que presenta una conducta altamente desafiadora, agresiva y de riesgo, al toser y escupir de forma expresa tanto a personas como a alimentos expuestos para que el resto de la población los pueda adquirir”*. Para el Juez, en este caso la prisión provisional es la medida que se debe de tomar, sin que exista otra medida menos gravosa que sirva para evitar el riesgo ya que, otra medida restrictiva de la libertad deambulatoria no podría garantizar su cumplimiento, *“ante la actitud renuente, obstructiva y reiterativa demostrada”*.

En el Auto del Juzgado de Instrucción de Torreveja⁴⁵ de 9 abril de 2020, se planteó un supuesto donde una persona fue detenida por incumplir el estado de alarma, presuntamente, el investigado fue identificado en la vía pública por agentes de guardia civil, actuando *“con absoluto menosprecio por la situación del estado de alarma incumpliendo la situación de confinamiento decretada por el estado de alarma, ello unido a actitud ante los agentes y antecedentes penales no susceptibles de cancelación teniendo además una pena de prisión pendiente de cumplimiento (...)”*. El juzgado acordó la prisión provisional al entender que existe riesgo de fuga, y posibilidad de reiteración delictiva.

Por su parte, en el Auto 455/2020 de la Audiencia Provincial de Murcia⁴⁶, de 15 de mayo de 2020, se planteaba por parte de la defensa la modificación de la prisión provisional ante la situación de COVID-19, al entender que no existía riesgo de fuga y existir un fuerte arraigo familiar, laboral y social en el apelante. Para la defensa debía prevalecer la presunción de inocencia y sus derechos fundamentales, evitando que la prisión provisional se convirtiera en un anticipo de la pena. En este sentido, el recurso fue rechazado por la gravedad del delito y la pena, (presuntamente un delito de asesinato), y porque el riesgo para la salud que invocaba el apelante no tenía por qué ser mayor al que sufriría el investigado de estar en liber-

44 ECLI: ES:JI:2020:13A

45 ECLI: ES:JI:2020:25A

46 ECLI: ES:APMU:2020:379A

tad, ya que el establecimiento penitenciario había adoptado una serie de medidas establecidas por Emergencias Sanitarias del Ministerio de Sanidad y la existencia por parte del Ministerio del Interior de la Orden INT/227/2020, de 15 de marzo, en relación con las medidas que se adoptan en el ámbito de instituciones penitenciarias. En el auto se hace referencia a los fines proscritos a la prisión provisional:

“En lo que aquella insiste es, como aduce el recurso, que con ella no pueden perseguirse fines punitivos o de anticipación de la pena, o fines de impulso de la instrucción sumarial que propicien la obtención de pruebas, de declaraciones de los imputados, etc. Pero no es esto lo que aquí sucede porque, como explica la instructora, lo que aquí se pretende con la medida es evitar es el peligro de fuga que se infiere de la peligrosidad de la recurrente (deducida de la propia acción delictiva aquí imputada) y de la enorme pena que pudiera recaer por razón del delito por el que la postulante viene imputada (asesinato), sancionado con una pena de hasta 25 años de prisión”.

En un Auto del Juzgado de Instrucción Pontevedra⁴⁷ de 16 de abril de 2020 se analizó un supuesto donde al investigado le constaban varias denuncias administrativas previas por vulnerar el estado de alarma junto a otros presuntos delitos, uno leve de hurto y otro de robo, que aún no había sido juzgados, si bien la puesta a disposición judicial fue por un presunto delito de desobediencia. Centrándose en el delito en cuestión, el auto recoge como *“la observancia de las normas generales no puede dar lugar más que a cumplimientos o incumplimientos, no a delitos de desobediencia”*. Así, en relación con el RD que regula el estado de alarma, diferencia el Auto dos supuestos diferentes, por un lado, la prohibición general de transitar por vía pública⁴⁸ y por otro, cuando la policía requiere una conducta al sujeto determinado, en el sentido de ordenarle vuelva a casa o realice u omita una determinada acción, lo que puede dar lugar, dependiendo de la existencia o no del requerimiento a un delito de desobediencia, ya que se está desobedeciendo el mandato concreto recibido. Puede ocurrir, como señala el auto que una persona sea denunciada varias veces sin que suponga obligatoriamente un delito de desobediencia sino una reiteración de infracciones administrativas es por tanto necesario que no atienda a los mandatos concretos. El auto no acuerda la prisión provisional al entender que no quedaba acreditada la habitualidad a la que hace referencia la LECrim (fue identificado al parecer en cinco ocasiones pero no constaba la existencia de requerimiento concreto).

En el Juzgado de Instrucción de Vigo⁴⁹ en un auto de 24 de abril de 2020 se planteó un supuesto similar donde dos ciudadanos fueron identificados en la vía

47 ECLI: ES:JI:2020:28A

48 Señala el auto como “Es un mandato general. Su incumplimiento supone (o puede suponer) una infracción administrativa con penas de multa que pueden llegar a ser altas. La Policía, cuando identifica el supuesto de hecho estar en la calle sin justificación), interpone una denuncia ante órgano administrativo describiendo el hecho. Puede (o no) además requerir a la persona que cumpla la norma y ese requerimiento puede (o no) concretarse en una conducta determinada (“vuelva usted a su casa”)”.

49 ECLI: ES:JI:2020:34A

pública en dos ocasiones, separadas ambas por un margen horario de media hora, siendo detenidos por saltarse el RD de estado de alarma que impone el confinamiento. Se da la circunstancia de que los individuos habían sido propuestos para sanción administrativa anteriormente (8 veces uno y en 3 ocasiones el otro). Para el juzgado, nos encontramos ante un incumplimiento de carácter administrativo, pero no ante un delito de desobediencia. Las razones que llevan a esta decisión son que no constaba la existencia de un requerimiento personal con carácter previo, y de forma expresa y clara de que no estuviesen en la calle más allá de la genérica del RD 463/2020, y que la reiteración de una infracción administrativa no la convierte automáticamente en delito. En ese sentido hace una exegesis del principio de reserva de ley. Además, interpreta que el hecho de estar en la calle sin justificación no implica una desobediencia grave. Termina el auto señalando como esta cuestión será distinta la próxima vez, si se llegara a repetir, por la existencia ya de un requerimiento expreso, personal y claro de las consecuencias de un nuevo incumplimiento de la obligación de confinamiento.

Por el contrario, el Auto del Juzgado de Instrucción de Logroño⁵⁰ de 10 de mayo de 2002 si apreció indicios de un presunto delito de desobediencia y riesgo de reiteración delictiva en un ciudadano que había sido sancionado administrativamente hasta en cuatro ocasiones desde que se declaró el estado de alarma por incumplir el confinamiento impuesto en el RD y que había sido detenido por la Guardia Civil por hechos de la misma naturaleza días antes. También el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Cáceres en un Auto de 11 de abril de 2020⁵¹ encontró indicios de un presunto delito de desobediencia y acordó la prisión provisional para un ciudadano que fue sorprendido varias veces a unos 30 kilómetros de su domicilio, al parecer sin justificación razonable ya que los fines a los que hacía referencia el investigado (comprar comida, tabaco...) podían llevarse a cabo en su propia localidad como recoge el auto. Señala la resolución como *“Todos los requerimientos legítimos realizados por los agentes de la autoridad encaminados al cumplimiento del estado de alarma han sido desatendidos por el investigado, existiendo por consiguiente riesgo de reiteración delictiva en caso de nuevos requerimientos en el mismo sentido”*.

En algunos supuestos puede plantear dudas la procedencia de adoptar una medida tan gravosa como la prisión provisional, fundamentalmente en aquellos donde no esté del todo claro la existencia de indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo. Debemos tener en cuenta, además, la evolución jurisprudencial del TC que en materia de indemnización se ha producido en este sentido, como señala SIMÓN CASTELLANO⁵² (2020:12) *“el efecto inmediato de la doctrina de la STC 85/2019 es la extensión de la indemnización a todos los casos de prisión pro-*

50 ECLI: ES:JI:2020:36A

51 ECLI: ES:JPII:2020:9A

52 Simón Castellano, P “Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019)” La Ley Penal 143. 2020.

visional indebida, y todo ello con la falta de criterios estables para la valoración de las circunstancias concretas de cada caso". Por lo que deberá de ser una medida que, también por esta razón, deberá de tomarse con mucha prudencia, más aún cuando hablamos de respeto al derecho a la presunción de inocencia de la que en todos los casos analizados goza el investigado o encausado.

5. Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A.** *¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: consideraciones en relación al caso Sandro Rosell*. 2020
- MARTÍNEZ GALINDO, G** "La prisión provisional". *La Ley Penal*, N.º 13, Sección Estudios, Febrero 2005, Editorial LA LEY
- MELERO CANDIL, J** "Delimitación legal de la prisión provisional" *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-6, tomo 1, Editorial LA LEY.
- NAVARRO MASSIP, J.** "La regulación de la prisión provisional. Presupuestos y fines". *Revista Aranzadi Doctrinal* num.4/2013 Editorial Aranzadi, S.A.U.
- NISTAL MARTÍNEZ, J** "El ingreso provisional en prisión. «Presunción de culpabilidad» versus «presunción de inocencia»" *Diario La Ley*, N.º 8122, Sección Tribuna, 9 de Julio de 2013, Año XXXIV, Ref. D-251, Editorial LA LEY
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R.** "La prórroga de la prisión provisional: ¿Debe 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?". *Diario La Ley*, N.º 7453, Sección Tribuna, 26 de Julio de 2010, Año XXXI, Ref. D-245, Editorial LA LEY
- RODRÍGUEZ RAMOS, L.** "¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas". *Diario La Ley*, N.º 9477, Sección Tribuna, 13 de Septiembre de 2019, Wolters Kluwer