

## DOCTRINA

Trabajo doctrinal: *“Visicitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de presunción de inocencia”*.

LA LEY

Publicado en: Diario La Ley 7282, Sección Doctrina, de 12/11/09.

Autor: **Javier Nistal Burón.**

Contenidos ofrecidos a “Portal de Derecho Penitenciario” por cortesía de **Editorial La Ley**

Los usos, reproducciones y/o extracciones de los trabajo doctrinales nunca podrán ser realizadas con ánimo de lucro por el Colegio de Abogados de Pamplona ni por los interesados en consultarlas.

## Vicisitudes penitenciarias de la prisión preventiva. Régimen penitenciario y principio constitucional de «presunción de inocencia»

Javier NISTAL BURÓN

*Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones Penitenciarias*

Diario La Ley, Nº 7282, Sección Doctrina, 12 Nov. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY

LA LEY 17995/2009

Si enfrentar el principio constitucional de presunción de inocencia constituye un debate jurídico bastante espinoso en el momento de la adopción procesal de esta medida cautelar, más aún lo es su aplicación material. Y es que la prisión preventiva plantea importantes problemas en el ámbito penitenciario, dada la evidente contradicción existente entre el principio de presunción de inocencia, que debe presidir el régimen penitenciario de los preventivos —art. 5 de la Ley Orgánica penitenciaria— con lo que en la realidad práctica constituye la prisión preventiva «una pena a cuenta» donde el recluso preventivo padece los mismos inconvenientes que los penados y encima sin disfrutar de los beneficios penitenciarios de éstos.

### Disposiciones comentadas

LO 1/1979 de 26 Sep. (General Penitenciaria)

TITULO. PRELIMINAR

Artículo 5

TITULO PRIMERO. De los establecimientos y medios materiales

Artículo 10

## I. INTRODUCCIÓN

La presunción de inocencia constitucionalmente relevante en el ámbito procesal para el autor de un hecho delictivo —presunto delincuente— no afecta al interno preventivo, que pasa a ser un recluso con todas las de la ley desde el momento que pisa la cárcel, y como tal va a sufrir todas las consecuencias de la privación de libertad, especialmente las negativas (1). En el ámbito penitenciario no existe la categoría de «presunto», siempre se es un recluso «convicto» —se es recluso o no se es— da igual que uno haya sido juzgado o no.

Afirmar que toda persona es inocente mientras no se declare judicialmente lo contrario, es una de las más importantes conquistas jurídicas de la humanidad. La presunción de inocencia pertenece a los principios fundamentales de la persona y del proceso penal en cualquier Estado de Derecho, y así se encuentra consagrado en el art. 24.2 de nuestra Constitución (CE). Sin embargo, existe una medida procesal que parece contradecir este principio fundamental, como es la figura jurídica de la prisión preventiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad acorde con su naturaleza, es la de garantizar la sustanciación de un proceso penal con el objeto de asegurar los fines del procedimiento y el cumplimiento

de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. Cuando se dicta esta medida cautelar, el imputado o acusado de un delito, sobre quien aún no se ha dictado sentencia firme, y por tanto se mantiene sobre él la presunción de inocencia, es obligado a ingresar en un Centro penitenciario.

Esta situación genera un enfrentamiento evidente entre dos derechos consagrados en nuestra Constitución, por un lado, el derecho a la libertad —art. 17 CE— y, por el otro, el derecho a la presunción de inocencia —art. 24.2 CE—, lo que conlleva la imperante necesidad de lograr el equilibrio necesario que permita situar la prisión provisional entre el deber estatal de perseguir con eficacia el delito y, a la vez, el asegurar el ámbito de libertad para el ciudadano.

La forma de compatibilizar ambos derechos —presunción de inocencia y tutela cautelar penal— sería la de consagrar la excepcionalidad y la proporcionalidad como ejes rectores de la prisión provisional. Por lo que se refiere al principio de excepcionalidad hay que decir que nuestro sistema procesal penal parte de la base de la libertad del imputado durante la tramitación del proceso, de este modo se sitúa la prisión provisional como una excepción a la regla general —no caben más supuestos que los contemplados en la propia ley—. 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 (2) .

De esta forma —con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad— quedaría definitivamente satisfecho el principio de presunción de inocencia en la imposición de esta medida cautelar, que es precisamente lo que se ha pretendido con la nueva regulación que de la prisión provisional ha hecho la LO 13/2003, de 24 de octubre, modificada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Ahora bien, una cosa es la adopción de la medida cautelar y otra su aplicación material, y es que en la práctica real la prisión preventiva, se mire por donde se mire, es una pena anticipada —una prisión sin condena—, puesto que la prisión provisional participa de la naturaleza de las medidas ejecutivas —penas privativas de libertad—. Desde un punto de vista material la prisión preventiva constituye una auténtica pena, en cuanto implica la restricción del derecho a la libertad.

La prisión preventiva se hace condena desde el momento en que el imputado ingresa en un Centro penitenciario y queda sometido al régimen penitenciario establecido al efecto —la prisión preventiva se convierte en una «pena a cuenta»—. Podríamos afirmar, que la ejecución material de la prisión preventiva, convierte a ésta en una institución de carácter penal —deja de ser una institución procesal— cuya ejecución se desarrolla por las mismas normas penitenciarias que la ejecución de las penas.

Y es aquí, en el ámbito de la aplicación material de la prisión preventiva en el marco penitenciario, donde encaja el objetivo de este trabajo, que no es otro que el de analizar la dificultad existente en nuestro sistema penitenciario para conseguir que en la práctica real, es decir durante la ejecución de la prisión preventiva —durante la estancia en la cárcel—, se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 5 LO 1/1979 de 26 de septiembre «... El principio de presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos» y conseguir, realmente, que dicho principio no se convierta, precisamente, en el contrario: el principio de «presunción de culpabilidad».

## **II. LA ADOPCIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL**

### ***1. La justificación de la medida de prisión provisional***

La prisión provisional constituye un elemento relevante como instrumento del Estado de derecho para dotarse de un conjunto de medidas que garanticen la seguridad ciudadana y la efectividad de la lucha contra la criminalidad (3) . En este sentido cobra especial relevancia la figura de la prisión provisional en cuanto medida cautelar de carácter personal que se traduce en una privación del derecho a la libertad y que forma parte del deber estatal de perseguir eficazmente el delito y el de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano (4) .

Para conseguir este objetivo, los supuestos, condiciones y requisitos que deben concurrir para que se decrete la prisión provisional sobre quienes han cometido un delito han de estar establecidos de manera detallada y minuciosa, sin incurrir en automatismos, sino aportando elementos de certeza que garanticen que la prisión provisional será decretada para aquellos que infrinjan el ordenamiento penal de manera grave o reiterada (5) . Es cierto que la prisión provisional constituye un elemento relevante como instrumento del Estado de derecho para dotarse de un conjunto de medidas que garanticen la seguridad ciudadana y la efectividad de la lucha contra la criminalidad, pero no deja de ser menos cierto que el citado Estado de derecho, en concreto en materia de justicia penal, debe preservar el principio de seguridad jurídica y las garantías de los derechos de todos los ciudadanos.

Por todo ello, nuestro Tribunal Constitucional (6) , basándose en gran parte en diversas resoluciones del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (7) , de forma paulatina y unívoca, ha venido estableciendo una serie de requisitos para que la institución de la prisión provisional se adapte a los postulados constitucionales, particularmente al derecho a la libertad y al derecho a la presunción de inocencia, consagrados respectivamente en los arts. 17 y 24.2 CE (8) .

### ***2. Exigencias legales para la adopción de la medida de prisión provisional***

La LO 13/2003, de 24 de octubre, modificada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, vino a introducir una serie de reformas en los arts. 503 y 504 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), mejorando el anterior marco legislativo, cuyo objeto fue, precisamente, dar respuesta a la necesidad de adecuar la ley procesal penal a las exigencias constitucionales, particularmente, la excepcionalidad y la proporcionalidad como presupuestos esenciales para la adopción y mantenimiento de esta medida cautelar de la prisión preventiva.

#### ***A) Presupuestos básicos***

Los presupuestos básicos de la prisión provisional regulados en el art. 502 LECrim. hacen referencia:

A la jurisdiccionalidad de la medida. La prisión provisional sólo va a poder ser decretada por el juez instructor, o magistrado instructor, por el juez que hace las primeras diligencias y por el juez de lo penal, o tribunal que conoce de la causa.

A su naturaleza necesaria y subsidiaria. Esta medida cautelar solamente podrá ser decretada «cuando objetivamente sea necesaria», teniendo en cuenta las circunstancias del imputado y del hecho, así como la entidad de la pena.

Este mismo precepto establece dos exclusiones, en cuyo caso no debe aplicarse la medida cautelar de la prisión provisional: que el hecho no sea constitutivo de delito, y que el hecho, aun aparentemente constitutivo de un tipo delictivo, se haya cometido con causa de justificación.

#### ***B) Requisitos***

Los requisitos precisos para que se pueda adoptar la medida de prisión provisional están regulados en el art. 503 LECrim., y son en concreto:

1.— Que «conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten características de delito» (art. 503.1.1.º LECrim.) —sin causa de justificación—.

2.— Que existan «motivos bastantes» sobre la responsabilidad penal del imputado (art. 503.1.2.º LECrim.).

3.— Que el delito tenga señalada «pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión» (art. 503.1.1.º LECrim.). Si bien en principio se establece dicha limitación penológica, seguidamente se regulan cuatro excepciones, de forma que aunque la pena señalada sea inferior a dos años se puede decretar la medida de prisión provisional:

a) Cuando el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso (art. 503.1.1.º LECrim.).

b) Cuando la prisión se acuerde con la finalidad de asegurar la presencia del imputado en el proceso y hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca en los dos años anteriores [art. 503.1.3.º a) LECrim.].

c) Cuando la prisión provisional se hubiera acordado para evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima [art. 503.1.3.º c) LECrim.].

d) Cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas de forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad (art. 503.2 LECrim.).

### **C) Fines motivadores**

Los fines motivadores, que permiten al Juez acordar la prisión provisional son (art. 503.1.3.º y 2 LECrim.):

1.— El de asegurar la presencia del imputado en el proceso, es decir, evitar su fuga, lo que supondría una burla del sistema con el consiguiente cuestionamiento del funcionamiento de la justicia por la sociedad [art. 503.1.3.º a) LECrim.] (9) .

2.— El de evitar que el inculpado oculte, altere o destruya fuentes de prueba, o pueda influir sobre otros imputados, testigos o peritos, bien por sí mismo o bien por medio de terceros [art. 503.1.3.º b) LECrim.].

3.— El de evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente si es familia —alguna de las personas enumeradas en el art. 173.2 Código Penal (CP)—. Con la peculiaridad de que en este caso no se tiene en cuenta la gravedad de la pena a la hora de adoptar la medida de prisión provisional [art. 503.1.3.º c) LECrim.].

Aun no dándose ninguno de los motivos expuestos en el art. 503.1.3.º, sí se dan los requisitos 1.º y 2.º del referido precepto —hecho delictivo, y apariencia de ser responsable criminal de ese hecho la persona imputada— se puede acordar la prisión preventiva. En este caso, la motivación o finalidad que persigue la prisión provisional es el de evitar que el imputado siga cometiendo hechos delictivos de no adoptarse esta medida (art. 503.2 LECrim.).

## **D) Límite temporal**

### **a) Cuando sólo concurren causas preventivas**

La situación de prisión provisional judicialmente acordada nace con lo que podríamos calificar como un plazo inicial de caducidad. El primer límite temporal de la prisión preventiva viene determinado por su propia naturaleza de provisionalidad, por ello el art. 504 LECrim., comienza estableciendo en su primer apartado que 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 (10) .

El segundo límite temporal está constituido por la determinación legal del plazo máximo de duración de la prisión provisional, lo que quiere decir que aunque subsistan los motivos por los que dicha medida fue adoptada deberá existir un límite temporal infranqueable, como exige el inciso segundo del art. 17.4 CE, al establecer que por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional (11) .

En cumplimiento de este mandato constitucional el art. 504 LECrim., regula los diversos supuestos de duración máxima y su cómputo teniendo en cuenta la exigencia de proporcionalidad. Estos límites legales de la medida de prisión provisional regulados en el art. 504.2 y 3 LECrim., son los siguientes:

**1.** Cuando se trate de evitar riesgos de fuga, de ataques a bienes jurídicos de la víctima o de reiteración delictiva (art. 504.2 párr. 1.º LECrim.):

- a)** El plazo máximo será de un año, si la pena prevista fuera igual o inferior a tres años, ampliable mediante una única prórroga hasta 6 meses más, si el preso no pudiese ser juzgado en el plazo del año.
- b)** De dos años, si la pena fuera superior a tres años ampliable mediante una única prórroga hasta otros 2 años más.

**2.** Cuando la prisión provisional se decreta para evitar la ocultación, alteración, destrucción de fuentes de prueba, o de influir sobre testigos, peritos, u otros inculcados, su máximo es de 6 meses (art. 504.3 LECrim.) (12) .

En caso de condena y de recurso —igual que antes de la reforma— la prisión provisional puede prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia (13) (párr. 2.º art. 504.2 LECrim.).

Por último, señalar que agotada la duración máxima de la prisión provisional se pone en libertad al imputado, pero si éste incumple sus obligaciones de comparecer en el Juzgado los días que tiene señalados o deja de comparecer a los llamamientos que se le hagan, el Juez puede decretar para él una nueva prisión provisional (14) .

### **b) Cuando concurren causas preventivas y penadas**

Surge cierta problemática jurídica sobre el cómputo del plazo de la prisión provisional cuando hay que computar el mismo concurriendo la prisión provisional simultáneamente con una causa penada —concurren en un mismo recluso y en el mismo período la condición de penado y preso preventivo—.

Sobre la consideración que este espacio de tiempo «concurrente» debe de tener a efectos de su cómputo, existen dos posibles posturas:

**a)** Considerar que el acusado que está en situación de preventivo y que se encuentra también en calidad de penado de forma simultánea sigue «materialmente», a todos los efectos, en la primera de ellas —en situación de preso preventivo—.

**b)** Considerar que la simultaneidad de la privación de libertad por cumplimiento de condena y de prisión provisional supone que el actor está a disposición plena del Tribunal sentenciador para dicho cumplimiento de condena.

Según la primera de las posturas, el espacio de tiempo que el sujeto está en prisión provisional concurrente se computaría a los efectos de los plazos establecidos en la normativa procesal, en los términos que hemos visto (art. 504 LECrim.).

Según la segunda postura, este espacio de tiempo concurrente no se computaría a los efectos de establecer la duración máxima de la prisión provisional, porque el Auto de prisión carece de eficacia al no cumplir su finalidad principal —tener al sujeto a disposición del Tribunal— dado que el sujeto ya se halla a disposición de otro Tribunal —el Tribunal sentenciador— (15) .

La solución que el Tribunal Constitucional da a este respecto y que recoge, particularmente, en las sentencias 19/1999, de 22 de febrero y 71/2000 de 31 de mayo, opta por la primera de las posturas referidas y considera que en esta situación concurrente el recluso se encuentra «materialmente» en prisión provisional, porque la distinta funcionalidad de la medida cautelar en que consiste la prisión provisional y de la pena que cumple permite, sin ninguna «violencia lógica», que un mismo hecho —la privación de libertad— cumpla materialmente una doble función, sin que por ello, y en lo concerniente a la primera —la prisión provisional— pueda negarse su realidad material, ni alterarse la normal aplicación de su límite temporal.

Esta interpretación del Tribunal Constitucional obligaría al órgano judicial al cumplimiento de los plazos establecidos en el art. 504 LECrim., y a resolver, razonadamente, la finalización de la situación de preso preventivo al cumplirse los plazos máximos previstos legalmente, o la prórroga de los mismos, si procediera, pero no retrasar estas decisiones, porque el retraso supondría la violación del art. 17 CE. No adoptar esta decisión supondría en la práctica, según opinión del propio Tribunal Constitucional, que el límite temporal de duración de la prisión provisional, fijado en la Ley, dependiera de un elemento incierto, como es el de si simultáneamente el preso extingue, o no, condena por otras causas y la cuantía de tales condenas, incertidumbre que resulta contraria al espíritu del texto constitucional.

### **III. EL RÉGIMEN DE PREVENTIVOS EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO**

#### **1. Aspectos generales (16)**

Entendemos por régimen penitenciario el conjunto de normas que regulan la convivencia y el orden dentro de los Centros Penitenciarios, determinando los derechos y las prestaciones que corresponden al recluso en general. Aparece definido en el art. 73 Reglamento Penitenciario (RP), como el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia ordenada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

La finalidad del régimen de los Establecimientos penitenciarios es conseguir una convivencia ordenada en los mismos, que permita el cumplimiento de los fines previstos en las Leyes procesales para los detenidos y presos; y el tratamiento penitenciario para los penados. Esta delimitación se hace estableciendo una relación de prelación de uno de ellos sobre el otro —del tratamiento sobre el régimen— aunque regidos ambos por el principio de especialización, tal y como señala

el art. 71 Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) (17) .

De este modo, el régimen penitenciario tiene diversos objetivos, especialmente, diferentes en relación con la situación procesal de los reclusos, según que éstos se hallen en la situación de preventivos, o se trate de personas condenadas. Esta diversidad de objetivos se concretiza de la siguiente forma: para los internos preventivos el fin del régimen penitenciario sería exclusivamente la retención y custodia y para los internos penados dicho fin sería el tratamiento penitenciario.

## ***2. Especificidades del régimen de preventivos***

El principio constitucional de presunción de inocencia de los internos preventivos, debería determinar un régimen penitenciario diferenciado del de los penados, pero esta dualidad parece viciada, como tendremos ocasión de comprobar, desde el momento en el que la prisión preventiva se basa, precisamente, en presunciones opuestas a la de la inocencia.

### ***A) La clasificación interior***

Mejor denominada separación interior, para evitar confusiones con la auténtica clasificación penitenciaria o clasificación en grados, está regulada en el art. 16 LOGP, que entre otros criterios concretos, hace la distinción entre la diferente condición procesal de los internos, cuando establece: «... en consecuencia:... b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes». Como vemos, se establece en este precepto, a los efectos de separación interior en los Centros penitenciarios, la diferencia entre interno preventivo y penado, pero como en muchos otros aspectos de la relación penitenciaria, la realidad difiere en demasía del mandato legal, siendo éste uno de los casos en los que el precepto legal no tiene aplicación práctica en muchos de los Centros Penitenciarios, donde por cuestiones de espacio se ven obligados a convivir internos preventivos junto con los penados.

### ***B) Establecimientos Penitenciarios propios para internos preventivos***

El art. 7 LOGP, distingue entre los Establecimientos de preventivos, de cumplimiento y especiales. En cuanto a los primeros su definición aparece recogida en el art. 8.1 de la citada norma, como «Centros destinados a la retención y custodia de los detenidos y presos, aunque también pueden cumplirse en ellos penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo no exceda de 6 meses».

El régimen penitenciario de estos Centros no difiere del que se aplica a los penados clasificados en 2.º grado de tratamiento penitenciario y penados sin clasificar, es decir el denominado régimen ordinario (18) , por lo que a los internos preventivos les son de aplicación las mismas normas regimentales de los Centros de cumplimiento ordinarios, en cuanto a horarios, actividades, comunicaciones y visitas, etc.

### ***C) Régimen especial del artículo 10 Ley Orgánica General Penitenciaria***

Señala el art. 10 LOGP, que los detenidos y presos calificados de peligrosidad extrema, o inadaptados al régimen propio de los Establecimientos de preventivos —el régimen ordinario— podrán ser ingresados en departamentos especiales o destinados a Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado, separados de los penados, dando cuenta de ello a la autoridad judicial competente.

Los motivos de la aplicación de este régimen de vida restrictivo, previsto para los internos preventivos, obedece a los mismos criterios que la clasificación penitenciaria en 1.º grado de los internos penados —la peligrosidad extrema o la inadaptación al régimen de sus centros de destino— (19) . Las normas regimentales en las que se basa este régimen



especial del art. 10 LOGP, están recogidas en los arts. 89 y ss. RP, que regula el régimen cerrado para los internos clasificados en primer grado de tratamiento penitenciario, por lo que debemos de concluir, que las únicas diferencias entre el régimen específico del art. 10 LOGP, para los internos preventivos y el régimen cerrado del primer grado de tratamiento de los penados se encuentra solamente en el procedimiento establecido para su aplicación (20) .

#### ***D) Limitaciones regimentales y medidas de protección personal de los internos preventivos***

Las limitaciones regimentales y medidas de protección personal están previstas en el art. 75 RP, tanto para internos preventivos como penados y se fundamentan en una triple finalidad, como es: la de asegurar la persona del interno, garantizar la seguridad y orden del Establecimiento y la de impedir la influencia negativa de unos internos sobre los otros.

Llama la atención que sea precisamente en el régimen de vida de preventivos, caracterizado por la finalidad de la simple retención y custodia de los internos para su puesta a disposición judicial y organizado en base al principio de la presunción de inocencia, donde se limite la actividad de estos internos y se les someta a una vigilancia y control tan exhaustivo sobre su persona, con unos criterios tan ampliamente discrecionales como permite este precepto reglamentario. Esta regulación podría estar en contradicción con lo que dispone el art. 525 LECrim., cuando dice: «No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad, sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse».

En definitiva, podemos concluir diciendo que la limitación de las actividades de los internos preventivos y su sometimiento a una mayor vigilancia y control, independientemente de que tenga su justificación legal, va más allá del objetivo de la prisión preventiva, que no es otro que el de la retención del interno a disposición judicial, por lo que estos preceptos —arts. 10 LOGP y 75 RP— conculcarían el principio de la presunción de inocencia, que debe presidir el régimen de la prisión preventiva.

#### ***E) La incomunicación judicial***

Es propia y específica sólo de los internos preventivos. Está regulada en el art. 19 RP, como medida que sólo puede adoptar el Juez Instructor de la causa, cuando las necesidades de la instrucción así lo exijan, su duración será la determinada en la regulación que al efecto establece el art. 509.2 LECrim. Todas las actuaciones penitenciarias con el interno preventivo que se halle incomunicado judicialmente necesitarán la expresa autorización del Juez de quien depende. La normativa penitenciaria en el tratamiento de los preventivos actúa de forma supletoria de la procesal (arts. 521 a 527 LECrim.), regulando únicamente algunos aspectos como los relativos a los profesionales del ámbito penitenciario que podrán visitar al interno mientras se halle incomunicado judicialmente.

#### ***F) Los permisos de salida de los preventivos***

El art. 47 LOGP prevé la figura del permiso de salida ordinario como una medida de tratamiento destinada a preparar a los internos para su vida en libertad. En consecuencia, el permiso penitenciario es una parte importante del tratamiento que ha de recibir cada interno de forma individualizada, siendo lo decisivo para concesión de estos permisos la condición de penado. Si embargo, existe en la normativa penitenciaria, por lo que se refiere a los permisos de salida de los preventivos un precepto, que encierra cierta polémica en su contenido es, en concreto, el art. 48 LOGP, cuando dice: «Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente».

El contenido del artículo anterior (art. 47 LOGP) se refiere, tanto a los denominados permisos ordinarios, como a los

permisos extraordinarios. Hay que tener en cuenta que esta referencia conjunta a unos y otros está cargada de consecuencias jurídicas, dada la diferente naturaleza y finalidad de unos y otros permisos—ordinarios y extraordinarios—. Mientras que la finalidad de los permisos ordinarios es la preparación para la vida en libertad, los permisos extraordinarios sólo pretenden que el interno esté presente en los acontecimientos más importantes de la vida familiar.

En todo caso, e independientemente del sentido literal del art. 48 LOGP, hay que valorar este precepto desde la interpretación lógica. En la realidad, la aplicación práctica de este precepto no tiene lugar con los permisos ordinarios, que están concebidos exclusivamente para los penados, y ello porque el disfrute de dichos permisos por parte de los internos preventivos sería no sólo contrario a la medida precautoria de la Ley procesal, sino que además tendría difícil encaje en la finalidad de esta institución penitenciaria, que no es otra que la preparación de los penados para su futura vida en libertad.

### **G) Las comunicaciones y visitas**

Uno de los principios básicos, sobre los que descansan los sistemas penitenciarios progresivos, es el de considerar que el interno no es un ser separado de la sociedad, sigue formando parte de la misma y a ella ha de volver en el momento que cumpla su condena, es preciso pues, que el interno no rompa, en ningún momento, los lazos que le unen con esa sociedad. Las comunicaciones y visitas de los internos preventivos están configuradas dentro del régimen penitenciario como un derecho de éstos, que se fundamenta, entre otros, en estos dos principios:

El derecho de todos los internos a mantener comunicaciones y visitas, independientemente de su situación procesal y penitenciaria (salvo los sometidos a incomunicación judicial).

La posibilidad de que estas comunicaciones se sometan a ciertas restricciones en cuanto a controles por parte de la Administración penitenciaria: por razones de seguridad, del interés del tratamiento y del buen orden del Establecimiento.

Uno de los aspectos, que más relevancia tiene en el aspecto diferenciador entre el régimen de los internos preventivos y el de los penados es, precisamente, este segundo principio—el relativo a la competencia para la restricción de tal derecho—.

Las diferencias radican a la hora de determinar la autoridad judicial competente para adoptar y/o fiscalizar las medidas de la suspensión e intervención de las comunicaciones de los internos preventivos. La situación de interno preventivo, plantea problemas competenciales debido al carácter mixto de su relación jurídica penitenciaria, por una parte depende de la autoridad judicial que ha decretado su internamiento en el Establecimiento penitenciario, pero al mismo tiempo, está sometido a normas regiminales, cuya responsabilidad recae sobre la Administración Penitenciaria y controla el Juez de Vigilancia penitenciaria.

Sobre la competencia para ejercer este control judicial de las comunicaciones de los internos preventivos existen dos posiciones contrapuestas:

La primera, que considera que lo dispuesto en el art. 25 CE «... el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo condena gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo...», entre los que se encuentra la inviolabilidad de la correspondencia (art. 18 CE), no será de aplicación a los internos preventivos, dado que a éstos les debe ser de aplicación el principio general del art. 24.2 CE «derecho a la presunción de inocencia...», debiendo de ser el Juez Instructor el que debe determine la posibilidad de intervenir o suspender las comunicaciones de los internos preventivos en atención a lo dispuesto en el art. 524 LECrim. «el Juez Instructor autorizará en cuanto no se perjudique el

éxito de la instrucción, los medios de correspondencia y comunicación de que pueda hacer uso el detenido o preso».

La segunda, es la que considera que la normativa penitenciaria debe de regular el tema de las comunicaciones de los internos preventivos, considerando que estos internos están unidos por la misma relación de sujeción especial que los penados y, por lo tanto, sometidos a los mismos controles, con la única diferencia que los acuerdos de suspensión o intervención de sus comunicaciones será comunicado a la autoridad judicial de la que depende el interno, en lugar de hacerlo al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Entre ambas posturas debe de existir una intermedia, que es la que adopta el Reglamento Penitenciario, que considera que todas las cuestiones que se puedan derivar de las comunicaciones de los preventivos y, sobre todo, lo que afecta a la suspensión o intervención de las mismas, debe de ser fiscalizado por el Juez de Vigilancia penitenciaria, sin perjuicio de que para cuestiones como la autorización de entrevistas con medios de comunicación u otras cuestiones de esta índole, se solicite el parecer del Juez del que depende el interno, por si esta cuestión puede afectar a la instrucción del sumario.

#### **H) El derecho y el deber de trabajar**

El derecho al trabajo en el ámbito penitenciario tiene un doble carácter, según se trate de internos penados, para los que es obligatorio, o de internos preventivos, para los que es voluntario. De esta forma, art. 29.3 LOGP establece «Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del Establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquel...».

El planteamiento de este precepto de no obligar al interno preventivo a trabajar es acertado y respetuoso con el principio de presunción de inocencia que debe regir la prisión preventiva. Asimismo, la voluntariedad del trabajo para los preventivos exime a la Administración penitenciaria del deber de proporcionárselo, bastando solamente que les proporcione los medios de ocupación de que disponga —deber que si tiene dicha Administración para con los internos penados— (21) .

#### **I) El régimen disciplinario**

Cuando la potestad sancionadora se ejerce en el marco de las denominadas relaciones especiales de sujeción, hablaremos de potestad disciplinaria. Desde la STC 74/1985, de 18 de junio, la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando sistemáticamente esta categoría a la relación jurídica penitenciaria. La jurisprudencia constitucional ha justificado así la existencia del régimen disciplinario penitenciario, que podemos definir como aquel conjunto de normas que definen los comportamientos infractores de la seguridad y la convivencia ordenada de los establecimientos penitenciarios —faltas disciplinarias—, así como las sanciones que corresponden a tales infracciones, y que regulan además el procedimiento a través del cual se determina las reglas de aplicación de las sanciones, y las reglas de su cumplimiento.

Dicha potestad disciplinaria se asocia a la finalidad de retención y custodia, a la exigencia de mantener una convivencia ordenada y a la exigencia de establecer una pronta corrección de aquellas conductas que afecte a dicha custodia, o convivencia ordenada —STC 2/1987, de 21 de enero—. Así se proclama en el art. 41.1 LOGP, conforme al cual «el régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada».

En consonancia con este fin específico del régimen disciplinario es natural que no exista en su aplicación ninguna

diferencia atendiendo a la distinta situación procesal del recluso. Cuando una acción de un interno —preventivo o penado— deteriora la seguridad o la normal convivencia, es sancionado independientemente de cual sea su situación procesal —preventivo o penado—.

#### ***J) Exclusión de los beneficios penitenciarios propios del sistema de individualización científica para los internos preventivos***

Si existe una diferencia sustancial entre el régimen penitenciario de los preventivos frente al de los penados, ésta se encuentra en los denominados beneficios penitenciarios, en concreto, en la exclusión de los internos en situación de preventivos del acceso a los mismos. Entendemos el término «beneficios penitenciarios» en sentido amplio donde se incluirían, no sólo aquellos beneficios que suponen el acortamiento de la condena o la anticipación de la salida de prisión —el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional— (22) , sino también todos aquellos mecanismos jurídicos penitenciarios que suponen una mejora objetiva en las condiciones de vida del recluso que conllevan el acortamiento de la reclusión efectiva, entre ellos: la propia libertad condicional, los permisos de salida, las salidas programadas y el régimen abierto.

La situación de preventivo impide al recluso el goce de los «beneficios penitenciarios» que concede la ley a los penados, porque dichos beneficios están unidos, inevitablemente, a la resolución administrativa de la clasificación penitenciaria en grados (23) , que no procederá mientras no recaiga sentencia en todas y cada una de las causas por las que se encuentre preventivo. Es más, si el interno penado está clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedaría sin efecto dicha clasificación (art. 104.2 RP). Como vemos, penitenciariamente prima la condición de preventivo del recluso con preferencia sobre la de penado (24) , lo que supone que el medio penitenciario aplica, en estos casos, el «trato» de un preso preventivo a los penados. Esto significa que el cumplimiento en calidad de penado se ve directa y perjudicialmente afectado por el hecho de coincidir con una situación de prisión provisional decretada, pues el penado que se encuentra con causas pendientes en situación de prisión provisional no puede acceder a ningún régimen de semilibertad, no puede obtener permisos, ni puede obtener la libertad condicional (25) .

La razón por la que el disfrute de los beneficios penitenciarios queda reservado en exclusiva a los internos penados «puros» y vedado a los preventivos obedece a la propia naturaleza, tanto de los beneficios penitenciarios como de la medida cautelar de la prisión preventiva.

En cuanto a la naturaleza de los beneficios penitenciarios, tal y como hoy son entendidos, los beneficios penitenciarios son mecanismos articulados conforme a los principios constitucionales que informan la pena privativa de libertad —la reeducación y reinserción social—. Así el art. 203 RP, señala que los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena, en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad, recogiendo así las posibilidades previstas en la Regla 70 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por Naciones Unidas en 1955.

En cuanto a la naturaleza de la medida cautelar de la prisión preventiva, la imposibilidad de acceder los internos preventivos a los beneficios penitenciarios es una consecuencia de la propia naturaleza de esta medida cautelar, que se vería frustrada si el recluso pudiera hacer uso de aquellos «beneficios penitenciarios» que le permiten salidas de prisión sin custodia policial.

En resumen, del estudio, que hemos hecho de las particularidades propias del régimen de los internos preventivos, hemos de llegar a la conclusión, que las pocas especificidades que existen en el régimen de preventivos son,

precisamente, las que más contradicen el principio de presunción de inocencia, que preconiza el art. 5 LOGP, en concreto: las medidas interventoras (arts. 10 LOGP y 75 RP, régimen disciplinario) y la exclusión de los beneficios penitenciarios. Y es que no deja de ser paradójico que se recoja la regulación de la presunción de inocencia dentro de la normativa penitenciaria, dado que si a favor del imputado preso existiese una verdadera presunción de inocencia toda medida de la Administración penitenciaria interventora con el interno estaría de sobra. En este contexto se podría afirmar, que el cumplimiento de la prisión preventiva viola la presunción de inocencia, porque en realidad el ingreso en un centro penitenciario constituye ya de por sí una manifiesta «presunción de culpabilidad».

#### **IV. POSIBLES MECANISMOS JURÍDICOS PARA INTENTAR COMPAGINAR RÉGIMEN PENITENCIARIO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

Partiendo del hecho incuestionable de que la prisión preventiva lesionará siempre la presunción de inocencia, el cumplimiento de esta medida cautelar debería estar orientado a que cause el «mal mínimo posible». Para intentar conseguir este difícil objetivo, existen dos mecanismos, uno de tipo penal—computar el tiempo pasado en prisión provisional como de extinción de la futura condena— y el otro de tipo penitenciario—aplicar al interno preventivo, en la medida de lo posible, las mismas técnicas reinsertadoras que a los internos penados—.

##### **1. El abono de la prisión provisional a la pena**

Materialmente la prisión preventiva se hace condena desde el mismo momento que se ingresa en la prisión —es una condena a cuenta— por lo que cuando la culpabilidad del interno haya sido declarada por sentencia, el tiempo pasado en prisión provisional debe servir para el cumplimiento de la condena impuesta, aunque podría darse el caso que dicha culpabilidad no llegue a declararse, de ahí que haya que valorar ambas posibilidades.

##### **A) Cuando la culpabilidad haya sido declarada**

La prisión provisional además de su finalidad cautelar principal, que es la de asegurar la disponibilidad física del imputado, tiene otra añadida en beneficio del sometido a prisión, consistente en que la privación de libertad se imputará al cumplimiento de la pena si fuese condenado el afectado. El abono del tiempo pasado en prisión preventiva supone una reducción de la pena que se está cumpliendo a costa de un tiempo de prisión preventiva ya sufrido antes, lo que supone partir de una implícita identificación del significado de la prisión provisional y de la pena de prisión, como una especie de pena anticipada porque, sin duda, ello beneficia al sometido a pena de prisión.

El cómputo del tiempo pasado en situación de prisión provisional está regulado en el art. 58 Código Penal (CP), a efectos de liquidación de condena. Las reglas que contiene el citado precepto consisten en la aplicación del tiempo que se ha permanecido preventivo en la misma causa o en otra distinta a la condena privativa de libertad que se está cumpliendo. Técnicamente, podemos decir que existen dos tipos de abonos de preventiva previstos en el art. 58 CP: en la misma causa en la que se ha sufrido la prisión preventiva, o en causa distinta (26) .

##### **a) En la misma causa en la que se ha sufrido la prisión preventiva**

Consiste en la aplicación del tiempo que se ha permanecido preventivo en la misma causa por la que se esté cumpliendo condena a la condena privativa de libertad. Es decir, el tiempo de prisión preventiva sufrido en el mismo procedimiento por el que luego se resulta condenado lo que, por otra parte, resulta lógico, que un tiempo de prisión preventiva se aplique como condena cumplida a cuenta de la pena posteriormente impuesta.

##### **b) En causa distinta en la que se ha sufrido la prisión preventiva**

Tiene lugar cuando habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria, o la pena impuesta es inferior al período pasado en prisión preventiva, pero existan otra u otras causas en las que dicho tiempo de prisión pudiera ser abonado.

En la práctica y, ante el abuso indiscriminado de la prisión preventiva en nuestro sistema y la enorme dilación de los procedimientos, era bastante frecuente la aplicación de un periodo de preventiva indebidamente sufrida en un procedimiento a otro por el que se encontrara una persona penada. Esta aplicación era prácticamente automática, lo que generaba el denominado «cheque en blanco», es decir, el abono de la prisión preventiva de una causa a otra, cuando la segunda se comete conociendo que se tiene un periodo de prisión preventiva cumplido en exceso o indebidamente de la primera causa.

Este efecto del «cheque en blanco» se ha pretendido evitar a través de la reforma introducida en el art. 58 por la L 15/2003, de reforma del CP, mediante la utilización de un criterio de apreciación, caracterizado por su objetividad y simplicidad, como es el de evitar que la persona en el momento de cometer un delito conozca, o pueda conocer de antemano, que tiene un tiempo de prisión preventiva susceptible de ser abonado a otra causa. Para ello existen dos posibilidades de evitar esta consecuencia:

- a) Que el delito por el que es condenado con posterioridad el autor se cometa antes de entrar preventivo por un procedimiento por el que luego resulta absuelto.
- b) Que una persona haya estado preventivo y antes de resultar absuelto por ese procedimiento cometa un nuevo hecho delictivo.

Dado que en ambos supuestos la persona al cometer un nuevo hecho delictivo desconoce la posibilidad de que le pudiera ser abonado un tiempo de preventiva, bien porque todavía no lo había sufrido, bien porque habiéndolo sufrido, todavía no se había dictado la resolución que convertía ese tiempo en abonable. Sin embargo, la reforma del art. 58 CP introducida por la L 15/2003, sólo ha recogido en el núm. 3 del citado precepto como preventiva abonable «impropia o amplia» la del primer supuesto al que hemos hecho referencia.

### ***B) Cuando la culpabilidad no llegue a declararse***

Como en el supuesto anterior, tiene lugar cuando, habiendo permanecido un tiempo en prisión preventiva, el procedimiento ha sido sobreseído y archivado, se ha estimado prescrito el delito, se ha dictado sentencia absolutoria o la pena impuesta es inferior al periodo pasado en prisión preventiva y no existe otra u otras causas en las que dicho tiempo de prisión pudiera ser abonado, como en el caso anterior.

No es infrecuente observar que en muchas ocasiones después de pasar varios meses en prisión los procesados son puestos en libertad sin ningún cargo. Estos casos tienen especial trascendencia pública cuando son casos relacionados con el ámbito competencial de la Audiencia Nacional, que suelen salir a la luz pública en los medios de comunicación, pero esto mismo ocurre en otros muchos Tribunales, aunque permanezcan en el anonimato tales situaciones.

Algo no debe funcionar bien en nuestro sistema judicial si estos hechos se producen con la relativa frecuencia con la que se están produciendo, lo que convierte a la institución de la prisión preventiva, ya por su misma naturaleza injusta, además en un castigo totalmente arbitrario y abusivo.

La solución para estos supuestos pasaría por compensar el daño causado, aunque difícilmente reparable, con la

correspondiente indemnización económica a través de la institución de la responsabilidad patrimonial por el tiempo de prisión preventiva indebidamente padecido (27) .

### ***C) Cuando la situación de preventivo concorra con la de penado***

La situación procesal de prisión provisional puede coincidir en el mismo recluso simultáneamente con la situación de penado, lo que en la terminología penitenciaria se denominada situación de «penado mixto» —quien simultanea prisión preventiva y cumplimiento de condena— para diferenciarlo del «penado puro», que es aquel cuyas causas están todas ellas penadas.

Hasta ahora, y en aplicación de lo preceptuado en el art. 58 CP, se partía del hecho, a efectos de realizar la correspondiente liquidación de condena, de que el acusado que se encuentra también en calidad de penado no está «materialmente» en situación de preso preventivo, ya que, cuando de forma simultánea se está en situación de preventivo y de penado, el tiempo cumplido sólo se computa como de cumplimiento de la condena. Es decir, quien simultanea prisión preventiva y prisión como penado, sólo computa con este último carácter —de penado—. En definitiva, que primero se cumple la condena, y después, una vez cumplida, se podrá empezar el cómputo de la prisión preventiva, porque se consideraba que la privación de libertad es única y la permanencia en prisión provisional a los efectos de la privación de libertad es meramente formal.

El Tribunal Constitucional cambió radicalmente este criterio en su sentencia 57/2008 de 28 de abril y considera que en los supuestos de concurrencia de situaciones procesales preventivas y penadas se debe de abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que conlleva en la práctica abonar el mismo período de privación de libertad para el cumplimiento de condena dos veces en dos causas distintas —preventiva y penada—.

## ***2. Aplicación de las actividades reinsertoras de la pena privativa de libertad a los preventivos***

Como hemos podido comprobar, el régimen penitenciario en la prisión preventiva, debería tener una finalidad «única», retener al interno a disposición judicial, garantizando con ello la presencia del imputado durante el juicio y, asimismo, la eventual ejecución de la pena. Sin embargo, esta finalidad propuesta en exclusividad en la normativa penitenciaria, no queda materializada en este sentido tan restrictivo. La Administración Penitenciaria realiza en la práctica real con el recluso preventivo una serie de actividades que, en general, poco difieren de las actuaciones que ésta realiza con un penado —salvo la clasificación penitenciaria—.

El objetivo resocializador atribuido a la pena privativa de libertad en el art. 25.2 CE, va a determinar tras la entrada en vigor de la LOGP en el año 1979, un nuevo sistema de ejecución penal al que se denomina sistema de «individualización científica» (28) que se inspira en el tratamiento penitenciario con una base de metodología científica, en los términos recogidos en art. 72.1 LOGP. De esta forma, la pena privativa de libertad se concibe como tratamiento, esto es, como actividad directamente encaminada a la reeducación y reinserción social mediante la utilización de métodos científicos adecuados. El tratamiento penitenciario aparece definido en el art. 59.1 LOGP, como «el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción de los penados», añadiendo en su punto 2 que «el tratamiento pretende hacer del interno una persona con la motivación y la capacidad de vivir respetando la ley penal, así como subvenir a sus necesidades».

La finalidad del tratamiento es conseguir la reeducación y reinserción social; esta orientación reeducadora y reinsertadora sólo cabe para los penados como se infiere del inciso primero del art. 25.2 CE, conforme al cual «las

penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados». Así, se justificará que las instituciones penitenciarias deban desarrollar actividades tendentes a lograr la reeducación y reinserción social de los penados y que dicha actividad no podrá conceptualmente afectar a los detenidos y presos, por cuanto éstos ostentan el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Sin embargo, el concepto del tratamiento penitenciario que recoge la LOGP, así como sus fines fueron ampliados por el Reglamento Penitenciario de 1996, RD 190/1996, de 8 de febrero, que opta por una concepción mucho más amplia, consolidando una concepción del mismo más acorde a los planteamientos actuales de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador, más que en el concepto clínico, como se concebía en la LOGP (29), donde se incluyen no sólo las actividades terapéutico-asistenciales, sino también aquellas actividades formativas, educativas, laborales, socioculturales, recreativas, deportivas etc., concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de la personalidad del interno y dotando a éste de instrumentos eficientes para su propia emancipación.

Esta nueva orientación amplia del tratamiento penitenciario vale para todos los internos —no sólo para los penados— y permite que los preventivos tengan la misma atención que los internos condenados. Esto es comprensible y no puede ser de otra manera, dado que los preventivos están privados de libertad igual que los internos penados y en algunos casos por largos espacios de tiempo; y que seguirán privados de dicha libertad, en el momento en el que sean condenados, lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra privación de libertad se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación. La prisión provisional no deja de ser «realmente» una pena sólo porque «jurídicamente» no debe serlo, la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera.

Para llevar a término esta actividad reinsertadora de los preventivos el Reglamento Penitenciario contempla, junto con los programas de tratamiento de los penados, los modelos de intervención (art. 20 RP). Estos modelos de intervención, contienen una planificación educativa, socio-cultural y laboral, que permite destinar las principales actividades tratamentales a este tipo de internos. En la práctica, los internos preventivos reciben por parte de la Administración penitenciaria las mismas atenciones «reinsertadoras» que los internos penados, incluyendo aquellos aspectos que pudieran tener una relación más estrecha con el concepto estricto del tratamiento penitenciario, en los términos recogidos en la LOGP, como es el caso de la atención que, también, se dispensa a los preventivos incurso en programas de deshabitación y desintoxicación, u en otros programas específicos de atención especializada de los previstos en el art. 116 RP. Con ello se conseguirá, que en ningún caso, las condiciones regiminales de los internos preventivos tengan que ser peores que las de los internos condenados y, de esta forma, conseguir que si ya de por sí la prisión preventiva es un mal necesario que, al menos, cause el «mal mínimo».

## V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos hacer las siguientes valoraciones sobre la relación entre régimen penitenciario y principio constitucional de presunción de inocencia:

En primer lugar, ***la prisión provisional participa de la naturaleza de las medidas ejecutivas —pena privativa de libertad— y desde un punto de vista material constituye una auténtica pena, en cuanto implica la restricción del derecho a la libertad, por ello la prisión preventiva no es tanto una institución procesal, como más bien una***



***institución de carácter penal, cuya ejecución se desarrolla por las mismas normas penitenciarias que la ejecución de las penas***, es una pena anticipada a la sentencia —una pena a cuenta o prisión sin condena—.

En segundo lugar, en la práctica real, el principio de presunción de inocencia consagra un estadio jurídico y no una presunción legal. El imputado es inocente hasta que sea declarado culpable por sentencia firme, pero ello no obsta a que durante el cumplimiento de la medida cautelar, se puedan adoptar sobre el recluso medidas coercitivas y limitativas igual que para los penados que, por otra parte, son necesarias para lograr una convivencia social adecuada, pero difícilmente compatibles con el principio de presunción de inocencia.

En definitiva, que ***la aplicación material de esta herramienta jurídica de la prisión provisional supone que nuestro sistema penitenciario está determinado más por el «principio de presunción de culpabilidad», que por el de «inocencia», y que la aplicación material de la prisión preventiva, en la mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia.***

- (1) De entrada, el efecto social de la estigmatización, además de todos los consabidos efectos psicológicos negativos que supone el ingreso en un Centro penitenciario.

---

- (2) Además, hay que tener en cuenta que el principio de proporcionalidad exige que sea razonable el privar a una persona de su libertad en comparación con la importancia del fin perseguido.

---

- (3) La sociedad democrática no puede consentir que la comisión reiterada de delitos, aunque no sean especialmente graves, genere un alto nivel de inseguridad ciudadana, por ello, cobra especial relevancia la actuación del sistema jurídico de un Estado de derecho, que puede corregir con especial firmeza esta situación mediante el instrumento de la prisión provisional.

---

- (4) Como ya expresara la STC 41/1982, de 2 de julio, y recuerda la Instrucción de la Fiscalía General del Estado núm. 4/2005, sobre motivación por el Ministerio Fiscal de las peticiones solicitando la medida cautelar de prisión provisional o su modificación

---

- (5) La prisión provisional es una medida cautelar que se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y asegurar el ámbito de libertad del ciudadano, por lo que ha de ser concebida —en su adopción y mantenimiento— como medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de los fines constitucionalmente legítimos de asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva (SSTC 41/1982 y 47/2000).

---

- (6) Destacamos, entre otras, las siguientes: SSTC 41/1982 de 2 de julio; 56/1987 de 14 de mayo; 3/1992 de 13 de enero; 52/1995 de 23 de febrero; 128/1995 de 26 de julio; 37/1996 de 11 de marzo; 62/1996 de 16 de abril; 158/1996 de 15 de octubre; 44/1997 de 10 de marzo; 66/1997 de 7 de abril; 98/1997 de 20 de mayo; 156/1997 de 29 de abril; 49/1999 de 5 de abril; 47/2000 de 17 de febrero.

---

- (7) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado al respecto en casos como: SS de 27 de junio de 1968 —Caso Neumeister v. Austria—; 10 de noviembre de 1969 —Caso Matznetter—; 27 de agosto de 1992 —Caso Tomasi v. Francia; 26 de enero de 1993 —Caso W y Suiza—.

---

- (8) SSTC 66/1989, de 17 de abril; 37/1996, de 11 de marzo, y 67/1997, de 7 de abril, y la esencial 47/2000, de 17 de febrero, entre otras muchas.

---

- (9) No se arregla mucho si realmente no se consigue juzgar a los acusados en un plazo de tiempo corto y razonable, sin dilaciones, indebidas, tal como recoge el art. 5.3 Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, al que también se alude en la Exposición de Motivos de la reforma, pues no garantizaría el impedimento de la fuga cuando el funcionamiento lento e ineficaz de la justicia penal agota los plazos de duración máxima de la prisión provisional, por la falta de jueces, de funcionarios, de medios técnicos, y cuando no hay medidas que permitan el control policial efectivo de los liberados de la prisión provisional por mucho que ahora se recoja literalmente la posibilidad de retenerles el pasaporte.

---

- (10) Se recoge así, la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto SSTC 128/1995, de 26 de julio; 44/1997, de 10 de marzo.

- (11) Esta exigencia constitucional tiene un doble fundamento: el primero se encuentra en la necesidad de ofrecer una garantía de seguridad jurídica a los ciudadanos, de forma que el afectado por dicha medida cautelar conozca el límite temporal de restricción de su derecho a la libertad, y, el segundo, se refiere a la necesidad de evitar dilaciones indebidas en los procesos penales, ya que la determinación de un plazo legal máximo de prisión provisional tiene por objeto que los órganos jurisdiccionales reduzcan el tiempo de tramitación de las causas penales con preso. Entre otras SSTC 174/2000, de 29 de mayo; 305/2000, de 11 de diciembre; 98/2002, de 29 de abril y 23/2004, de 23 de febrero.
- 
- (12) Debe tenerse en cuenta que de encontrarse la causa bajo secreto de sumario, o el preso en situación de prisión incomunicada, y se levantara antes de 6 meses dicha medida, para mantener la prisión provisional el tribunal deberá motivar la subsistencia de los presupuestos de la misma
- 
- (13) Las disposiciones contenidas en ambos párrafos del art 504.2 LECrim. han de integrarse en una interpretación sistemática de los mismos, para evitar que resulte más perjudicial para el imputado la prisión provisional antes de dictarse sentencia que en el supuesto de que la misma se hubiere dictado, y por tanto, hubiere adquirido el *fumus boni iuris* una especial fuerza (STC 62/1996).
- 
- (14) La anterior regulación de la prisión provisional establecía que ésta no debería durar más de: 3 meses para delitos con pena de arresto mayor (es decir, pena de 1 mes y día hasta 6 meses), 1 año ampliable hasta otro año más si no podía ser juzgado en el plazo del año, para delitos con pena de prisión menor (es decir, de seis meses y un día a 6 años), de 2 años ampliable hasta otros 2 años más si no podía ser juzgado en el plazo de los dos años, para delitos con pena superior a prisión mayor (es decir, a partir de 6 años y un día).
- 
- (15) Y ello porque el mantenimiento de la prisión provisional cuando se está privado de libertad por cumplimiento de otra causa, no cumple las finalidades que como situación excepcional de derecho cautelar prevé el ordenamiento jurídico, pues si el sujeto pasivo no puede fugarse o manipular pruebas qué sentido tendría el mantenimiento de la prisión provisional.
- 
- (16) A la semana del 14 de agosto de 2009 de un total de 76.344 internos en las cárceles española 16.042 son preventivos lo supone un 21,01% de la población reclusa. La cifra de penados a esta misma fecha es de 60.302, lo que supone un 78,99%.
- 
- (17) Art. 71.LOGP  
«1. El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.  
2. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.»
- 
- (18) Art. 74.RP «Tipos de régimen.  
1. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.»
- 
- (19) Art. 102.5 RP.
- 
- (20) El régimen especial del art. 10 LOGP es aplicado por la Junta de Tratamiento del Centro, previa solicitud de los informes pertinentes y comunicado al Juez de Vigilancia Penitenciaria. El primer grado de tratamiento por el contrario es aplicado por el Centro Directivo, como una resolución más de clasificación, a propuesta de los Equipos Técnicos de los Centros Penitenciarios, *vid.* art. 97 RP.
- 
- (21) *Vid.*, SSTC 82/1986; 2/1987; 172/1989 y 17/1993.
- 
- (22) Art. 202 RP «1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.»
-

- (23) Es la resolución administrativa que determina la base del sistema de «individualización científica», ya que aquélla es presupuesto necesario para lograr una vez recaída sentencia condenatoria la individualización de la pena con la finalidad de intentar la reinserción social de los reclusos. La clasificación penitenciaria se lleva a cabo tras tomar en cuenta una serie de variables, tales como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, todo ello en los términos descritos en el art. 63 LOGP. De todas las variables referidas, son las relacionadas con la evolución de la personalidad las que tienen mayor relevancia para ejecución de las condenas, incluso sobre las propias variables relacionadas con la actividad delictiva. Y ello, con el objetivo de posibilitar que el penado cumpla la condena de una forma que se ajuste plenamente a sus circunstancias particulares —«principio de individualización»—. Esta decisión administrativa de la clasificación penitenciaria determinará la asignación de un determinado grado de tratamiento —1.º, 2.º o 3.º— que conllevará un determinado régimen de vida.
- 
- (24) En consecuencia, en estos casos el Auto de prisión afecta a la situación penitenciaria del actor, que hubiera sido otra si no existiese dicho Auto, lo que supone una restricción de su ámbito de libertad al afectar al contenido del cumplimiento de la pena, limitando incluso su posibilidad de una libertad anticipada.
- 
- (25) Para compensar este inconveniente el TC en su sentencia 57/2008 de 28 de abril, considera que en los supuestos de concurrencia de situaciones procesales preventivas y penadas se debe de abonar al recluso en su totalidad el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente, lo que conlleva en la práctica abonar el mismo período de privación de libertad para el cumplimiento de condena en dos causas distintas —preventiva y penada—.
- 
- (26) Art. 58 CP «1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.  
2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.  
3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar...».
- 
- (27) Para más detalle sobre este tema ver SALÀS I DARROCHA, J. T., «La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 2003, págs. 1873-1890.
- 
- (28) El nuevo sistema de «individualización científica» heredero de los denominados sistemas progresivos se caracteriza, además de estar basado en la personalidad del interno y en el tratamiento penitenciario, en que éste se puede realizar, con mayor flexibilidad ya que permite al penado ser clasificado inicialmente en cualquiera de los grados que prevé el sistema excepto el último que es la libertad condicional sin que se exijan tiempos mínimos ni máximos de estancia o correlación de unos a otros.
- 
- (29) El concepto de tratamiento penitenciario, que recoge la LOGP en el art. 65 LOGP «actividad encaminada a modificar aquel sector de la personalidad del interno que ha dado origen a la actividad delictiva» está basado en un concepto eminentemente clínico, que conceptúa la personalidad del delincuente, bajo el prisma de la clínica criminológica, tratando a éste bajo un aspecto patológico, que con el símil extraído de la medicina, es preciso curar.
-