

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXXVI

Núm. 2.249

Marzo de 2022

RECENSIÓN



SIMÓN CASTELLANO, P. y ABADÍAS SELMA, A. (dirs.).
**Presos sin condena. Límites y abusos de la institución
cautelar al albur de la reforma de la LECrim**

María Victoria Álvarez Buján



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-15-001-5

<https://ojs.mjusticia.gob.es/index.php/BMJ>

CONSEJO DE REDACCIÓN
BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

DIRECTOR

D. Antonio Pau
*Registrador de la Propiedad y académico de número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación (España)*

SECRETARIO

D. Máximo Juan Pérez García
*Profesor titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Enrique Peñaranda Ramos
*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Alfonso Luis Calvo Caravaca
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid (España)*

D. Francisco Marín Castán
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo (España)

D.^a Encarnación Roca Trías
*Vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional
Académica de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Barcelona (España)*

D.^a Magdalena Nogueira Guastavino
*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Nieves Fenoy Picón
*Catedrática de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D. Ángel Menéndez Rexach
*Catedrático emérito de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid (España)*

D.^a Teresa Armenta Deu
*Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de Girona (España)*

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

RECENSIÓN

SIMÓN CASTELLANO, P. y ABADÍAS SELMA, A. (Dirs.). Presos sin condena. Límites y abusos de la institución cautelar al albur de la reforma de la LECrim

Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021. 636 pp.
ISBN papel: 978-84-1345-139-8

MARÍA VICTORIA ÁLVAREZ BUJÁN

Doctora en Derecho

PDI en Universidad Internacional de La Rioja

Abogada (colegiada 2.523 ICA Ourense)

La obra colectiva objeto de recensión ha sido dirigida al alimón por el Prof. Dr. Pere Simón Castellano y el Prof. Dr. Alfredo Abadías Selma. De la tarea de prologarla se ha ocupado el letrado Eduardo Torres-Dulce Lifante, quien, de forma original y muy apropiada, por cierto, trae a colación una cita de la obra maestra de nuestra literatura, *Don Quijote de la Mancha*, y lo hace con la intención de poner de manifiesto, de forma gráfica, la importancia de la libertad como derecho, el claro hilo conductor de esta obra.

Nos hallamos ante un trabajo desarrollado con pleno rigor académico y de notorio interés jurídico-práctico, especialmente para aquellos operadores jurídicos que se ocupan del derecho penal y del derecho procesal penal, por ahondar en un tema

tradicionalmente problemático, desde un punto de vista tanto dogmático como práctico, como es la medida cautelar de prisión provisional.

La obra, que demuestra un exquisito manejo de la metódica investigadora y de las fuentes bibliográficas, legales y jurisprudenciales, se compone de veintidós capítulos redactados por expertos en la materia que tratan, desde una perspectiva multidisciplinar, los aspectos más fundamentales, polémicos y críticos de la prisión provisional. Los referidos capítulos se distribuyen en cuatro partes. Así, los primeros doce capítulos se enmarcan dentro de la primera parte, que se refiere al régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional como institución procesal. La segunda parte se encuentra conformada por un único capítulo (el decimotercero) que versa sobre el sistema de indemnización por prisión provisional injusta e indebida. La tercera parte se halla conformada por tres capítulos (decimocuarto, decimoquinto y decimosexto) que aluden al *case law*, al comentar (jurídico-críticamente) casos y resoluciones judiciales que resultan icónicos en relación con la temática objeto de estudio. Y la cuarta y última parte recoge una visión de derecho comparado, teniendo en cuenta el régimen jurídico-penal internacional, y se estructura sobre la base de seis capítulos (decimoséptimo a vigésimo segundo).

El primer capítulo ha sido elaborado por el Prof. Dr. Ricardo Rodríguez Fernández y recoge una síntesis de la evolución histórica de la prisión como pena, analizando la Edad Antigua, la Ilustración y las codificaciones hasta llegar a la época actual y al Código Penal vigente en nuestro ordenamiento. El autor repasa alternativas a las penas de prisión, incide en la determinación e individualización de la pena y realiza interesantes propuestas *de lege ferenda*.

El segundo capítulo se ha escrito por el Prof. Dr. Javier Ignacio Prieto Rodríguez, quien plantea la crisis de la prisión provisional y examina su conveniente reducción a la mínima expresión, haciendo mención a medidas alternativas y teniendo en cuenta no solo la regulación procesal de esta medida cautelar, sino también los principios que deben presidirla (presunción de inocencia, legalidad, jurisdiccionalidad y arbitrio judicial, excepcionalidad, instrumentalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, carácter no retributivo...).

En el tercer capítulo, la Prof. Dra. Tania García Sedano incide en los principios de legalidad, jurisdiccionalidad, necesidad, excepcionalidad, subsidiariedad, proporcionalidad, temporalidad e instrumentalidad y, además, lleva a cabo un interesante análisis crítico de los requisitos de adopción de la prisión provisional como medida cautelar (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*). Aporta un interesante punto de vista práctico que, entendemos, obedece en buena medida a su papel como magistrada suplente en la Audiencia Provincial de Madrid.

El cuarto capítulo es de la autoría del letrado de la Administración de Justicia Álvaro Perea González y en él se efectúa un detallado estudio de los plazos y el control temporal de la medida cautelar de prisión provisional. Tales extremos se presentan de especial interés no solo en el ámbito académico o investigador, sino también en la praxis judicial, donde resulta fundamental (sobre todo desde la posición de la dirección

letrada de la defensa) dominar el contenido y aplicación de los arts. 504 y 539 de la LECrim.

El quinto capítulo hace alusión a la prisión preventiva como herramienta para la prevención, esto es, para evitar la reiteración delictiva, y es obra del Prof. Dr. Eduardo Rodríguez-Cano Giménez-La Chica. El capítulo sexto, cuyo autor es el Prof. Dr. José León Alapont, aborda la conjugación entre secreto sumarial y prisión preventiva, analizando la posición de nuestro Tribunal Constitucional. Este capítulo se complementa con el contenido del capítulo octavo, realizado por el magistrado Miguel Ángel López Marchena, y en el que se aborda el secreto de sumario en relación con la prisión provisional, la delincuencia organizada y determinadas diligencias de investigación que afectan a derechos fundamentales (como son las escuchas telefónicas y las medidas de investigación tecnológica).

En el séptimo capítulo, del que se han ocupado los abogados Carlos Gómez-Jara Díez y Daniel Tejada Plana, se pone la prisión provisional en sintonía con el derecho de acceso al expediente, aspecto sustancial para ejercer adecuadamente y con las debidas garantías el derecho de defensa. Se abordan el contenido de la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, y el tenor del art. 505.3 de la LECrim. Acto seguido, el Prof. Dr. David Pavón Herradón se encarga en el capítulo noveno de profundizar en los fines y principios de la pena y su aplicación en el ámbito de la prisión provisional. Seguidamente, en el capítulo décimo, Álvaro Mañas de Orduña trata una cuestión de importante repercusión práctica, como es la doctrina del 2x1 o el denominado excepcional abono del tiempo pasado en prisión provisional en diferentes causas, y analiza la STC 58/2008, de 28 de abril, amén de la interpretación del Tribunal, que, como bien explica, acata, pero no comparte.

En el capítulo undécimo, el Prof. Dr. Rubén Herrero Giménez aborda el derecho a la intimidad y el secreto como derechos afectados por la intervención de las comunicaciones, haciendo especial referencia a las comunicaciones orales en prisión (lo que incluye la prisión provisional). Si bien este aspecto es bastante concreto, no por ello resulta menos útil, ya que esa eventual intervención de comunicaciones puede afectar no solo a la intimidad o privacidad del «preso sin condena», sino a su estrategia jurídico-procesal de defensa.

El capítulo duodécimo, cuyo autor es el Prof. Dr. Guillermo Ruiz Blay, cierra la primera parte de la obra colectiva y se centra en otra cuestión específica y de singular interés, como es la prisión provisional en el marco de los expedientes de extradición. En el capítulo decimotercero, uno de los codirectores de la obra, el Prof. Dr. Simón Castellano, hace un concienzudo examen del sistema de indemnización por prisión provisional injusta. Toca el tema desde una vertiente constitucional, poniendo el acento, como no podía ser de otra manera, en la STS 1285/2020, de 13 de octubre de 2020, y en el Anteproyecto de LECrim de 2020 (cuya redacción, que se inspira en la regulación francesa, reviste puntos positivos, pero no es la panacea, pues también alberga olvidos y errores). Trata el autor de poner sobre la mesa algunas propuestas o sugerencias ante la parquedad y desidia del legislador, particularmente en lo atinente a los criterios

para determinar la indemnización (valoración, cuantificación del daño moral...), y critica situaciones concretas (injustas y discriminatorias) en las que la indemnización no se contempla ni otorga, como sucede en el caso de que se acuerde el sobreseimiento provisional de la causa.

En los capítulos dedicados al estudio del *case law*, nos encontramos con el decimocuarto, que abre esta tercera parte de la obra, cuya autoría pertenece al Prof. Dr. Rodrigo Miguel Barrio, que analiza el polémico y célebre caso de Sandro Rosell (expresidente del FC Barcelona). A continuación, el capítulo decimoquinto redactado por el Prof. Dr. Carlos Bardavío Antón, examina el controvertido y mediático caso de la prisión preventiva de los presos del *procés* (el proceso soberanista de Cataluña de 2012-2022). Este estudio se completa con el tercer y último capítulo de esta parte, en el que el Prof. Dr. Miguel Bustos Rubio se encomienda la labor de examinar el auto de prisión provisional en el caso de Oriol Junqueras y el resto de consejeros, el auto de prisión provisional en el caso de Santi Vila y los recursos del Tribunal Constitucional en relación con el caso Carme Forcadell.

En la parte final de la obra, dedicada al examen del derecho comparado, el Prof. Dr. Mario Eduardo Maldonado Smith concentra su atención en el capítulo decimoséptimo en el examen de las contradicciones legales y constitucionales existentes en el régimen de prisión preventiva, haciendo una comparativa entre el modelo español y el mexicano. En el siguiente capítulo, el investigador Alri Zurita Gutiérrez efectúa un examen comparativo del sistema de prisión provisional en España y Bolivia. En los capítulos decimonoveno y vigésimo, el profesor y abogado Aitor Martínez Jiménez y el Prof. Dr. Rodrigo Lledó se disponen, respectivamente, a analizar diferentes cuestiones del régimen jurídico internacional de la prisión provisional y del derecho penal internacional aplicable a esta materia. Por último, repiten protagonismo a la hora de redactar capítulos el Prof. David Eleuterio Balbuena Pérez y el Prof. Dr. Alfredo Abadías Selma. El primero trata de plasmar el paradigma de la regulación de la prisión preventiva en el contexto latinoamericano, y, en particular, en Honduras, mientras, el segundo, que pone el broche final a la obra colectiva, se dedica al estudio de la legislación europea como garante de la aplicación de la prisión provisional en el ordenamiento jurídico español.

Tras sintetizar el contenido más reseñable de la obra, no podemos sino aconsejar su lectura, considerándola como referente en lo que respecta a la figura de la prisión provisional. Si bien se trata de una obra extensa, lo cierto es que sus capítulos no resultan densos y permiten consultar prácticamente todos los aspectos que plantean problemas en esta materia, así como hallar respuestas a múltiples interrogantes de notable incidencia práctica. De su lectura, que, además, resulta entretenida, dinámica e ilustrativa, podemos afirmar que se extraen ideas relevantes y pautas de actuación en la praxis, de singular utilidad no solo para quienes investigan sobre esta temática, sino también para quienes ejercen la profesión de la abogacía, trabajando especialmente con asuntos penales.

A modo de colofón, nos gustaría reseñar que la verdadera originalidad del trabajo reside, a nuestro juicio, en su enfoque, por cuanto parte de la idea (que compartimos plenamente) de que la prisión provisional no debe ser considerada como una pena (no lo es ni tiene carácter retributivo). La prisión provisional es, ni más ni menos, una medida cautelar (la más grave), cuya aplicación debería entenderse de forma subsidiaria (dejándola, como comenta Prieto Rodríguez, relegada a la mínima expresión), especialmente, teniendo en cuenta los avances e instrumentos tecnológicos que permiten ya en la actualidad aplicar otras medidas cautelares de control, prevención y evitación del riesgo de fuga y de destrucción de pruebas sin recurrir a la privación de libertad. Y pese a la presión social que, en muchas ocasiones, se genera, sobre todo en casos de índole mediática, que provocan alarma y temor (a la vista de los comentarios masivos, instantáneos y mordaces que se vierten en las redes sociales y del amarillismo o sensacionalismo con el que se suelen retransmitir ciertas noticias), la prisión provisional no puede concebirse como un mecanismo de contenido social, sino como una situación «anómala», «extraña», «extraordinaria» y que podría incluso tildarse de falta de ética, puesto que supone un castigo material anticipado, que puede resultar injusto (pensemos en los casos en los que no llega a recaer sentencia condenatoria sobre la persona que ha sufrido esa medida cautelar).

MAQUETACIÓN:

Ministerio de Justicia

Secretaría General Técnica

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ENLACES DE CONTACTO

Contacto Boletín

Normas de publicación en el Boletín del Ministerio de Justicia

