

LA NUEVA PRISIÓN PROVISIONAL

Enrique López López

Vocal del Consejo General del Poder Judicial

I. Estado de la doctrina jurisprudencial europea y constitucional de la prisión provisional

La prisión provisional, también denominada prisión preventiva o cautelar, como medida coercitiva y limitación de la libertad personal, constituye una medida cautelar ante el supuesto de un imputado por un delito, sin que exista todavía sentencia condenatoria, por lo que se produce una inevitable analogía entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el juez, como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal, por sentencia que pone fin al proceso, ya que se trata de medidas que afectan, de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculcado aunque difieran entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad y el alcance de la misma en uno y otro caso. Por ello, el Tribunal Constitucional habla de "semejanza sustancial" entre una y otra (STC 32/1987, y 128/1995) "cuyo contenido material coincide básicamente".

El uso de la prisión provisional afecta pues al núcleo del sistema de libertades, presupuesto de todos los demás derechos, pero al mismo tiempo se relaciona con el principio de presunción de inocencia.

Así, la STC 128/95, citando la 109/86, afirma que "la presunción de inocencia... opera en el seno del proceso como una regla de juicio, pero consti-

tuye a la vez una regla de tratamiento en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. Cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusadora tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad, pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta ni puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida, y con mayor razón, proscribire la utilización de prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc, ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales".

Se considera la prisión provisional como una medida realmente excepcional, subordinada a las necesidades del procedimiento. Junto a fines específicos de naturaleza cautelar como evitar la fuga, asegurar la instrucción o impedir la ocultación de medios de prueba, cumple otros de naturaleza extraprocesal como es impedir la reiteración delictiva.

Se trata de una institución de configuración puramente legal pese a que en nuestra Constitución la única mención a ella es para indicar en el art. 17.4 que "asimismo, por Ley se determinará el plazo máximo de la libertad pro-visional", sino que, como advierte la Sentencia del TC 128/1995, de 26 de julio, citando sentencias anteriores: "la institución de la prisión provisional, situada ante el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de libertad del ciudadano por otro, no sólo viene delimitado por los preceptos que antes reseñábamos, sino también por el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho que "propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político y por el art. 24.2 que dispone que todos tienen derecho a un proceso público, sin dilaciones indebidas y a la presunción de inocencia".

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se pueden destacar los siguientes caracteres formales y materiales de la prisión provisional.

Legalidad: La institución de la prisión provisional, en cuanto limita el derecho fundamental a la libertad, ha de tener la cobertura formal de Ley Orgánica (STC 32/1987), y un contenido proporcionado a los fines que persigue la restricción.

Excepcionalidad: Es una natural exigencia de la institución que nos ocupa dada la proclamación de la libertad personal como derecho fundamental en el art. 17 CE y en el art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y conforme señala reiterada-

mente el TC en sentencias 128/1995, 33/1999, 47/2000 y 8/2002 y el TEDH en sentencias de 29-02-1988, caso Bouamar y de 10-11-1969, caso Stögmüller. Tal principio puede sintetizarse en que sólo puede adoptarse la medida de prisión provisional cuando subyazca a la misma una imputación suficientemente sólida y cuando persiga una finalidad trascendente y congruente con su naturaleza, como la de eliminar el riesgo de fuga, de obstrucción a la labor de la justicia o evitar la reiteración delictiva, siempre bajo la ineludible necesidad de que el órgano jurisdiccional concrete los presupuestos, finalidad y motive su concurrencia.

Subsidiariedad: Condición vinculada a la anterior y que exige que, ante la gravedad de la prisión provisional, se de prioridad a otras posibles medidas que pueden ser eficaces para conseguir los mismos fines sin tan grave coste procesal: arresto domiciliario, comparecencias periódicas ante los tribunales o ante la policía, retirada del pasaporte, prohibición de residir en determinados lugares o de acercarse a los mismos, orden de residencia en sitio determinado, etc.

Instrumentalidad: La prisión provisional no puede constituir un fin en sí mismo sino que responde a necesidades, ante todo procesales como son asegurar la presencia del imputado en las diferentes fases, asegurar la ejecución de la sentencia, evitar posibles obstrucciones al normal desarrollo del juicio o evitar la reiteración delictiva (STC 128/1995, 47/2000, 8/2002, 23/2002, 142/2002, 217/2001, 207/2000, etc.

Proporcionalidad: Se refiere a la relación existente entre el medio empleado y el fin perseguido partiendo del dato legitimador de que la libertad sacrificada sea menor que la libertad preservada. Es necesario, pues, hacer un juicio de ponderación a la hora de adoptar la medida cautelar de manera que las consecuencias gravosas que puede generar en una persona respondan estrictamente a los fines pretendidos y reconocidos constitucionalmente. El fundamento de este principio puede venir: "*del valor justicia (STC 160/1987, 50/1995), del principio del Estado de Derecho (STC 160/1987), del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (SSTC 6/1988, 50/1995), o de la dignidad de la persona (STC 160/1987)*" (STC 55/1996).

Por otra parte, el contenido sumamente aflictivo de la prisión provisional, catalogada como privativa del derecho fundamental a la libertad, según la jurisprudencia anteriormente citada, supone que también deba tenerse en cuenta la llamada proporcionalidad subjetiva, a través de la constatación de una posibilidad relevante de culpabilidad tal y como establece la, tantas veces citada, STC. 128/1995: "*Ausente la posible virtualidad en cuanto tal del principio de culpabilidad, debe asimismo acentuarse, tal como hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del T.E.D.H.*

de 10 de noviembre de 1969, caso Stögmüller; de 28 de marzo de 1990, caso B contra Austria; de 26 de junio de 1991, caso Letellier; de 25 de noviembre de 1991, caso Kempache; de 12 de diciembre de 1991, caso Toth; de 12 de diciembre de 1991, caso Clooth; de 27 de agosto de 1992, caso Tomasi; de 26 de enero de 1993, caso W. contra Suiza), que la constatación de 'razonables sospechas' de responsabilidad criminal opera como conditio sine qua non de la adopción y del mantenimiento de tan drástica medida cautelar".

Provisionalidad: La prisión provisional sólo puede mantenerse durante el tiempo que permanezcan las circunstancias que motivaron su imposición como lógica consecuencia de los principios antes citados. Así lo reconoce la abundante jurisprudencia existente al respecto como las STC 142/2002, 8/2002 y de 128/1995 y las sentencias del TEDH de 26-10-2000, asunto Kudla; de 1-8-2000, asunto P. B. contra Francia; de 21-2-1996, asunto Singh, y de 28-3-1990, asunto B. contra Austria, al referirse al derecho, consagrado en el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, lo que obliga a la revisión judicial de la situación de prisión o confinamiento para valorar si persisten los indicios racionales de que el detenido había cometido un delito y que persistían motivos suficientes para mantenerle en esa situación excepcional.

Temporalidad: La prisión provisional ha de tener un plazo máximo de duración, más allá del cual no puede mantenerse, aún considerándola necesaria para el correcto desarrollo del proceso. La norma constitucional es clara al respecto (Art. 17.4 CE) tanto por exigencias de seguridad jurídica como de proporcionalidad, afirmando la STC. 127/1984 que "... aunque esos plazos pueden variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse, y ese cumplimiento... integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 CE".

Carácter jurisdiccional: Corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial adoptar la medida cautelar de prisión provisional, quedando vedada a los órganos de la administración la adopción de la misma y exigiéndose siempre la imparcialidad objetiva del juez instructor por el mero hecho de reunir tal condición y la de decisor de la libertad del imputado (STC. 98/1997), y exigiéndose un suficiente grado de motivación del auto de prisión para constituir título válido y no generar la indefensión de quien la sufre (SSTC. 128/95, 217/2001, 8/2002, 142/2002, entre otras.

2. Contenido de la reforma

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

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

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

En el apartado III se analiza brevemente la nueva regulación, acorde con los fines antes citados, invocando de nuevo el principio de proporcionalidad, en especial para que no pueda acordarse la medida por riesgos genéricos de que el imputado pueda cometer cualquier hecho delictivo, contribuyendo la Ley a objetivar este requisito. Por otra parte, se alude a la temporalidad de la prisión provisional, lo que supone una carga a la Administración de Justicia Penal para actuar sin dilaciones indebidas.

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

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

El art. 502 contempla la jurisdiccionalidad, necesidad y subsidiariedad de la medida afirmando que la gravedad de la pena, por sí sola, no

podrá justificar la adopción de la prisión preventiva si, atendida la naturaleza del hecho y las circunstancias de arraigo del imputado puede presumirse que no se sustraerá a la acción de la justicia.

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

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

El art. 505 regula el procedimiento para decretar la prisión provisional, a través de una audiencia que deberá celebrarse en las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial, con citación del imputado, asistido por Letrado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas, previendo una fase de alegaciones y eventualmente de prueba.

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

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

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

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

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

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

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

El art. 3º da nueva redacción al último párrafo del art. 544 bis de la LECrim, estableciendo la obligatoriedad de convocar a una comparecen-

cia ante el Juez o Tribunal al imputado que ha incumplido alguna de las medidas del art. 544 bis del CP.

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

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

3. Fines de la prisión provisional

1. Peligro de fuga (art. 503.1.3º, apartado)

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

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

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

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

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

3. Riesgo de reiteración delictiva (artículo 503.2)

El artículo 503.2, de acuerdo con las consideraciones expuestas más arriba, introduce como causa específica que fundamenta la prisión la de

“evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer”. Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha considerado en la STC 44/1997, de 10 de marzo, que constituye un fin constitucionalmente legítimo de la prisión el riesgo de *reiteración delictiva*, lo que permite atribuir a la prisión provisional una función preventiva como medida para conjurar riesgos relevantes constitucionalmente, protegiendo adecuadamente a la víctima frente a la amenaza que supone su agresor.

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

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

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

4. Presupuestos de la prisión provisional

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

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

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

1. Indicios racionales de criminalidad (artículo 503.1.2º)

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

2. Límite penológico (artículo 503.1.1º)

A propósito de este requisito dispone el art. 503.1.1º que es requisito de la prisión "Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena *cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados o que pudieran serlo, derivados de condena por delito doloso*". En el derecho comparado admite la prisión provisional incluso en el caso de juicios rápidos por delitos menos graves, cuando el Juez pueda obtener la fundada convicción de que el imputado no comparecerá al juicio oral.

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

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

3. Duración de la prisión (artículo 504 LECrim)

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

3.1. *Limitaciones a la duración de la prisión*

La duración de la prisión se regula en el art. 504 del texto proyectado. La ley reconoce un plazo máximo inicial prorrogable, y un plazo máximo absoluto.

Cuando la prisión provisional se hubiera decretado para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga o para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, su duración no podrá exceder de un año si el delito fuere menos grave, o de dos años si el delito fuere grave (artículo 504.2). Por el contrario, cuando la prisión provisional se hubiere acordado con el fin de evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba su duración no podrá exceder de seis meses (art. 504.3). Antes de la extinción del plazo inicial, si se hubiera decretado la prisión para asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un peligro de fuga o para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos, cuando se prevea que la causa no podrá ser juzgada en los plazos ordinarios el art. 504.2 ° LECrim, dispone que el Juez o Tribunal podrá, en los términos previstos en el artículo 505, acordar mediante auto una sola prórroga de hasta dos años si el delito fuere grave o de hasta seis meses si el delito fuere menos grave. Es necesario en cualquier caso que la decisión de prórroga se adopte antes de vencer el periodo inicial, pues ha declarado el TC la nulidad de la prórroga tardía. De otro lado el Anteproyecto evita adecuadamente las prórrogas implícitas, declaradas inadmisibles por el Tribunal Constitucional (STC 56/1997; ATC 527/1988), pues la Ley ha establecido que la prolongación de la prisión provisional se acordará mediante Auto, con audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal, en la comparecencia prevenida en el artículo 505. Después de dictada sentencia condenatoria cabe prolongar la prisión más allá de los plazos ordinarios "Si fuere condenado el imputado, la prisión provisional podrá prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia, cuando ésta hubiere sido recurrida" (art. 504.2° LECrim).

3.2. *Duración máxima y derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*

Como se declara en la Exposición de Motivos del Anteproyecto "los plazos máximos de duración de la privación provisional imponen, si quiera sea de manera indirecta o mediata, una carga a la Administración

de Justicia penal para actuar sin dilaciones indebidas. En este sentido, la Ley da respuesta a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recibida por nuestro Tribunal Constitucional, en torno al derecho de toda persona detenida preventivamente a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento, garantizado en el artículo 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”.

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

5. Prisión atenuada y prisión incomunicada

El anteproyecto destina el *artículo 508* LECrim a regular la denominada prisión atenuada. A su tenor “El Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la prisión provisional del imputado por su arresto domiciliario cuando por razón de enfermedad el internamiento entrañe grave peligro para su salud. El arresto domiciliario se acordará con la vigilancia que resulte necesaria. El Juez o Tribunal podrá autorizar que el imputado salga de domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa”. En cuanto a la prisión incomunicada, establece el art. 509. 1 que “El Juez de Instrucción o Tribunal podrá acordar la detención o prisión incomunicadas para evitar que se sustraigan a la acción de la justicia personas supuestamente implicadas en los hechos investigados, o que se oculten, alteren o destruyan pruebas relacionadas con su comisión, o que se cometan nuevos hechos delictivos”. Se trata de una medida excepcional que supone una restricción a la libertad de comunicación del detenido o preso con terceros, justificada particularmente en los supuestos de actividades terroristas o relacionadas con el crimen organizado con el fin de evitar la destrucción de fuentes de prueba y asegurar los fines de la instrucción.

La incomunicación del preso supone una restricción de los derechos que con carácter general se reconocen al detenido o preso en el art. 520 LECrim. La incomunicación supone que el detenido o preso no podrá comunicarse con terceros en forma que no sea susceptible de previo control judicial (así, oralmente, telefónicamente, etc.). Implica por ello el control judicial de la correspondencia y comunicaciones del detenido o preso. En este sentido, de acuerdo con el *artículo 510.3* del texto proyectado “el preso no podrá realizar ni recibir comunicación alguna. No obstante, el Juez o Tribunal podrá autorizar comunicaciones que no frustren la finalidad de la prisión incomunicada y adoptará, en su caso, las medidas oportunas”.

De acuerdo con el art. 527 LECrim. "El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo (IV del Título VI), con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones: 1) En todo caso, su Abogado será designado de oficio. 2) No tendrá derecho a que se comunique a un familiar o persona que desee el hecho de su detención y el lugar de custodia. 3) Tampoco tendrá derecho a entrevistarse reservadamente con su Abogado al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido (cfr. art. 520.6 apartado c) LECrim). El Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la constitucionalidad de la designación de Abogado de oficio, en los supuestos de haberse acordado la incomunicación de los detenidos, declarando que el art. 17.3 de la Constitución exige solamente la efectividad de la defensa letrada, con independencia de la modalidad de su designación (v. ss. T. C. de 11 de diciembre de 1987, 21 de marzo y 8 de abril de 1988, y 24 de enero de 1995). El plazo de la incomunicación del preso no podrá exceder del tiempo absolutamente indispensable para el cumplimiento de los fines que la justifican, sin que deba exceder de cinco días con carácter general (art. 509). No obstante, en los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis o se trate de investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días (art. 509.2, segundo inciso). El Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá disponer una nueva incomunicación del preso aún después de haber sido puesto en comunicación, si la causa ofreciere méritos para ello; pero la segunda incomunicación no excederá nunca de tres días. El Anteproyecto también pone límite máximo a esta nueva incomunicación, suprimiendo la posibilidad arbitrada por el artículo 508 vigente que permitía cierta indeterminación por la remisión al artículo 507, lo que suponía de hecho una nueva autorización de rebasar el plazo máximo si hubiere méritos para ello.

6. Audiencia previa a la prisión

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

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

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

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