

Prisión provisional: ¿una solución a los malos tratos?

Comentario a la STC, Sala 2ª, 62/2005, 14.03.2005

M. Ángeles Catalina Benavente
Sabela Oubiña Barbolla

Universidad Carlos III de Madrid
Facultad de Derecho

302

Abstract

Hace unos meses las portadas de la mayoría de periódicos nacionales se hacían eco del siguiente titular «El Tribunal Constitucional ampara a un maltratador». La noticia generó algunos comentarios en principio insólitos, como por ejemplo los de la Comisión de Investigación de Malos Tratos a mujeres: «El Alto Tribunal, sorprendentemente, entiende que, también en los casos de violencia doméstica, la prisión provisional “sigue siendo de naturaleza excepcional” y sólo se justifica si “existen indicios reales” de que la mujer corre riesgos». Se trata éste de un tema delicado, de una gran sensibilidad social, y que no resulta indiferente como ha quedado reflejado con la aprobación de la [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género](#) (BOE nº 313, de 29.12.2004).

La STC, 2ª, 14.3.2005 (Ar.62; MP: Elisa Pérez Vera) resuelve un recurso de amparo contra dos autos dictados por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de El Prat de Llobregat y uno de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, de junio, julio y octubre de 2002 respectivamente, en los que se acordaba, y posteriormente confirmaba, la prisión provisional de un hombre que había incumplido una orden de alejamiento. El TC entiende que las resoluciones recurridas vulneraron los derechos a la libertad personal (art. 17.1 CE) y a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Ha sido Ponente la Magistrada Doña Elisa Pérez Vera. El Magistrado Don Ramón Rodríguez Arribas formula un voto particular.

Sumario

- 1. Los hechos y la decisión del TC**
- 2. La necesaria motivación y justificación de la prisión provisional**
- 3. La dudosa constitucionalidad del art. 544 bis LECrim como base para acordar la prisión provisional**
- 4. La posible violación del derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes para la defensa**
- 5. Recapitulación**
- 6. Bibliografía**

1. Los hechos y la decisión del TC

Del resumen de hechos que contiene la STC, 2ª, 14.3.2005 (Ar.62), podríamos reconstruir el siguiente relato fáctico:

El Juzgado de instrucción (en adelante, JI) nº 2 de El Prat de Llobregat incoa unas diligencias previas, bajo el nº 501/2002, como consecuencia de una denuncia de Dña. Josefa contra su marido D. Enrique por violencia en el ámbito familiar y amenazas. En el curso de las citadas diligencias, el 22 de febrero de 2002, el JI nº 2 de El Prat de Llobregat acuerda contra D. Enrique una orden de alejamiento de su ex mujer, su hijo y su suegra.

Apenas cuatro meses después, el 25 de junio de 2002, el mismo JI dicta un auto de prisión provisional, comunicada y sin fianza, por un delito de quebrantamiento en varias ocasiones de la medida cautelar de alejamiento adoptada (art. 468 CP). El último incumplimiento se produjo en el parque donde D. Enrique pernoctaba. Sin embargo, el recurrente alegaba, entre otras cosas, que Dña. Josefa había acudido voluntariamente al lugar de los hechos. D. Enrique recurre el auto que acuerda su ingreso en prisión provisional pero el JI desestima el recurso de reforma mediante un auto de 9 de julio 2002. Esta resolución es a su vez recurrida en queja ante la Audiencia Provincial (en lo sucesivo, AP) de Barcelona, que también desestima el recurso (auto de 29 de octubre de 2002), al considerar que al quebrantar D. Enrique en varias ocasiones la orden de alejamiento «además de la comisión de los delitos» por los que se había acordado esa medida, incurría presuntamente en un delito de quebrantamiento de medida cautelar. Ello llevaba a pensar, según la AP, que de dejar en libertad a D. Enrique, su ex mujer y su hijo correrían grave peligro de que éste continuase realizando acciones delictivas contra la persona de ambos.

El 19 de noviembre de 2002 D. Enrique interpone recurso de amparo frente al auto de 29 de octubre de la Sección Séptima de la AP de Barcelona que confirmó en queja el auto de prisión provisional de 25 de junio de 2002 y el de reforma de 9 de julio de 2002 dictados por el JI nº 2 de El Prat de Llobregat. En ese momento, D. Enrique llevaba en prisión provisional más de 4 meses. Por providencia de 5 de marzo de 2004 la Sala 2ª del TC admite a trámite la demanda de amparo. El 14 de marzo de 2005 la Sala 2ª del TC otorga el amparo a D. Enrique por haberse vulnerado sus derechos fundamentales a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva sin indefensión, respectivamente reconocidos en los arts. 17.1 y 24.1 CE. Sin embargo, la sentencia en cuestión sólo tiene efectos declarativos (FJ 7).

Antes de entrar en el fondo del asunto, es preciso señalar que hemos advertido algunos errores a lo largo de toda la sentencia en lo que se refiere a la designación de los órganos judiciales implicados y a la denominación de los recursos utilizados. En una lectura pausada de la sentencia (Suplemento del Tribunal Constitucional, BOE de 19.4.2005) se observa que por un lado se refiere indistintamente al Juzgado de Instrucción y al Juzgado de lo Penal de El Prat de Llobregat, incluso a los números de los Juzgados de Instrucción, nº 1 y nº 2. Por otro lado, mientras en unas ocasiones habla de recurso de apelación ante la AP de Barcelona, en otras dice que es un recurso de queja. Veamos a continuación brevemente algunos de éstos:

- **Encabezamiento** (p. 61): «en el recurso de amparo núm. 6520/2002 (...) contra el Auto de la Sección Séptima de la AP de Barcelona de 29 de octubre de 2002, por el que se confirmó en *apelación* el ingreso del recurrente en prisión provisional (...) por motivo de quebrantamiento de una orden judicial de alejamiento».
- **Antecedentes:** N° 1º: «recurso de amparo contra el Auto de la Sección Séptima de la AP de Barcelona de 29 de octubre de 2002 por el que se confirmó en *apelación* el auto del *Juzgado de lo Penal nº 2 de El Prat de Llobregat* de 25 de junio». (Lo mismo dice en el nº 2 apartado a).
N° 2º apartado b) dice: «presentado *recurso de queja* contra ésta última decisión fue desestimado por Auto de la AP de 29 de octubre».
N° 5º in fine: «*ni en instancia ni en apelación* se había dado respuesta alguna a la petición de prueba testifical solicitada por el recurrente».
N° 6º: «por la falta de motivación del Auto del *Juzgado de lo Penal* (...) que no fue subsanado (...), ni tampoco por el auto dictado en *apelación* por la AP con fecha 29 de octubre».
N° 7º: Tras la admisión a trámite de la demanda de amparo el TC acordó «dirigir atenta comunicación a los órganos judiciales de *instancia y de apelación*».
N° 9º, penúltimo párrafo: se refiere en dos ocasiones a resolución dictada en *apelación* y a órgano de *apelación*.
- **Fundamentos Jurídicos:** El FJ 2º párrafo 2º dice «en la resolución dictada en instancia –Auto del *Juzgado de Instrucción nº 1 de El Prat de Llobregat* de 25 de junio de 2002–». Y en el párrafo 3º que «por su parte, la resolución dictada en *queja* por –Auto de la Sección 7ª de la AP de Barcelona de 29 de octubre–».
FJ 3º: «el reiterado quebrantamiento por el actor de la orden de alejamiento de fecha 22 de febrero de 2002 dictada por el *Juzgado de Instrucción nº 2 de El Prat de Llobregat*». El último párrafo del FJ 3º igualmente se refiere al auto del *Juzgado de Instrucción* como aquel que acuerda el auto de prisión provisional.
- **Fallo:** El TC imputa la violación de los derechos a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva a los «Autos dictados por el *Juzgado de lo Penal nº 2 de El Prat de Llobregat* (...)».
- **Voto particular** (D. Ramón González Arribas): Finalmente, el voto emitido por el Magistrado D. Rodríguez Arribas, utiliza los siguientes términos en su último párrafo: «*ni el Juzgado de Instrucción ni la Audiencia Provincial resolvieron expresamente sobre la prueba de exploración del hijo menor del matrimonio, reiteradamente solicitada por el padre, con ocasión de los recursos de reforma y apelación interpuestos contra la medida de prisión*».

Con el objeto de disipar todas las dudas e incorrecciones apreciadas hicimos una búsqueda detallada en las bases de datos de jurisprudencia. Finalmente encontramos el auto de AP de Barcelona, sección 7ª, al que se refiere este caso (RJ 2003\80887). En el texto íntegro del auto de la AP de Barcelona queda claro que se trata de un recurso de queja y no de uno de apelación, y que los autos de instancia recurridos habían sido dictados por el JI nº 2 de El Prat de Llobregat —y no por el JI nº 1 y menos aún por el Juzgado de lo Penal nº 2 de esa localidad—. De este modo, todas las referencias que la sentencia del TC hace al *Juzgado de lo Penal* o al *recurso de apelación* son equívocas y erróneas. Sería de esperar que la Sala 2ª del TC rectificase los errores materiales contenidos en esta sentencia.

Como argumentos sobre los que fundamentar que se trata de un recurso de queja y no de apelación, hay que añadir que:

- El art. 787. 1 de la Ley 283/1882, de 10 de octubre, de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim), en la redacción vigente en el momento en el que se acordaron los autos, señalaba que «contra los autos del

Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrá ejercitarse el de reforma y, si no fuere estimado, el de queja. El de apelación únicamente se admitirá en los casos expresamente señalados en este Título». Conforme señala MORENO CATENA (2001, p. 295), al tratarse de un procedimiento abreviado los recursos que proceden contra la resolución del JI en materia de prisión provisional son los recursos de reforma y queja.

- La STC no dice que se trate de un procedimiento abreviado, pero es posible deducirlo, en primer lugar, porque se habla de diligencias previas —que son propias del proceso abreviado—; y, en segundo lugar, porque los hechos denunciados por Dña. Josefa tienen señalada una pena inferior a 9 años (art. 779 LECrim), luego, se tramitarían conforme a un abreviado.

2. La necesaria motivación y justificación de la prisión provisional

La prisión provisional es la medida cautelar más gravosa que existe en el ordenamiento, porque implica la restricción del derecho a la libertad —que es un derecho fundamental (art. 17.1 CE) y uno de los valores fundamentales del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)— sin que exista una sentencia de condena, por lo que, como el TC ha señalado reiteradamente, sólo se adoptará en la medida en que se trate de defender bienes jurídicos fundamentales [STC Pleno, 19.12.1985 (Ar. 178; MP: Jerónimo Arozamena Sierra), FJ 3]. El TC ha repetido hasta la saciedad que la prisión provisional siempre es, y debe seguir siendo, una solución de naturaleza excepcional, por muy deplorable que nos pueda parecer éste o cualquier otro suceso de violencia. La privación de libertad sólo puede estar justificada en la medida en que resulte totalmente imprescindible para la defensa de bienes jurídicos fundamentales, y además, no existan otros mecanismos menos radicales para conseguir el mismo fin (art. 504.III LECrim). Las exigencias constitucionales para su adopción no pueden ceder ni en los casos de maltrato, ni en ningún otro ilícito penal por muy atroz que sea.

La prisión provisional se encuentra en la actualidad regulada en los arts. 502 y ss de la LECrim, que son consecuencia de la regulación introducida por la [Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional](#) (BOE nº 257, de 27.10.2003), y que ha sido reformada y completada por la [Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal](#) (BOE nº 283, 26.11.2003) (en adelante, LO 13/2003). Sin embargo, en el momento en el que se adoptaron las resoluciones objeto del presente recurso de amparo los arts. 503 y 504 LECrim estaban pendientes de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el propio TC en la STC, Pleno, 17.2.2000 (Ar. 47; MP: Tomás S. Vives Antón). El ATC, Pleno, 29.4.2004 (Ar.154 auto) declaró extinguida esa cuestión de inconstitucionalidad por pérdida sobrevenida de su objeto al haberse aprobado la LO 13/2003 por la que se da una nueva redacción a los arts. 502 y 503 LECrim. Sin embargo, la cuestión de inconstitucionalidad estaba todavía pendiente de resolución cuando el JI, como la AP dictaron sus resoluciones, por eso la duda sobre la constitucionalidad de dichos artículos debía de haber estado muy presente en la actuación de ambos.

Los argumentos utilizados en esta sentencia por el TC se pueden resumir en los siguientes: 1) La Ley no exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar la prisión provisional; 2) La Ley no determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordar la prisión

provisional; 3) La Ley no exige que los fines constitucionalmente legítimos se expresen en la resolución que acuerda la prisión provisional; 4) El mero hecho de que el delito esté castigado con pena superior a la de prisión menor puede determinar la adopción de la prisión provisional del imputado, pese a que de sus circunstancias personales se deduzca que no hay riesgo de fuga y que no concurre ninguno de los demás fines legítimos que pudieran justificar constitucionalmente la privación cautelar de libertad.

El análisis de las sentencias del TC sobre prisión provisional refleja que una de las cuestiones más problemáticas que esta medida cautelar plantea es la determinación de la existencia de fines constitucionalmente legítimos que amparen la restricción del derecho a la libertad sin incurrir en su violación. La deficiente regulación legislativa existente hasta la aprobación de la LO 13/2003 se ha ido subsanando a lo largo de los años con una intensa actividad del Alto Tribunal, de cuyos pronunciamientos se pueden deducir como fines constitucionalmente legítimos de esta medida «evitar la sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la justicia penal o la reiteración delictiva» [STC, 2ª, 26.7.1995 (Ar. 128; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 3 y 4]. Las sentencias del TC ponen también de manifiesto que en la mayoría de los casos existía una incorrecta o insuficiente motivación por parte de los jueces de instancia de las resoluciones en las que se acordaba la prisión provisional, lo que llevaba al TC a estimar los amparos solicitados.

Como señala el TC se trata de «comprobar si la decisión puede considerarse ajustada a la doctrina sentada por este Tribunal acerca de los fines constitucionalmente legítimos que justifican la imposición de dicha medida cautelar» (FJ 2), así como de «comprobar si efectivamente la motivación de las resoluciones impugnadas incluye los elementos necesarios para establecer que, en este supuesto, existían indicios reales de los riesgos señalados» (FJ 5).

El TC llega a la conclusión de que «las resoluciones judiciales por las que se decretó el ingreso del demandante de amparo en prisión provisional no pueden considerarse suficientemente motivadas, en la medida en que no aportan elementos de convicción acerca de la existencia real del riesgo que se intentaba evitar y que hubiera constituido un fin constitucionalmente legítimo justificativo de la imposición de tan excepcional medida cautelar»; continúa señalando que «dichas resoluciones tienen un déficit de motivación al no expresar las razones que explicarían los motivos por los que los órganos judiciales alcanzaron una convicción positiva acerca de la posibilidad de que, de permanecer en libertad, el actor acabara atentando contra la vida o contra la integridad física y moral de su mujer» (FJ 7).

En lo que se refiere a la cuestión de si el incumplimiento de una orden de alejamiento puede generar la adopción de la prisión provisional, el TC entiende que no cabe «dudar de la proporcionalidad en abstracto de la medida cautelar adoptada» (FJ 5), lo que no le impide afirmar, por otro lado, que la existencia de peligro para la víctima «no cabe presuponer que existe de manera automática cada vez que se produzca el quebrantamiento de una orden de alejamiento» (FJ 5). El TC trata de dejar bien claro que el órgano judicial ante el incumplimiento —reiterado o no— de una orden de alejamiento, no puede acordar de manera automática el ingreso en prisión provisional del incumplidor, sino que debe analizar que concurren los presupuestos legal y constitucionalmente exigidos para la adopción de esta medida. El problema es calibrar la repercusión de la alarma social, que generan estos hechos, en las resoluciones

judiciales. Quizá ante el temor de verse criticado por los medios de comunicación, el órgano judicial prefiera acordar la prisión provisional y que sea después el órgano superior, o incluso en el futuro el TC, el que tenga que decidir sobre la conveniencia o no de la medida adoptada. Al final, como ha sucedido en este supuesto, las críticas van a recaer sobre aquel que se atreva a decir que no procedía la prisión provisional.

La tarea del TC es comprobar si los autos objeto de recurso contenían los elementos necesarios para poder concluir que existían *indicios reales de los riesgos que se querían evitar* al decretar la prisión provisional de D. Enrique. De dichas resoluciones se infiere (FJ 3) que los hechos que motivaron la adopción de la medida cautelar de prisión provisional no fueron los hechos supuestamente delictivos que habían dado lugar a la incoación de las diligencias previas por hechos violentos y amenazas en el ámbito familiar, sino en especial el reiterado incumplimiento de la medida cautelar de alejamiento; cuyo origen, eso sí, traía causa directa de los hechos denunciados.

Las resoluciones recurridas se limitaron a acreditar un riesgo «futuro, presunto e incierto». Esta argumentación no se puede admitir, ni tampoco que en aquel momento el riesgo era real y cierto porque así lo ha corroborado con el tiempo la sentencia recaída en el procedimiento principal dentro del que se acordó la medida cautelar controvertida. Aunque resulte paradójico, el hecho de que D. Enrique haya sido finalmente condenado a más de dos años de privación de libertad por dos delitos de amenazas, sendas faltas de lesiones e injurias, y un delito continuado de quebrantamiento de medida cautelar, no tiene nada que ver con lo que ahora se está discutiendo; que no lo olvidemos es: *si en el momento en que se adoptó la prisión provisional existía un riesgo concreto, real y cierto*. La prisión provisional no tiene como finalidad la anticipación de una pena. El derecho a la presunción de inocencia obliga a no castigar al imputado a través de la prisión provisional; ni ésta, ni ninguna otra medida cautelar, puede tener un carácter retributivo de una infracción que aún no se ha establecido jurídicamente. Es más, el presente caso vuelve a reiterar que la prisión provisional no es el instrumento más idóneo —ni quizá el más constitucional— para luchar contra ilícitos penales especialmente sensibles para la sociedad.

En este sentido, la prisión provisional no es en ningún caso una anticipación de la pena; no tiene un fin de prevención especial de evitar la comisión de delitos de la persona a la que se priva de libertad; tampoco tiene como fin «calmar la alarma social», ni lograr que el imputado «colabore» con la investigación penal de los hechos, ya que en este caso se estarían vulnerando otros derechos fundamentales (MORENO CATENA, 2004, pp. 285-286).

Por eso no compartimos la afirmación del Ministerio Fiscal (en adelante, MF) (antecedente de hecho 9) cuando señala que en ninguno de los autos recurridos hay falta de motivación, y en consecuencia tampoco vulneración del art. 24.1 CE. En opinión del MF, el carácter fundado de las denuncias habría quedado confirmado «por el hecho de que el recurrente fue finalmente condenado en Sentencia firme por motivo, entre otros, de cuatro quebrantamientos de ese tipo, habiéndose hecho constar en los hechos probados que en el curso de dichos quebrantamientos portaba armas y había amenazado de muerte a su mujer».

Con ello, el MF parece buscar un nexo de unión confuso que nada tiene que ver con el objeto del recurso de amparo, que es evaluar si el auto de prisión provisional, y los sucesivos que se dictaron, reunían o no los requisitos que exige la doctrina constitucional para la adopción de dicha medida. Por eso, el que los hechos inicialmente denunciados por Dña. Josefa merecieran después una sentencia penal de condena, no significa que con anterioridad el órgano judicial de instrucción pudiera identificar un peligro real y cierto; y menos aún que así lo motivase en su resolución. La suerte del procedimiento principal nada importa a la hora de determinar si en el momento de adoptar esta medida cautelar se reunían los requisitos que exige la doctrina constitucional para acordar la prisión provisional.

En definitiva, el TC declara que las resoluciones recurridas tenían un déficit en su motivación, ya que los órganos judiciales no explicaron cómo llegaron a la convicción positiva de que existía ese riesgo que justificaba el adoptar esa medida que representa la más grave intromisión que puede realizarse en el derecho a la libertad de una persona, ya que de ninguna de ellas cabe deducir «si el peligro conjurado era real o meramente presumible en abstracto en función de frecuencias estadísticas». Del quebrantamiento de una orden de alejamiento no cabe deducir automáticamente que existe un peligro cierto para los bienes jurídicos que se intentan proteger. Puede haberlo, pero antes hay que identificarlo y razonar cómo se llega al convencimiento certero de ese riesgo. Esto es precisamente lo que no hicieron los órganos judiciales en las resoluciones recurridas. Cuáles fueron las razones por las que estos órganos no actuaron con la diligencia que les es exigible, sólo ellos lo saben. En todo caso, y por el bien de todos, los jueces no pueden sentirse presionados por la sociedad para adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales sin las garantías exigidas.

3. La dudosa constitucionalidad del art. 544 bis LECrim como base para acordar la prisión provisional

Si por un lado es cierto que el incumplimiento de la orden de alejamiento no puede dar lugar automáticamente a la adopción de la prisión provisional, no podemos dejar de pronunciarnos sobre otro de los argumentos esgrimidos por el recurrente en amparo para fundamentar la violación por parte de las resoluciones recurridas de su derecho fundamental a la libertad: la dudosa constitucionalidad del art. 544 bis LECrim. A ello hay que añadir que el delito por el que fue acordada la prisión provisional tiene una pena de multa de 12 a 24 meses.

El art. 544 bis LECrim, tal y como estaba redactado en el momento en el que se acordaron las resoluciones objeto de recurso, reconocía que la violación de la orden de alejamiento podría dar lugar «teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar». La falta de referencia específica en este precepto a que la consecuencia del incumplimiento de la orden de alejamiento pudiera ser la adopción de la prisión provisional es el argumento esgrimido por el recurrente en amparo para alegar la falta de proporcionalidad de

dicha medida. Esta disposición legal debía ser examinada desde la triple condición que exige nuestra Constitución sobre la previsión legal de las medidas limitadoras de derechos fundamentales: la existencia de una disposición jurídica que habilite a la autoridad judicial para la imposición de la medida en el caso concreto, el rango legal que ha de tener dicha disposición, y la calidad de Ley como garantía de seguridad jurídica [STC, 2ª, 16.7.2001 (Ar.169; MP: Julio Diego González Campos), FJ 6].

El TC ha señalado en múltiples ocasiones que «la ausencia de previsión legal de una medida limitativa de un derecho fundamental constituye una lesión autónoma del derecho sustantivo afectado y es condición previa imprescindible de la legitimidad constitucional de las injerencias del poder público en los derechos fundamentales» [STC, 2ª, 16.7.2001 (Ar.169), FJ 6; STC, Pleno, 5.4.1999 (Ar. 49; MP: Tomás Vives Antón), FJ 5; STC, 1ª, 16.12.1999 (Ar. 207; MP: Vicente Gimeno Sendra), FJ 4, entre otras].

En la STC, Pleno, 5.4.1999 (Ar. 49), sostuvo que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general somete la CE la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su Título I, desempeña una doble función: a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente, constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho» FJ 5.

La afirmación sostenida en la STC, 2ª, 14.3.2005 (Ar. 62), de que «no cabe dudar de la proporcionalidad en abstracto de la medida cautelar adoptada» se contradice, en nuestra opinión, con la doctrina de la STC, 2ª, 16.7.2001 (Ar.169), FJ 8, que le llevó a estimar la violación del derecho a la libertad del art. 17.1 CE del auto que acordaba la retirada del pasaporte, sobre la base de que las disposiciones normativas existentes no aportaban «la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del Derecho y de protección de la libertad requiere». En la sentencia que comentamos falta, en nuestra opinión, que el TC se pronuncie sobre el hecho de que el art. 544 bis LECrim no preveía expresamente que la consecuencia del incumplimiento de una orden de alejamiento podía ser la adopción de la prisión provisional.

El art. 544 bis LECrim ha sido modificado por la LO 13/2003, cuyo último párrafo señala que: «En caso de incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el juez o tribunal, éste convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional en los términos del artículo 503, de la orden de protección prevista en el artículo 544 ter 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». Ahora sí que deja clara la Ley la posibilidad de acordar la prisión provisional

en caso de incumplimiento de la orden de alejamiento, y la rodea de todas las garantías necesarias.

Respecto a la orden de alejamiento señala MORENO CATENA, (2004, p. 302), que «desde un punto de vista jurídico debe reconocerse, sin embargo, que el nuevo art. 544 bis LECrim desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares propias del proceso penal, ya que su objetivo no se dirige a evitar la ocultación del delito o la sustracción del imputado a la acción del imputado a la acción de la justicia, sino más bien a proteger a la víctima de futuras y posibles agresiones; por tanto, el legislador está autorizando estas medidas con una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia».

La utilización de la prisión provisional como un instrumento para evitar que se repitan hechos delictivos plantea distintas posturas doctrinales. Si por un lado, están quienes alegan que se pone en peligro el derecho a la presunción de inocencia (MORENO CATENA), por otro lado también hay quien sostiene que «nos encontramos ante una tutela que en sí misma puede tener un carácter eminentemente anticipatorio pero que en casos excepcionales es sumamente eficaz para satisfacer el derecho de quienes sufren las consecuencias de la acción delictiva, por lo que su legitimidad constitucional no puede ser puesta en duda» (DAMIÁN MORENO, 2004, p. 104).

4. La posible violación del derecho a la utilización de todos los medios de prueba pertinentes para la defensa

Por último, es necesario llamar la atención sobre uno de los argumentos esgrimidos por el MF, el recurrente, y la propia víctima en sus alegaciones: *la posible vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes* (art. 24.2 CE). E incluso, añadiríamos nosotros el derecho de defensa, toda vez que el TC ha señalado siempre que el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes es un derecho inseparable del derecho de defensa también consagrado en el art. 24. 2 CE [STC, 1ª, 29.1.1996 (Ar. 169; MP: Pablo García Manzano), FJ 3; STC, Pleno, 14.3.2000 (Ar. 73; MP: Julio Diego González Campos), FJ 2; STC, 1ª, 16.7.2001 (Ar. 165; MP: María Emilia Casas Baamonde), FJ 2)].

Desde un principio, D. Enrique solicitó que se tomará declaración a su hijo, menor de edad, presente en el encuentro habido entre él y su ex mujer, en el que supuestamente se había quebrantado la orden alejamiento. Así, siempre según los FJ 6 y 7, D. Enrique negó «en todo momento que existieran realmente riesgos justificantes de su ingreso en prisión provisional, pidiendo reiteradamente la práctica de dicha prueba», tanto ante el JI como posteriormente ante la AP.

La diligencia solicitada por D. Enrique perseguía que el órgano judicial pudiera determinar si Dña. Josefa había acudido voluntariamente al parque en el que dormía aquél. Algo que sin duda era revelante al efecto de demostrar que podía no ser él quien había quebrantado la orden de alejamiento.

Sin embargo, todas las resoluciones adoptadas ignoraron la prueba solicitada por el recurrente. El hecho de que no sólo no se practicara esta prueba, sino que ni siquiera los órganos judiciales se refirieran a dicha solicitud implica lógicamente también la violación del art. 24.2 CE.

El recurrente se apoya en la doctrina constitucional que exige que se razone la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas [STC, 1ª, 30.9.1987 (Ar. 149; MP: Luis Díez-Picazo y Ponce de León), FJ 3; STC, 2ª, 11.9.1995 (Ar. 131; MP: Carles Viver Pi-Sunyer), FJ 2]. Y, de otra, que argumente de modo convincente que la resolución final podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia [STC, 2ª, 7.12.1983 (Ar. 116; MP: Jerónimo Arozamena Sierra), FJ 3; STC, 2ª, 25.9.1987 (Ar. 147; MP: Carlos de la Vega Benayas), FJ 2; STC, 1ª, 22.3.1988 (Ar. 50; MP: Antonio Truyol Serra), FJ 3; STC, 2ªm 29.11.1993 (Ar. 357; MP: Julio Diego González Campos), FJ 2]. Según se deduce de la STC así lo hizo D. Enrique quien razona, en primer lugar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y la diligencia probatoria sobre la que nada dijeron los órganos judiciales; y, en segundo lugar, que, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia, la resolución final acerca de la adopción o no de la prisión provisional podría haberle sido favorable.

Con ello debería haber quedado probado que si el JI o la AP se hubieran pronunciado sobre la prueba propuesta por el recurrente, podría éste haber acreditado eventualmente las circunstancias en las que se desarrolló ese encuentro en el que supuestamente se quebrantó la medida de alejamiento; y en consecuencia podría quizá no haberse adoptado la medida cautelar más extrema que era la prisión provisional. O de haberlo hecho, al menos sin vulnerar el derecho de defensa y el derecho a la utilización de los medios de prueba (art. 24.2 CE).

De este modo parecía haberlo advertido el TC, según se infiere de la lectura de los FJ 6 y 7 de la sentencia, cuando se refiere a la importancia que esta diligencia tenía a la hora de decidir sobre si la prisión provisional que se pretendía adoptar reunía todos los presupuestos que la jurisprudencia constitucional exige. No cabe dudar, como señala el TC, de la relevancia de haber practicado esa toma de declaración al menor, máxime cuando «tal comportamiento había tenido lugar a su presencia». Pero es que, además, no es que no se practicara y se denegara motivadamente, sino que tanto el JI como la AP obviaron dicha solicitud. Por eso, el FJ 6 señala que independientemente de que dicha solicitud de prueba fuera o no planteada en momento procesal oportuno, lo cierto es que los órganos judiciales ni la admitieron ni la denegaron motivadamente, *incurriendo así en la lesión del derecho del actor a la utilización de un medio de prueba que estimaba pertinente para su defensa* (la cursiva es nuestra).

Sin embargo, el fallo de la sentencia sólo otorga el amparo por la vulneración del derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE y del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. Y en esto, dicho sea con el debido respeto, discrepamos. Obviamente, como dice la STC, toda omisión en lo que a esta prueba se refiere implica que los órganos judiciales han prescindido de un medio de prueba adecuado para valorar la entidad real del peligro que se quería evitar, y en

consecuencia se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Pero de otro lado, a nuestro juicio, no hay duda de que esa omisión «al mismo tiempo» (FJ 7) también significa la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE).

He aquí la razón del voto particular concurrente del Magistrado D. Ramón Rodríguez Arribas para el que la sentencia «no expresa con la claridad que la delicadeza del caso reclama, las concretas razones que con carácter exclusivo imponen la estimación de la demanda».

Concluye el voto particular de la siguiente manera: «... ni el JI ni la AP resolvieron expresamente sobre la prueba de exploración del hijo menor del matrimonio, reiteradamente solicitada por el padre, con ocasión de los recursos de reforma y de apelación interpuestos contra la medida de prisión, prueba que, cualquiera que fuera su pertinencia, se pidió precisamente para tratar de acreditar la ausencia de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada sobre la situación personal del denunciado, con lo que se vulneraba también el art. 24.2 CE».

5. Recapitulación

La concesión del amparo en este supuesto tiene un «efecto puramente declarativo» (FJ 8), ya que cuando se dicta esta sentencia existe ya una sentencia condenatoria firme a más de dos años de privación de libertad en el procedimiento principal lo que impide, en palabras del TC «que el reconocimiento por nuestra parte de que las resoluciones recurridas vulneraron los derechos del demandante de amparo a la libertad personal y a la tutela judicial efectiva pueda surtir ningún efecto en relación con su *status libertatis*».

La intervención del TC en defensa de los derechos fundamentales vuelve nuevamente a producirse demasiado tarde, lo que reabre el debate acerca de la eficacia de la intervención del TC (entre otros, PÉREZ TREMPES, 2003, pp. 14-15, 24-25; SALVADOR CODERCH *et.al.*, 2004). El TC ha tardado en total 2 años, 3 meses y 26 días en resolver el recurso de amparo, de los que, como viene siendo habitual, 1 año, 3 meses y 14 días ya sólo se invirtieron en la admisión. A ello hay que añadir, además, que el TC se pronuncia sobre una regulación que ya ha sido derogada.

La cuestión que subyace en este caso, como en otros muchos, es cuál es el valor de esta sentencia, y si realmente el TC con la sobrecarga de trabajo que soporta puede permitirse dictar pronunciamientos meramente declarativos cuyo único efecto será que el recurrente en amparo pueda solicitar una indemnización por el tiempo de prisión provisional sufrido indebidamente. Quede al menos apuntado que esto merecería un estudio más amplio, pero resulta imposible abordarlo en estas líneas.

La sentencia en cuestión resuelve un caso de amparo aplicando una consolidada doctrina constitucional. El TC ha reiterado en numerosas ocasiones que la gravedad del delito no es el único elemento a tener en cuenta para acordar el ingreso en prisión provisional del imputado. La única singularidad de este caso es la connotación que los distintos operadores jurídicos y sociales

quieran hacer de su lectura. Por eso, son tan importantes, el estilo y la mesura que utilicen los medios y asociaciones, ya sea de forma coetánea o sucesiva, con igual o diferente sensibilidad, para transmitir a la opinión pública el contenido de esta resolución.

6. Bibliografía

Juan DAMIÁN MORENO (2004), "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal", en Dorrego de Carlos (Coordinador), *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepin, Madrid, pp. 91-111.

Víctor MORENO CATENA *et al.* (2004), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Víctor MORENO CATENA *et al.* (2001), *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid.

Pablo PÉREZ TREMPES (2003), "Tribunal Constitucional y Poder Judicial", Documentos de trabajo del Laboratorio, Fundación Alternativas, 28/2003.

Pablo SALVADOR CODERCH *et al.* (2004), "Diseño institucional defectuoso, Comentario a la STS, 1ª, 22.2.2004", en *Indret 2/2004* (<http://www.indret.com/>).