

## DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

---

### **Circular 2/1995, de 22 de noviembre, sobre nuevo régimen procesal de la prisión preventiva.**

Referencia: FIS-C-1995-00002

---

#### **I. Introducción**

La Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo del Tribunal del Jurado, junto a un nuevo modelo procesal para las causas competencia del mismo, introduce modificaciones en la Ley de Enjuiciamiento Criminal a través de su Disposición Final Segunda. No todas esas reformas van encaminadas a concordar la Legislación procesal con el nuevo texto. Las modificaciones en el régimen de la prisión preventiva no guardan relación con la introducción del Jurado y se implantan para todos los procesos penales.

Las variaciones exceden de lo puramente procedimental y afectan a los arts. 504 bis 2 (de nueva planta), 516 (que desaparece) y 539 (que es objeto de una nueva redacción).

La filosofía que ha animado al legislador ha sido la de llevar al campo de las medidas cautelares con mayor plenitud los principios acusatorio y de contradicción característicos del proceso penal moderno con un evidente anclaje constitucional que se ha ocupado de subrayar nuestra jurisprudencia. El legislador ha estimado conveniente no esperar a la reforma procesal global que anuncia la Disposición Final Cuarta de la Ley y adelantar ya ese aspecto relativo a una materia como la prisión provisional que por afectar al derecho fundamental a la libertad reviste tanta trascendencia.

Si en su filosofía inspiradora la reforma no merece objeciones, su plasmación práctica revela un cierto distanciamiento de la realidad que suscita un buen abanico de problemas generales y también en cuanto a la actuación del Ministerio Fiscal. Desde luego no son los menores los derivados de la crónica insuficiencia de medios personales y materiales que sufre el Ministerio Público para afrontar las relevantes misiones que le atribuye el ordenamiento.

Sin embargo esta Circular no tratará de ese tema, sin perjuicio de que desde la Fiscalía General del Estado sigan promoviéndose las iniciativas de todo orden adecuadas para solventar eficazmente esa cuestión. Mientras tanto, las carencias existentes y entre ellas las derivadas de la falta de una planta que suponga el necesario despliegue personal del Ministerio Fiscal para garantizar su pronta presencia en todos los órganos judiciales penales, habrán de ser suplidas con la dedicación y profesionalidad que siempre han sido y son características de los integrantes de la Carrera Fiscal. Máxime en un ámbito como el de la prisión provisional en que, por incidir de forma directa en el derecho fundamental a la libertad proclamado en el art. 17 de la Constitución, el Fiscal está singularmente comprometido por mandato del artículo 124 de la Constitución que le otorga un primerísimo lugar en la defensa de los derechos de los ciudadanos. No puede olvidarse que en cierta forma las garantías establecidas por la Ley en orden a la adopción en el proceso penal de medidas cautelares que afectan a la libertad están constitucionalizadas al exigir el art. 17 de la Norma Suprema que toda privación de libertad se realice «en los casos y *en la forma* previstos en la Ley».

La presente Circular se encamina directamente a abordar los problemas interpretativos que suscita la reforma estableciendo pautas que sirvan para dar unidad a la actividad del Ministerio

Fiscal, sin perjuicio de que en el futuro, una vez rodado el nuevo sistema y contrastadas esas pautas con su aplicación práctica puedan replantearse o modificarse algunos puntos. Igualmente parecía conveniente orillar de momento un planteamiento global sobre la prisión preventiva, cifando estas orientaciones a la incidencia de la reforma.

## II. Principios inspiradores de la reforma

La reforma se sintetiza en dos puntos clave. Las decisiones judiciales sobre prisión (sea eludible o no mediante fianza) exigen para su adopción:

1. Una solicitud de parte -principio acusatorio- (inciso final del párrafo tercero del art. 504 bis 2 y párrafo 3º del art. 539).
2. Una previa audiencia con asistencia de las partes -principio de contradicción- (arts. 504 bis.2, párrafo 12 y 539.3º).

La plasmación procedimental de esas dos reglas básicas, que está recogida en los nuevos arts. 504 bis 2 y 539, puede despertar algunas dudas en cuanto a su aplicación. Para su desarrollo sistemático será preciso diferenciar las distintas situaciones que pueden surgir, analizándolas separadamente.

## III. El artículo 504 Bis 2: la comparecencia previa a las decisiones sobre prisión

El supuesto realmente paradigmático viene representado por la puesta a disposición del Instructor que debe conocer de la causa de una persona detenida (art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), acompañándose el correspondiente atestado e iniciándose el proceso precisamente en virtud del mismo. Al hilo de este supuesto, contemplado expresamente en el art. 504 bis 2, pueden abordarse también todas las cuestiones generales de la comparecencia que son comunes al resto de las posibles situaciones. En apartados sucesivos se tratará de las peculiaridades de otros posibles supuestos.

### a) Casos en que procede la celebración de comparecencia

La comparecencia no es preceptiva cuando el Juez o Tribunal a cuya disposición ha sido entregado el detenido «decrete su libertad provisional sin fianza», según ha aclarado la reforma operada en virtud de Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre.

De ahí se puede inferir una relevante consecuencia práctica. El Juez ha de hacer una primera valoración y si llega a la conclusión de que lo procedente es la libertad, ha de acordarla sin más trámites y sin perjuicio de la posterior posibilidad de recurso. Por tanto, la primera diligencia a practicar será la toma de declaración del detenido (en los plazos que indica el art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), declaración que no tiene por qué postergarse al momento de la audiencia. Entre otras cosas, porque el Juez ha de contar con la misma para esa primera decisión.

Si el Juez considera que, por concurrir los presupuestos de los arts. 503 y 504 de la Ley, puede ser procedente decretar la prisión o fijar una fianza para eludir, ha de convocar a una audiencia.

### b) Plazo para celebrar la comparecencia

Según indica la Ley la comparecencia ha de celebrarse dentro de las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición judicial del detenido.

Hay que tener en cuenta que no conviene apurar el plazo, señalando la comparecencia para momentos en que ya está a punto de transcurrir, puesto que en ese período precisamente habrá de legalizarse la situación (art. 497 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que significa que la audiencia ha de estar concluida antes de que transcurra ese plazo. Si a esta consideración anudamos otras, como la referente a la necesidad de no guillotinar la posibilidad de practicar pruebas en un período de 24 horas (art. 504 bis 2, 2º); o al plazo de ocho horas con que cuenta el letrado para personarse, si no se ha realizado antes la declaración (art. 520.4 y 5); o, muy significadamente, a la obligación de dilatar lo menos posible la situación interina de detención (art. 528.3º), aparece con claridad la conveniencia de que la audiencia se

fije lo antes posible, a cuyo fin los Fiscales realizarán las correspondientes peticiones, sin perjuicio de que, lógicamente, la decisión a este respecto corresponde al Instructor. No obstante estas consideraciones hay que combinarlas con la necesidad de que las citaciones -y también la del Ministerio Fiscal, especialmente en los casos en que no exista una constitución permanente ante el órgano judicial- se reciban con la suficiente antelación, única forma de evitar suspensiones de la audiencia, motivadas por la real falta de disponibilidad de medios personales.

Ante órganos judiciales en cuyas sedes existan Adscripciones Permanentes de Fiscalía, o en Juzgados de capitales con servicio de guardia durante las 24 horas y presencia permanente del Fiscal, podría solicitarse la celebración de la audiencia del art. 504 bis 2, inmediatamente después de tomar declaración al detenido, aprovechando su presencia, así como la de su Letrado y la del Fiscal.

## c) Actuación del Fiscal al ser convocado a una comparecencia

Cuando el Fiscal reciba la citación para una audiencia relativa a la situación de prisión y sea la única parte acusadora constituida en el proceso, su primera actividad habrá de ser la de valorar los datos que se desprenden del procedimiento (mediante el examen directo de las actuaciones, si está constituido permanentemente en el Juzgado; a través de la copia del atestado que también se remite a la Fiscalía y, en su caso, recabando el envío urgente de copia de las demás actuaciones relevantes). Si de ese examen llega a la conclusión de que lo procedente es decretar la libertad pese a la estimación inicial del Instructor de convocar la audiencia, dado que la celebración de la misma podría suponer una injustificada demora en tal decisión (lo que sucederá especialmente en los casos en que el Juzgado esté en localidad en la que no exista presencia permanente del Fiscal), deberá solicitar del Instructor por el medio más rápido posible la libertad sin fianza del detenido y, simultáneamente, que se deje sin efecto la convocatoria para la audiencia, innecesaria ya puesto que la única parte que podría solicitar la prisión, postula la libertad.

Este tipo de actuación es consecuencia obligada de la prescripción contenida en el precitado párrafo tercero del art. 528 que ordena a cuantas Autoridades intervengan en un proceso «dilatarse lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados». Esperar a la celebración de la audiencia, cuando el Fiscal como única parte activa tiene ya clara su posición favorable a la libertad y la convocatoria se ha fijado para un momento posterior, resultaría una injustificada prolongación, aunque sea breve, de la privación de libertad, dilación que el Fiscal debe evitar.

En las capitales en que existe un servicio de guardia ininterrumpido de veinticuatro horas y de forma permanente puede ser buen sistema que el Fiscal, por iniciativa propia, revise todas las causas con detenido y en cada una de ellas informe por escrito, solicitando la libertad, cuando considere que es la medida procedente; o solicitando la celebración de la audiencia cuando estime que procede la prisión o libertad con fianza o resulte necesario realizar alguna diligencia antes de pronunciarse, en cuyo caso debe adelantarse ya a pedir esas pruebas (hoja histórico-penal, alguna declaración) para que puedan celebrarse en la comparecencia. Esas peticiones se pueden hacer constar por «otrosí» en el escrito de acusación que se formule en el caso de que se trate de procesos en que sea aplicable el trámite del art. 790.6.52 (los denominados «juicios rápidos»).

## d) Suspensión de la comparecencia

El Ministerio Fiscal y el imputado, asistido de su letrado, tendrán obligación de comparecer, tal y como expresa el inciso final del párrafo primero del art. 504 bis 2.

En cualquier caso, en el supuesto que ahora se examina no es imaginable la ausencia del imputado pues estará detenido.

En lo relativo a la presencia del Fiscal habrá que arbitrar todos los medios, estableciendo incluso la preferencia de este servicio, para que no se produzcan suspensiones de esta audiencia por su incomparecencia, aunque siempre dentro de las limitaciones, en muchos casos insorteables, de las disponibilidades actuales de medios materiales y personales.

La incomparecencia del letrado provocará la suspensión. Para ese caso puede estimarse aplicable lo dispuesto en el art. 520.4, párrafo 1º (designación de letrado de oficio, si el designado no acepta, no es hallado o no comparece) y, en su caso, la previsión del art. 788.5 en el ámbito del procedimiento abreviado. Pero nunca se podrá extender a esta audiencia la presunción contenida en el párrafo segundo del art. 520.4 (celebración de la audiencia sin letrado tras el transcurso de ocho horas): la Ley quiere que la audiencia siempre se celebre con asistencia de letrado (art. 504.bis 2, 1º: «... al imputado, que *deberá estar asistido de Letrado...*»).

Igualmente han de ser citadas para la audiencia el resto de las posibles partes personadas, si bien la incomparecencia de éstas no determinará la suspensión de la audiencia.

Para los supuestos de suspensión de la comparecencia el párrafo 4º del art. 504 bis 2 establece que el Juez decidirá sobre la prisión o libertad (hay que entender que también con posibilidad de decretar la libertad bajo fianza), sin perjuicio de convocar nuevamente para la audiencia en las siguientes setenta y dos horas, y promoviendo las medidas disciplinarias a que haya lugar.

En el caso de que la suspensión haya sido motivada por incomparecencia injustificada del letrado, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 449.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debiendo los Fiscales solicitar la adopción de las medidas pertinentes.

La afirmación anterior merece no obstante una matización importante. Si tras la suspensión de la comparecencia y antes de intentarse de nuevo su celebración, por cualquier circunstancia (como pudiera ser el resultado de las diligencias practicadas entre tanto en la causa), el Instructor modifica su inicial criterio y considera procedente la libertad, puede acordarla desde luego (art. 539, párrafo último). Y en esos casos no habrá que celebrar la comparecencia.

En los supuestos antes apuntados (decisión sobre situación ante la suspensión de la comparecencia) para que pueda decretarse la prisión (o la libertad con fianza), medidas que podrán ser solicitadas por el Fiscal, es necesario que concorra, junto a los presupuestos generales de la prisión provisional (arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), el riesgo de fuga («periculum in mora» que, en realidad, aunque en la Ley sólo aparezca de forma latente y no expresa, debiera ser también requisito de la prisión provisional). Para estimar la existencia de ese peligro de fuga u ocultación habrá que estar al sinfín de circunstancias, que se resisten a una enumeración exhaustiva, y que pueden resultar indicativas a esos fines (arraigo familiar y social; domicilio conocido; estabilidad laboral; mayor o menor gravedad del delito; posibilidades reales de ocultación o fuga ...).

Una eventual nueva suspensión de la comparecencia permitiría revisar la medida inicialmente acordada, pero no debe considerarse necesaria su ratificación en todo caso. Nótese que el art. 516 ha quedado sin contenido.

Ese auto provisional de prisión o libertad que pende de lo que se decida finalmente tras la audiencia es impugnabile autónomamente. No obstante el recurso quedará sin contenido o su objeto quedará englobado en el auto que adopte una decisión definitiva tras la audiencia, si ésta llega a celebrarse en las siguientes setenta y dos horas, tal y como prevé la Ley. Dada la relativa coincidencia de plazos, el buen orden procesal se salvará si el recurso de reforma se resuelve una vez celebrada la audiencia. Así se excluirá la eventualidad de dos recursos de apelación contra resoluciones idénticas, aunque recaídas en momentos cercanos pero distintos, recursos que se superpondrían absurdamente.

Otra suspensión de la comparecencia convocada ante la frustración de la primera, supone hacer entrar de nuevo en funcionamiento la previsión del inciso inicial del párrafo penúltimo del art. 504 bis 2; es decir, el Juez podrá decidir nuevamente sobre la prisión o libertad atendiendo primordialmente al riesgo de fuga, sin perjuicio de poder mantener sin más la resolución adoptada tras la suspensión de la primera comparecencia. Al mismo tiempo deberá proveer lo necesario para una nueva convocatoria para la comparecencia. No es admisible desde luego, porque no se desprende así de la Ley, que el segundo intento fallido de celebración de la comparecencia aboque a la libertad ineludiblemente. Lo procedente será una nueva comparecencia, manteniendo en tanto la situación del imputado -prisión o libertad- que se estime procedente en atención al riesgo de fuga.

Cuando se trate de varios detenidos en una sola causa, no existe obstáculo alguno para celebrar la audiencia separadamente, aunque, en principio, lo aconsejable sería una comparecencia conjunta, en el bien entendido de que la imposibilidad de llevarla a término respecto de uno de los imputados (por inasistencia, por ejemplo, de su letrado), no será causa de suspensión de la audiencia en cuanto al resto de los imputados.

## e) La prueba en la comparecencia

En la audiencia se permite celebrar prueba siempre y cuando pueda practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes. El Fiscal se opondrá a todo intento de convertir esa posibilidad de practicar prueba en una instrucción completa y acelerada. Pero, aun partiendo de ese inicial criterio restrictivo, han de aceptarse aquellas pruebas que se propongan, que sean susceptibles de ser practicadas en el breve plazo previsto y que aparezcan como trascendentales a la hora de tomar una decisión sobre la situación del imputado.

Para evitar la prolongación de la situación de interinidad del detenido, el Fiscal procurará igualmente al solicitar la audiencia, o al recibir la citación para la misma, reclamar ya, en su caso, los medios de prueba que considere imprescindibles para que puedan adoptarse las cautelas necesarias desde la Oficina Judicial en orden a las posibles citaciones, o reclamación de documentos. Aunque el momento idóneo para la proposición de pruebas es el inicio de la audiencia, nada se opone a que sean solicitadas con anterioridad

La imposibilidad de practicar la prueba, acordada ya por el Juez, en un plazo inferior al límite de las setenta y dos horas, no provocará la suspensión de la audiencia y la entrada en juego del mecanismo que articula el párrafo cuarto del art. 504 bis 2, sino la culminación de la audiencia prescindiendo de tal prueba, y la decisión sobre la libertad o prisión, sin perjuicio de que en la causa pueda practicarse esa prueba y pueda reformarse en atención a la misma la situación acordada tras la audiencia (art. 539.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La resolución del Juez admitiendo o no los medios de prueba propuestos habrá de producirse en el acto y verbalmente, aunque de forma motivada, y documentándose debidamente en el acta de la audiencia (ver art. 793.2, inciso final).

No dice nada la Ley sobre la recurribilidad de la decisión judicial denegando prueba. Dado que se trata de prueba propuesta para que sirva de base a una decisión inmediata (la prisión o libertad), hay que integrar la laguna, no acudiendo al art. 311 de la Ley que permitiría la impugnación autónoma de ese acuerdo y provocaría grandes disfunciones procesales, sino aplicando analógicamente el régimen establecido para la fase de juicio oral: la denegación de la prueba propuesta ha de atacarse conjuntamente con el auto de libertad o prisión finalmente recaído y no es recurrible de forma autónoma.

Esta solución ofrece también algunos inconvenientes prácticos. En efecto, en principio, durante la tramitación del eventual recurso contra el auto de -de prisión o libertad- que finalmente recaiga, no puede practicarse prueba y la estimación del recurso en la resolución de la Audiencia Provincial por indebida denegación de la prueba debería llevar en esta primera estimación a la declaración de nulidad de la resolución y a retrotraer las actuaciones al momento de la audiencia con todo el desgaste procesal que ello supone. Sin embargo a través de diversas técnicas procesales tales disfunciones pueden soslayarse en la mayoría de los supuestos:

En cuanto a la posible prueba documental, porque en el seno del procedimiento ordinario puede aportarse la misma (o solicitar al Tribunal su reclamación) en el trámite de la apelación frente a autos según dispone el art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cuanto a otras posibles pruebas, como la testifical, cuya práctica se haya denegado para la audiencia por no considerarse imprescindibles, nada impide que las mismas puedan ser practicadas en la causa posteriormente como diligencias de instrucción si son pertinentes a tales fines, lo que permitirá, si se hace con la deseable celeridad, que antes de resolverse la apelación -que, no se olvide, ha de ir precedida de la correspondiente reforma- puedan aportarse también con los testimonios que han de remitirse para sustanciar la apelación (art. 225) o, en último extremo aportarse esos testimonios también como prueba documental a través del cauce antes indicado del art. 231.

Esta última vía -aportación del testimonio de esas diligencias no practicadas en la audiencia, pero sí posteriormente por ser pertinentes- se presenta igualmente como apta para el caso de que estemos ante un procedimiento abreviado y el recurso interpuesto tras la reforma, sea el de queja (art. 787.2).

De esa forma se consigue reducir a supuestos que realmente serán insólitos los casos en que la resolución del recurso no entre en el fondo del asunto por estimarse que fue indebidamente denegada una diligencia de prueba.

En cualquier caso, con carácter general, los Fiscales cuando les sea rechazada una diligencia de prueba para el trámite de la audiencia, se abstendrán de recurrir por tal motivo, limitando la impugnación a los motivos de fondo, sin perjuicio de solicitar en su caso tal diligencia en el seno de la causa principal y una vez practicada y valorado su resultado, realizar nuevas peticiones (art. 539.1º), si resultan procedentes, en orden a la variación de la situación personal que pudiera haberse acordado.

#### f) Documentación del acto

La audiencia ha de documentarse por el Secretario Judicial levantando la correspondiente acta (art. 280.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) que ha de unirse, no a la causa principal, sino a la pieza separada donde deben obrar todas las actuaciones relativas a la prisión o libertad provisional (arts. 519 y 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Cuando se hayan practicado pruebas cuya única y exclusiva finalidad sea la de justificar la procedencia o no de la libertad provisional (documentación para acreditar arraigo familiar o estado de salud...), basta esta indicación. Sin embargo cuando se trata de pruebas que con un valor doble, por cuanto inciden en algunos de los presupuestos de la prisión provisional (realización de un hecho punible o participación o no del imputado en el mismo; o existencia de antecedentes penales), que a su vez son el objeto de investigación de la causa, habrá de llevarse testimonio de tales diligencias al ramo principal. Resultaría absurdo que el testigo presencial que es llamado a declarar a la audiencia para decidir sobre la prisión, tenga que declarar posteriormente de nuevo en la causa.

#### g) Otras cuestiones sobre la comparecencia

Una vez practicada la prueba o si ha sido denegada o no se ha propuesto por ninguna de las partes, se ha de abrir un trámite de alegaciones orales (art. 504 bis 2) que comenzará por las acusaciones. No obstante tampoco puede descartarse radicalmente en algunos supuestos que el Fiscal al comienzo de la comparecencia y antes de practicarse la prueba que haya sido admitida, adelante ya su solicitud formal sobre prisión o libertad, si considera que la prueba no es pertinente, ha sido indebidamente admitida y carece de aptitud, cualquiera que sea su resultado, para hacer modificar su estimación.

La audiencia ha de darse por concluida si todas las acusaciones se pronuncian por la libertad. En otro caso, deberá informar, a continuación, en apoyo de sus pretensiones la defensa. No puede encontrarse impedimento legal alguno a que, a solicitud de parte, el Juez conceda un turno de réplica o rectificación.

Exigencias elementales del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista, antes de la audiencia, de las actuaciones practicadas hasta ese momento (art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Tan sólo si ha recaído una declaración judicial de secreto en los términos previstos en el art. 302 decaerá ese derecho.

## **IV. El artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: las modificaciones de la situación personal durante el curso de la causa**

Hasta aquí se han examinado los problemas generales que puede suscitar la celebración de la audiencia sobre situación personal al hilo del supuesto que puede considerarse más típico: la puesta a disposición judicial de la persona detenida. Pero son muchos otros los casos que se presentan habitualmente y que a estos efectos ofrecen unas peculiaridades que requieren un tratamiento específico.

El primero de ellos se plantea cuándo hay que resolver sobre la situación personal, estando el procedimiento en tramitación y sin que se haya iniciado con la puesta a disposición judicial del detenido.

## a) Reformabilidad de oficio de la situación de prisión

La transformación de la situación de prisión incondicional (mutándola por una prisión con fianza o libertad provisional) puede hacerse de oficio por el Juez o Tribunal en cualquier momento de la causa sin que medie petición de parte y sin necesidad de celebrar audiencia. Así lo declara expresamente el párrafo final del reformado art. 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Del mismo modo las solicitudes de la defensa en tal sentido (petición de libertad con o sin fianza) cuando el imputado está reducido a prisión, pueden ser resueltas por el Juez o Tribunal directamente sin necesidad ni de celebración de audiencia, ni de dar traslado a las otras partes para ser oídas, aunque a veces pueda ser conveniente hacerlo.

Cuando la libertad en cualesquiera de sus formas es solicitada por el Ministerio Fiscal y no existen otras partes acusadoras, la solicitud vincula al Juez o Tribunal. Aunque no lo dice expresamente la Ley, se deduce tal principio con claridad de la filosofía que inspira la reforma.

Si está acordada la prisión a instancia exclusiva de una de las partes acusadoras frente a las demás que en su día pudieron solicitar la libertad, se plantea la cuestión de si una petición de libertad formulada posteriormente por esa parte acusadora es o no vinculante para el Juez o Tribunal. En tales casos el Juez puede, desde luego, acordar la libertad directamente. Pero si no la considera procedente, podrá oír sobre tal extremo y con la mayor urgencia al resto de las partes acusadoras, de forma que si alguna de ellas, modificando su posición inicial en atención a los nuevos datos que pueda haber revelado la investigación, considera que debe mantenerse la situación de prisión, el Juez se apoye en esa solicitud para mantener la situación de privación cautelar de libertad. Privar al Juez de esa facultad no sería lógico ni coherente con el párrafo penúltimo del art. 539 que permite al Juez de oficio mantener, aunque sea por un breve plazo, la situación de prisión preventiva. Aunque también sería admisible la opinión contraria, puede parecer más seguro procesalmente entender que en esos supuestos, dado que la situación de prisión se va a acordar en razón de una nueva solicitud formulada por una parte distinta de la que la formuló inicialmente, es aconsejable la celebración de una nueva audiencia. No obstante también puede argumentarse la no necesidad de nueva comparecencia. Esta ya se celebró en su día, no ha habido modificación de la situación y los principios acusatorio y de contradicción están plenamente salvados.

## b) La agravación de la situación personal del imputado

Las transformaciones en sentido inverso (agravación de la situación personal) están sometidas a un régimen distinto pues no cabe sustraer las mismas a la necesidad de celebración de una audiencia contradictoria:

«Para acordar la prisión o 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, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el art. 504 bis 2» (art. 539, 3º).

Esta previsión contempla tanto los casos en que media una petición de prisión o de agravación de las condiciones de situación personal durante la tramitación de la causa, como aquellos en que esas peticiones se realizan al inicio del procedimiento (al presentarse la querrela o denuncia). Tanto en uno como en otro caso, la Ley invita a pensar que el Juez no puede poner en marcha el mecanismo citando de oficio a la celebración de una comparecencia. Es necesario que antes medie una petición de parte en tal sentido sin perjuicio de lo que luego se dirá al comentar el párrafo penúltimo de este art. 539. Sin embargo hay que apresurarse a matizar que el Juez o Tribunal sí puede de oficio pedir a todas o algunas de las partes un informe sobre situación o conveniencia de convocar a comparecencia para debatir tal extremo.

En cualquier caso, esta novedad procesal, que recorta las facultades del Juez o Tribunal, obliga al Fiscal a estar más vigilante en el seguimiento de las causas para ante la aparición de circunstancias que hagan procedente la prisión o cualquier otra agravación de la situación

personal, promover inmediatamente el incidente con la correspondiente solicitud, en la que incluso podrá solicitar que se acuerde la prisión inmediata cuando se dé riesgo de fuga, sin perjuicio de la celebración de comparecencia en el plazo de setenta y dos horas (párrafo penúltimo del art. 539). En este punto se hace preciso recordar la conveniencia de que cada Fiscal compruebe con asiduidad el estado de las actuaciones abiertas en el Juzgado o Juzgados de Instrucción a que puede estar adscrito y lleve un registro personal de las causas con preso cuyo despacho le corresponda, vigilando su estado de tramitación, dando prioridad a su despacho y manteniéndose en la Fiscalía un sistema de control adecuado de esas causas ya calificadas por el Fiscal, aspectos que se trataron en las Circulares 4/1978 y 6/1978, cuya vigencia especialmente en estos puntos se recuerda.

En otro orden de cosas hay que decir que no siempre que medie una solicitud de prisión o de agravamiento de la situación de libertad dimanante de cualquiera de las partes acusadoras será preceptiva la celebración de la comparecencia. El Juez o Tribunal puede desestimar razonadamente la petición de plano sin necesidad de convocar previamente a las partes y sin perjuicio de la recurribilidad de tal decisión. Aunque la Ley no se pronuncia directamente en este sentido, la interpretación propuesta se deduce sin dudas de su examen conjunto. Las decisiones sobre libertad se pueden acordar de oficio, sin previa comparecencia (arts. 504 bis.2, párrafo 12 y 539, párrafo último). Por tanto también la desestimación de una petición de prisión se puede hacer directamente y sin convocar a las partes. Otro entendimiento dejaría en manos de acusaciones poco escrupulosas la facultad de poner en marcha el engorroso mecanismo de la comparecencia cuantas veces lo considerase oportuno, por escasas que hubiesen sido las variaciones en el curso de la causa, con las gravosas consecuencias que ello puede acarrear para la marcha del procedimiento y especialmente para el propio imputado (repárese especialmente en el imputado que reside lejos del territorio del Juzgado ante el que se tramita la causa y que debería desplazarse para asistir a la comparecencia dada la obligatoriedad de su presencia).

El párrafo tercero de la Ley habla de «acordar la prisión o libertad provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional». La literalidad del precepto inclinaría a pensar que la audiencia es necesaria para cualquier medida que afecte a la libertad personal, incluso el establecimiento de la mera obligación «apud acta» de presentación los días que se fije, o la prohibición de salida del territorio nacional con retirada del pasaporte. En la previsión late una cierta dosis de incoherencia con el contenido del primer párrafo del art. 504 bis 2 que permite decretar la libertad provisional (que implica la constitución de la obligación «apud acta»: art. 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sin previa celebración de audiencia. La explicación de tal incongruencia quizás pueda buscarse en la reforma del párrafo 12 del art. 504 bis 2 llevada a cabo por Ley Orgánica 8/1995, de 16 de noviembre, sin armonización simultánea del resto del articulado.

La divergencia carece de justificación plausible. Aunque ciertamente no es totalmente parificable el paso de la situación de detención a la de libertad provisional con la mutación de la libertad en libertad provisional, la diferenciación no es base suficiente para una disparidad de tratamiento. Se impone una interpretación que armonice esta previsión con el conjunto de la reforma. Resultaría absurdo que el Juez pudiese de oficio decretar la detención (art. 539, párrafo penúltimo), y acto seguido poner en libertad provisional al detenido también de oficio (art. 504 bis 2, párrafo 1º), pero que no pueda directamente decretar la libertad provisional, medida sin duda mucho menos gravosa que la prisión y que, por tanto, no debe precisar de iguales requisitos.

De entenderse de otra forma se llegaría a consecuencias poco asumibles. Así, en el procedimiento abreviado, cuando no hay detención previa o alguna medida personal adoptada durante la fase de instrucción, la libertad provisional se acuerda habitualmente al decretarse la apertura del juicio oral, situación procesal que convierte en un trámite inútil, dilatorio y poco razonable la celebración ineludible de la comparecencia, en la medida en que sería obligada la adopción de la medida de libertad provisional (art. 790.6, 3º) por ser consecuencia de la apertura del juicio oral (o del procesamiento, si se trata de un procedimiento ordinario), según se deduce del art. 529 de la Ley Procesal Penal.

La interpretación sistemática de la reforma (art. 3.1 del Código Civil) y el examen de su alambicado camino parlamentario, imponen este entendimiento, por más que quede malparado

el tenor literal del art. 539.3º que, sin duda, el legislador se ha olvidado de cohonestar con el nuevo tenor del art. 504 bis 2, 1º.

## c) Suspensión de la comparecencia en estos supuestos

La suspensión de las comparecencias que acaban de ser examinadas en este apartado ha de tener el mismo tratamiento que el ya expuesto al comentar el párrafo penúltimo del art. 504 bis.2. Sólo una peculiaridad conviene destacar: en estos supuestos la suspensión de la audiencia puede venir impuesta por la incomparecencia injustificada del imputado y ese es un dato que puede, en su caso, determinar la apreciación de riesgo de fuga y la consiguiente orden de prisión provisional hasta que se celebra la audiencia; la posibilidad de decretar su detención (art. 487 de la Ley); o sencillamente la citación para una nueva audiencia, según los casos.

## d) Los supuestos excepcionales de agravación de la situación personal sin previa celebración de comparecencia

El penúltimo párrafo del art. 539 de Ley de Enjuiciamiento Criminal permite excepcionalmente en cualquier momento del curso de la causa decretar la prisión o cualquier otra medida cautelar que agrave la situación personal del imputado sin necesidad de celebración de audiencia, cuando concurra riesgo de fuga con la salvedad de que en esos casos deberá celebrarse la comparecencia en las setenta y dos horas siguientes.

También la exégesis de este precepto genera algunas dudas.

En primer lugar hay que precisar el «dies a quo» del plazo de las setenta y dos horas. Aunque la redacción del precepto, una vez más, adolece de imprecisión, hay que entender en principio y sin perjuicio de lo que luego se dirá, que el plazo se computa desde la puesta a disposición judicial del imputado y no desde que se dicta el auto de detención o prisión. Sólo cuando haya sido habido el imputado y se haya ejecutado la medida decretada, será posible celebrar la audiencia.

En otro orden de cosas hay que dilucidar si el Juez o Tribunal pueden decretar de oficio, sin previa petición de parte, esa medida cuando aprecie riesgo de fuga y sin perjuicio de la necesidad de celebrar una audiencia en la que sí estará sujeto a la solicitud de parte para ratificarla posteriormente. Es decir, si ante situaciones como la incomparecencia reiterada y reticente del imputado, su variación de domicilio y constitución en ignorado paradero sin haberlo comunicado al Juzgado u otras que pueden llegar a convertirse en rebeldía previo seguimiento de los correspondientes trámites, el órgano judicial puede dictar un auto de detención o de prisión sin que previamente se lo inste alguna parte. No parece lógico que la autoridad policial pueda proceder de oficio a la detención y que la Autoridad Judicial quede privada de esa facultad. Por tanto parece más lógico sostener que en esos casos excepcionales el Juez o Tribunal puede acordar de oficio, sin necesidad de previa petición de parte, una medida cautelar que agrave la situación del imputado, sin perjuicio de la obligación de celebrar la audiencia en las setenta y dos horas siguientes a la puesta a disposición judicial del imputado tras la cual la medida sólo podrá mantenerse si existe una solicitud formal por parte de una de las acusaciones. Esta interpretación resulta además más fiel a la literalidad del precepto. En efecto, tras indicarse en el párrafo anterior las exigencias de previa solicitud de parte y celebración de audiencia, el párrafo final comienza con una adversativa: «No obstante ...».

## V. Análisis de otros supuestos

La *competencia* para celebrar la audiencia corresponde al Juez o Tribunal que esté conociendo de la causa. No es viable legalmente la celebración de la audiencia a través de las técnicas de auxilio judicial y el legislador parece no haber previsto la situación tan frecuente de detención en lugares distintos y, a veces, muy distantes, de aquel donde radica el órgano judicial competente.

Son varios los supuestos a resolver ante esta consideración:

a) Cuando no existe todavía causa penal abierta sobre los hechos o no hay una orden judicial de detención o prisión y el detenido es puesto a disposición de un Juez que no es competente para conocer de la causa, éste, a tenor de lo dispuesto en el art. 499 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de practicar las primeras diligencias y decidir sobre la situación en el término de setenta y dos horas, sin perjuicio de la ulterior inhibición en favor del Juzgado competente. En esos casos el Instructor goza de libertad para decidir con autonomía sobre la libertad o prisión con arreglo a los criterios fijados en los arts. 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por tanto el Juez podrá decretar la libertad o, en otro caso, decretar la prisión, con o sin fianza, previa celebración de la audiencia prescrita en el art. 504 bis 2. Una vez adoptada la resolución sobre la situación personal procederá la correspondiente inhibición en favor del Juez competente quien podrá, en su caso, variar la situación si lo estima procedente con arreglo a lo ya visto.

Si en esos casos la audiencia se suspende, el Juez que ha recibido al detenido acordará lo que estime procedente con arreglo a lo establecido en el párrafo penúltimo del art. 504 bis 2, inhibiéndose a continuación en favor del Juez competente quien, en su caso, convocará a una nueva audiencia.

b) Cuando ha recaído ya en una causa en tramitación una orden judicial de detención o prisión y el detenido es habido en un territorio distinto de aquel donde se está tramitando la causa, el Juez de Instrucción a cuya disposición es puesto el detenido no puede más que ponerlo a disposición del órgano judicial que conoce de la causa, ya detenido, ya en prisión, según los casos (art. 498 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). No puede el Juez modificar la resolución dictada por el órgano competente para conocer de la causa en que se adoptó esa medida. Resultaría por tanto absurdo celebrar una audiencia ante un Juez que no ha adoptado esa medida y, por eso, en estos casos no hay que celebrar comparecencia alguna en ese momento, aunque sí deberá celebrarse ante el Juez o Tribunal que decretó la detención o prisión dictando la correspondiente requisitoria. El Juez que recibe al detenido ha de limitarse a ponerlo a disposición del Juez o Tribunal del que emanaron las requisitorias. Pueden darse aquí dos casos:

Que la prisión se hubiese decretado después de la celebración de una comparecencia en la causa que esté en trámite, caso en que no será preciso reiterar la audiencia.

Que la prisión o detención se hubiese acordado directamente, sin previa celebración de comparecencia, al cobijo del párrafo penúltimo del art. 539. En esos casos será necesaria la celebración de la comparecencia ante el Juez o Tribunal que acordó la prisión con la finalidad de ratificar esa medida o modificarla una vez celebrada la audiencia. En algunos casos podrá respetarse el plazo de setenta y dos horas previsto en la Ley. Pero es fácil que en otros casos la necesidad de traslado del preso al territorio del Juez o Tribunal competente para celebrar la audiencia harán muy difícil, si no imposible, que la comparecencia se celebre en ese breve plazo. En esos supuestos una solución vendría por la vía de acogerse a la previsión del párrafo penúltimo del art. 504 bis.2 de la Ley: dado que no puede celebrarse la comparecencia en ese plazo, habrá que mantener la prisión si se entiende que hay riesgo de fuga y convocar para la celebración de la comparecencia en el plazo más breve posible, disponiendo lo necesario para el traslado urgente del imputado ingresado en prisión. Esta solución podría encontrar amparo en la indefinición que en cuanto al momento inicial del cómputo del plazo de setenta y dos horas se aprecia en el art. 539, párrafo penúltimo. Esa imprecisión podría servir para entender que las setenta y dos horas empezarán a contar en el momento en que exista posibilidad real de celebración de la comparecencia con asistencia del imputado por encontrarse éste ya trasladado y a disposición física del Juez o Tribunal.

Esta solución no es absolutamente rechazable y en algunos puede resultar aceptable aunque de la misma se derivan algunos inconvenientes prácticos. En efecto, el trámite de la causa podría verse paralizado hasta la celebración de la comparecencia que puede postergarse en el tiempo como consecuencia de los necesarios traslados (especialmente si son varios los órganos judiciales que tenían interesada la busca y captura y radican en territorios distintos, situación no infrecuente que obligaría a un engorroso peregrinaje). Piénsese en el sumario ya concluido o en el procedimiento abreviado que sólo pende de la remisión al órgano competente, casos para los que, en todo caso, habría que postular que pendencia de la audiencia no debiera determinar necesariamente la suspensión del trámite, sino que ésta

podría celebrarse ante el órgano competente en el momento en que sea posible (Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial), aunque la detención o prisión hubiese sido acordada inicialmente por el Juez de Instrucción.

Estas objeciones invitan a apurar las posibilidades interpretativas. En esta línea se abre otra vía de solución que se estima preferible, aun sin descartar totalmente la que se acaba de exponer. Atendiendo fundamentalmente a la finalidad de la reforma, y salvando íntegramente sus principios básicos, se pueden sortear esos graves inconvenientes prácticos que se han apuntado a través de otro entendimiento que se desarrolla a continuación.

La solución para tales casos puede consistir en no exigir la presencia física del imputado en la comparecencia, por ser materialmente imposible la misma en el plazo indicado en la Ley. A diferencia de lo que sucede en otros supuestos (art. 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la Ley no dice que la comparecencia exige preceptivamente la asistencia del imputado, sino que se limita a señalar la obligatoriedad de esa presencia. En los casos que analizamos existe una imposibilidad material de esa presencia en el plazo establecido. Pero en todo caso hay que salvar el derecho de audiencia del imputado, lo que se puede hacer mediante un exhorto telegráfico urgente requiriéndole para que alegue cuanto tenga por conveniente en orden a la decisión de mantener o no la prisión. La comparecencia se celebraría teniendo a la vista tales alegaciones y con la presencia y asistencia, tanto de su letrado como del Fiscal.

Desde luego debe subrayarse que en esos casos nada impide acordar la libertad provisional de oficio, en cuyo caso no será necesaria la celebración de comparecencia. Este supuesto se dará en muchas ocasiones en que el delito no sea grave y la orden de prisión haya venido motivada por la ilocalización del imputado.

## **VI. Recursos contra autos de prisión o libertad**

En lo atinente a los recursos procedentes contra los autos de prisión o libertad hay que distinguir según estemos ante un procedimiento ordinario (o un procedimiento de la Ley del Jurado) o ante un procedimiento abreviado. Para el procedimiento ordinario el art. 504 bis.2 en su párrafo final establece la apelabilidad de los autos que dicte el Instructor, reiterando innecesariamente lo que ya disponen el párrafo penúltimo del art. 504 y los arts. 517 y 518 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en sintonía con el derecho reconocido en el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece el derecho de toda persona a que las decisiones que supongan su privación de libertad puedan ser revisadas ante un Tribunal Superior.

El recurso de apelación ha de ser precedido de la preceptiva reforma (art. 222) y es admisible en un solo efecto.

En el ámbito del procedimiento abreviado, aunque la cuestión ha sido discutida, el art. 787 de la Ley no deja margen de dudas: no cabe apelación pues no es uno de los casos expresamente previstos en el Título que regula el procedimiento abreviado. Cualquier otra interpretación de ese inciso, lo dejaría vacío de contenido. Por tanto, el recurso procedente será el de queja previa interposición de recurso de reforma.

El problema surge cuando lo que se recurre es un auto de libertad que se ha acordado directamente, sin celebración previa de comparecencia. No sucederá cuando la libertad se acuerde al modificar una situación de prisión: en esos casos necesariamente ha de haberse celebrado una comparecencia. Pero sí puede suceder cuando el Juez de oficio ha acordado la libertad del detenido que fue puesto a su disposición o cuando rechaza directamente una petición de prisión formulada por una acusación frente al imputado en libertad. Tendremos entonces una situación procesal que no es fácil de resolver: el propio Juez al resolver la reforma, o la Audiencia al resolver el recurso devolutivo, podrán revocar la decisión anterior y acordar la prisión que nacería así, en contra de lo querido expresamente por el legislador, directamente y no precedida de un debate contradictorio en una audiencia. La Ley no ofrece ninguna solución clara. Las posibilidades interpretativas son varias. Una consistiría en sostener que en esos supuestos la tramitación del recurso de reforma o, en su caso apelación o queja, puede incluir la celebración de la comparecencia, si el Juez o la Audiencia lo estiman necesario

por considerar que puede ser procedente la revocación de la medida. Esta interpretación tendría apoyo en el párrafo tercero del art. 539 de la Ley.

Pero examinada la cuestión con mayor profundidad se llega a otra conclusión que se considera menos distorsionadora del sistema legal. No hay ningún obstáculo para por vía de recurso decretar la prisión, aunque previamente no se haya celebrado la comparecencia y la Ley lo permite así. Si lo que se quiere salvar a toda costa son los principios acusatorio y de contradicción, ninguno de ellos sufre lesión alguna por tal actuación procesal: existirá petición de la parte recurrente e igualmente la tramitación del recurso de reforma comporta respeto absoluto al principio de contradicción. El que no se haya celebrado la comparecencia no deja de ser una cuestión procedimental.

No obstante, como la cuestión es dudosa, el Fiscal en su caso, aun propugnando la interpretación que se acaba de defender, al interponer recursos contra una decisión de libertad que no ha estado precedida de una celebración de comparecencia, solicitará cautelarmente y sólo para el caso de que el Juez o Tribunal lo conceptúe indispensable, que durante la tramitación del recurso se celebre esa comparecencia.

Cuando la decisión ha sido adoptada por un Tribunal el recurso procedente será el de súplica y en cuanto a la comparecencia habrá que estar a lo ya dicho.

## VII. Irretroactividad del nuevo régimen

Al tratarse de una Ley procesal que carece de disposiciones transitorias especiales, hay que partir de la autonomía de la relación jurídico procesal respecto de la situación de derecho sustantivo que le sirve de base y del principio «tempus regit actum». Por tanto el nuevo régimen será aplicable a los hechos procesales futuros, es decir, a todas las decisiones sobre prisión o libertad que se adopten una vez que la ley haya entrado en vigor (disposición final quinta), con abstracción en todo caso de la fecha de iniciación del proceso y, por supuesto, de la fecha de comisión del delito.

Y no será aplicable a los «facta praeterita» ya consumados, es decir, a las situaciones de prisión que se hayan decretado con anterioridad a su entrada en vigor que, por tanto, pueden seguir subsistentes en sus propios términos, sin necesidad de que se celebren comparecencias para su ratificación y acomodación a la nueva regulación. Ciertas dudas despierta sin embargo el supuesto del imputado cuya detención o prisión se acordó antes de la entrada en vigor de la Ley pero cuya captura efectiva se lleva a cabo ya vigente la novedosa regulación (hechos procesales pasados con efectos pendientes). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 32/1987, de 12 de marzo y 117/1987, de 8 de julio) aconseja decantarse por la aplicabilidad de la nueva ley y la necesidad de que en esos casos, una vez producida la puesta a disposición judicial, se opere con la normativa vigente en ese momento que impondrá la necesidad de una comparecencia (art. 539.4º), salvo que se decrete directamente la libertad (art. 539.5º).

## VIII. Consideraciones finales

La entrada en vigor del nuevo régimen comentado supone sin duda un mayor protagonismo del Fiscal y la necesidad de un esfuerzo superior mientras el incremento de plantillas no se adecúe totalmente a lo que reclaman las previsiones legales. Las singularidades de cada lugar y Fiscalía impiden dar unas pautas particularizadas en orden a la organización de este nuevo servicio. No es lo mismo una gran capital con servicio de guardia ininterrumpido, que un Juzgado situado en ciudad donde radique una Adscripción Permanente de Fiscalía u otro donde no existe esa presencia del Ministerio Fiscal.

Corresponderá a cada Fiscal Jefe, con la audiencia previa de la Junta de Fiscalía (art. 18.1 a) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), teniendo en cuenta el resto de los servicios que ha de cubrir el Fiscal, determinar la forma en que se atenderá a estas nuevas funciones dentro del proceso penal, según el marco legal (entre otros, arts. 319 y 781 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Sólo entendido como desarrollo estricto de ese marco legal puede adquirir validez el art. 43 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio del Consejo General del Poder Judicial, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, en sus referencias al Ministerio Fiscal,

pues cualquier interpretación que supusiese un plus respecto de lo establecido legalmente, representaría una invasión de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal.

La aplicación de la Ley puede generar dificultades y algunas disfunciones. En la presente Circular se ha intentado realizar un esfuerzo interpretativo para reducir al mínimo esas eventuales distorsiones tratando de acoplar las previsiones de la Ley a cada una de las situaciones que pueden plantearse en la práctica y acudiendo, en su caso, a un criterio interpretativo teleológico, allí donde la literalidad estricta de la Ley no permitía extraer soluciones claras.

Sería, desde luego, muy aconsejable que por vía legislativa se afrontasen directamente esos problemas que se suscitan para disipar todas las dudas y evitar las interpretaciones dispares, manteniendo la vigencia de los principios acusatorio y de contradicción, lo que sin duda constituye un avance. La efectividad de esos principios no ha de traducirse necesariamente, como parece haber entendido el legislador, en la imposición de una comparecencia personal y oral que, en muchas ocasiones puede ser fuente de dilaciones.

Se interesa de los excelentísimos e ilustrísimos señores Fiscales Jefes que en la interpretación de la nueva norma se atengan a los criterios y pautas marcados en esta Circular, comunicando a esta Fiscalía General las incidencias o dificultades que puedan surgir al hilo de este nuevo régimen.