



FACULTAD DE DERECHO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Autor: Teresa Bohnekamp de la Peña

5º, E3 - A

Área de conocimiento: Derecho Procesal

Tutor: Manuel Díaz Baños

Madrid
Junio 2017

RESUMEN

Este trabajo va a versar sobre las medidas cautelares en el contexto del proceso penal. Estas medidas tienen la finalidad principal de asegurar la efectividad de la resolución que se dicte en el futuro, entre otros objetivos. En este trabajo se intentará dar una visión amplia del conjunto de medidas en el sistema procesal español. A su vez, se explicarán los aspectos más controvertidos de las medidas cautelares, con el ánimo de incentivar un pensamiento más crítico hacia ellas.

Especialmente nos interesa analizar la legitimidad del órgano jurisdiccional al aplicar las medidas cautelares, ya que se trata de una institución singular, por no estar respaldada por un juicio, es decir, el individuo inculcado al que se le aplican las medidas cautelares no tiene medios de defensa inmediatos, lo que puede dar lugar a abusos. Esta falta aparente de legitimidad se suple por el carácter temporal de las medidas cautelares y por el cumplimiento de unos requisitos de legalidad que aseguran la procedencia de las medidas en relación con unos presupuestos concretos, como son la peligrosidad del encausado o la gravedad de los hechos y por una amplia gama de garantías previstas por la ley, como por ejemplo la institución del *habeas corpus*.

A su vez, se realizará una comparativa de las medidas cautelares en el proceso penal y aquellas del proceso civil, para analizar los distintos requisitos que se exigen según la naturaleza de las mismas, y las diferentes características que presentan ambas figuras.

PALABRAS CLAVE

Medida cautelar, Proceso penal, prueba, orden de protección, seguridad, garantía, proporcionalidad

ABSTRACT

This paper involves the preventive measures that take place in criminal law that are established to guarantee the effectiveness of the eventual trial. The intention throughout this essay is to provide a thorough overview of the Spanish law cautions and the main arguments held around them. The most controversial figures will be discussed and explained, in order to give a better understanding of these measures and approach them in a critical way.

It is especially interesting to dive into the legitimacy of the Judge when applying these measures, due to the lack of proof that has been delivered, which can lead to the commitment of law abuses. This lack of proof that is admitted when imposing a preventive measure is guaranteed by various law principles, such as the principle of proportionality, and by institutions that protect the person whose rights are being overruled, such as the habeas corpus.

Moreover, comparison will be made between the civil and criminal law cautions, in order to examine the different requirements that they must comply with to be imposed.

KEY WORDS

Preventive measures, criminal procedure, proof, pre-trial detention, guarantee, security, principle of proportionality

ÍNDICE

1	ABREVIATURAS	6
2	OBJETO Y JUSTIFICACIÓN	7
2.1	Las medidas cautelares en el Estado de Derecho.....	7
2.2	Derechos y libertades contra los que se imponen las medidas cautelares.....	8
2.2.1	Artículo 17 CE.....	8
2.2.2	Artículo 24 CE.....	9
2.2.3	Artículo 19 CE.....	10
3	CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR	11
3.1	Introducción	11
3.2	La medida cautelar en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal	11
3.2.1	Características de las medidas cautelares	11
3.2.2	Principios.....	13
3.2.3	Presupuestos	13
3.2.4	Clases de medidas cautelares	14
4	MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	16
4.1	Delimitación.....	16
4.2	La citación.....	16
4.3	La detención.....	17
4.3.1	Concepto.....	17
4.3.2	Detención por particulares.....	18
4.3.3	Detención por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal.....	18
4.3.4	Detención por el Juez de Instrucción	19
4.3.5	Duración de la detención	19
4.3.6	Procedimiento del Hábeas Corpus	19
4.4	La libertad provisional	21
4.4.1	Requisitos	22
4.5	La prisión provisional.....	23
4.5.1	Concepto y regulación	23
4.5.2	Naturaleza y finalidad	23
4.5.3	Presupuestos	24
4.5.4	Duración de la prisión provisional	27
4.5.5	Clases de prisión provisional.....	28
4.5.6	Procedimiento.....	29
4.5.7	órgano competente	31
4.5.8	El abono de la prisión provisional.....	32
4.5.9	La indemnización por inexistencia hecho	33
4.6	Órdenes de protección,	34
4.6.1	Limitaciones de la libertad provisional en la UE	35
4.7	La prohibición de aproximación y de comunicación	36
4.8	El internamiento cautelar de extranjeros	37
5	MEDIDAS CAUTELARES REALES	38
5.1	Concepto y fundamento.....	38
5.2	Clases:	38
5.2.1	La fianza	39
5.2.2	El embargo	39
5.2.3	La anotación preventiva de querrela.....	40
5.2.4	Medida para la reparación del daño	40
5.2.5	Medida cautelar de indemnización de daños y perjuicios.....	40
5.3	La medida cautelar en el Código Civil y en la Ley de enjuiciamiento Civil.....	41
6	DIFERENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES	42

6.1	Diferencia de los actos para la investigación del delito.....	42
6.2	Distinción de las medidas de seguridad.....	42
6.2.1	Concepto.....	42
6.2.2	Quebrantamiento en la medida de seguridad	44
6.3	Diferencia de las medidas cautelares penitenciarias.....	45
7	EL PROCESO CAUTELAR.....	46
7.1	La extinción de la medida cautelar.....	46
7.2	Quebrantamiento de la medida cautelar	46
8	EL ABUSO DEL DERECHO	47
9	RELACIÓN: MEDIDAS CAUTELARES PENALES Y CIVILES	47
9.1	Aspectos comunes.....	47
9.2	Diferencias	48
10	CONSIDERACIONES FINALES	48
11	JURISPRUDENCIA	49
12	BIBLIOGRAFÍA.....	50
12.1	Libros:.....	50
12.2	Referencias de internet:.....	51

1 ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

CC: Código Civil

CDFUE: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

JVSM: Juzgado de Violencia Sobre la Mujer

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECRIM: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LH: Ley Hipotecaria

LO: Ley Orgánica

LOGP: Ley Orgánica General Penitenciaria

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LVCM: Ley de Violencia contra la Mujer

RP: Reglamento Penitenciario

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

2 OBJETO Y JUSTIFICACIÓN

2.1 Las medidas cautelares en el Estado de Derecho

Las medidas cautelares se erigen como medidas anticipatorias de las medidas ejecutivas o finales que se deriven del juicio, que se imponen antes de que finalice el proceso, por razones de aseguramiento de la condena, de la efectividad del proceso, de seguridad o de prevención, según observaremos. Pueden ser de índole variada, consistiendo en la privación de derechos fundamentales como el de libertad o el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pero ello se haya justificado por un fin general que se pretende de satisfacer.

Las medidas cautelares son controvertidas por ir en contra de la libertad del individuo, sin embargo son necesarias para la efectividad de juicio. En una sociedad democrática no puede haber restricciones ilegítimas al derecho de libertad, pero ello no se opone a que en determinados casos hayan de llevarse a cabo medidas que limiten este derecho, para la consecución de un interés superior. Se trata de un mal menor que ha de tener lugar para que la justicia pueda funcionar de manera efectiva y eficiente.

Dicho esto, observando las medidas cautelares de los distintos estados, se puede adivinar el régimen político bajo el que se encuentran, ya que el respeto hacia la libertad individual, o el grado de respeto hacia el derecho, arroja mucha luz sobre la clase de sistema de gobierno de una nación. Así, cuando en un país se acepta una restricción amplia del derecho a la libertad, nos encontraremos ante un Estado autoritario. Por el contrario, un Estado en el que la privación de la libertad sea la excepción y no la regla, será de línea más democrática. Como una primera aproximación hacia el concepto de medida cautelar, cabe citar la siguiente definición:

"En el campo jurídico, se entiende como medidas cautelares aquellas medidas que el legislador a dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho"¹

¹ Ilustre Colegio de Abogados de Madrid "Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento civil", Observatorio de la Justicia y de los abogados, área procesal civil, 2013 (disponible en <https://observatorio.icam.es/docs/Medidas%20Cautelares%20en%20la%20LEC-DOC%20de%20INTERES.pdf>; última consulta 06/06/2017)

En el sistema jurisdiccional que nos ocupa, la regla general es la demora del juicio. A mayor abundamiento, resultaría utópico esperar obtener resoluciones inmediatas a los conflictos que se van planteando. Atendiendo a esta explicación, resulta elemental especular que, de no haber medidas cautelares en el proceso jurisdiccional, en muchas ocasiones la justicia no sería efectiva, porque el derecho de la parte a la que se ha dado la razón no podría llegar a ejercitarse.

Dentro del orden jurisdiccional hay tres funciones principales: la declarativa, la ejecutiva y la cautelar, la cual es necesaria para que operen correctamente las otras dos funciones. Las medidas cautelares tienen un carácter accesorio al proceso, en tanto que nunca constituyen un fin en sí mismas, y para su imposición siempre ha de tenerse en cuenta el proceso que las origina.

2.2 Derechos y libertades contra los que se imponen las medidas cautelares

2.2.1 Artículo 17 CE

En cuanto a la restricción de la libertad que tiene lugar en el proceso penal a través de la institución de las medidas cautelares personales, es preceptivo reparar en el artículo 17 de nuestra Carta Magna, para comprender que esa restricción deberá ser excepcional y siempre tras haber hecho un juicio de proporcionalidad y de necesidad:

"1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley. 2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a

*disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional."*²

La libertad del individuo se erige como un derecho fundamental ligado a la dignidad humana, y constituye a su vez la base para las demás libertades públicas. No todas las medidas cautelares restringen el derecho a la libertad, sólo las denominadas personales. Otras restringen otros derechos que se derivan de la libertad, pero sin abordarla directamente, como puede ser la medida cautelar de retirada del permiso de conducir, o la prohibición de acercarse a una zona concreta.

No hay una gran crítica en torno a la limitación de este derecho en los casos determinados por la ley, y uno podría preguntarse por qué las medidas cautelares son generalmente aceptadas y entendidas por nuestra sociedad. Pues bien, el recorte de la libertad es la medida más adecuada en cuanto se quiera proteger la seguridad ciudadana, y en base a ello, prima el interés general, esto es, la protección de la sociedad, ante el interés particular de gozar de plena libertad.

2.2.2 Artículo 24 CE

El Derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución es uno de los principios sobre el que se asienta el Estado democrático de Derecho, y de indudable trascendencia en nuestra sociedad, al asegurar que nadie es juzgado sin las debidas garantías ni sin haber tenido la oportunidad de defenderse:

*"Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia."*³

Si bien puede parecer un tanto inmoral⁴ despojar de libertad a quien es a todos los efectos inocente o, al menos, no ha sido revelado criminalmente culpable y con el objetivo de asegurar una resolución condenatoria insegura que finalmente podría no imponerse, esto se puede contra argumentar con dos justificaciones principales:

² Auto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 2ª, 98649/2017 de 2 de mayo.

³ Auto del Tribunal Constitucional, Sala segunda, 34/2017 de 27 de febrero.

⁴ Carrara, F., *Opúsculos de derecho criminal*.

- La prolongación del proceso, puesto que si el procedimiento pudiera solucionarse de manera inmediata, como sería lo ideal, no habría necesidad de adoptar medidas cautelares, simplemente se implementarían las medidas derivadas de la condena definitiva o la absolución, en su caso.
- El riesgo de fuga del imputado, o de cualquier conducta por su parte que malogre la investigación del delito, como la manipulación de las pruebas o su ocultación.

Asimismo, el derecho a la presunción de inocencia contenido en el precepto constitucional actúa como una regla de trato, por cuanto se ha de tratar al acusado como inocente, dejando que se justifique y que se defienda debidamente, dándole la oportunidad para ello.

Así, cuando se den estos presupuestos de forma concreta, y se puedan justificar completamente, cabrá adoptar medidas que repriman el derecho a la libertad. El artículo 55.2⁵ de la Constitución Española dispone los casos en los que se podrá dar la suspensión de los derechos y libertades por medio de medidas cautelares, delegando a una ley orgánica su desarrollo. El último párrafo de este artículo, referido a las consecuencias de transgredir los presupuestos que legitiman la privación de libertad, se desarrollará más adelante en este trabajo.

2.2.3 Artículo 19 CE

Este artículo deriva del derecho a la libertad, y recoge el derecho de las personas a elegir su lugar de residencia:

"Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos."

⁵ Art. 55.2 CE: Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

Hay medidas cautelares que limitan este derecho, por estar respaldadas por un ánimo de proteger a la víctima en los delitos subjetivos, en los que el agresor debe alejarse del lugar de residencia de la persona contra la que ha delinquido.

3 CONCEPTO DE MEDIDA CAUTELAR

3.1 Introducción

Las medidas cautelares se adoptan por medio de resoluciones judiciales, dentro de un procedimiento jurisdiccional ordinario, y por ellas se coarta la libertad de movimiento del encausado u otras libertades de la persona, bien con el propósito de asegurar que éste acuda al juicio oral y que la sentencia que se dicte en un futuro pueda cumplirse de manera efectiva en las medidas personales, o bien se trata de garantizar obligaciones pecuniarias, en el caso de las medidas reales.

Existen, por tanto, dos objetivos generales que justifican la imposición de estas medidas: en primer lugar, asegurar que, si la sentencia es condenatoria y el acusado es culpable de un hecho delictivo, no consiga poner en peligro a la sociedad en el lapso de tiempo en el que se delibera la sentencia, y, por otro lado, tienen el fin de que el presunto culpable no tenga tiempo ni medios para disipar las posibles indicios, ni a encubrir o dificultar el esclarecimiento de los hechos.

3.2 La medida cautelar en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal

La LECrim regula las medidas cautelares penales pero se remite a la Ley de Enjuiciamiento Civil para la regulación de las medidas cautelares reales, puesto que estas van encaminadas a asegurar la responsabilidad civil derivada del delito, es decir, a la reparación de un daño. Dentro de las medidas cautelares reales también se encuentran las pecuniarias dirigidas a asegurar el pago de las costas procesales.

3.2.1 Características de las medidas cautelares

Todas las medidas cautelares tienen en común las siguientes notas:

- **Excepcionalidad:** como consecuencia del artículo 17 CE, que proclama el derecho a la libertad en nuestro ordenamiento jurídico, la vulneración de este debe ser cuanto

menos, excepcional, y siempre ha de estar fundada en motivos legítimos. Por ello no se pueden adoptar medidas cautelares de forma general, ante cualquier supuesto, sino que deberán argumentarse correctamente, y el Juez deberá tener en cuenta su carácter excepcional. Su imposición, por lo tanto, deberá responder a una necesidad concreta.

- **Homogeneidad:** la medida cautelar que se adopte en cada caso debe guardar relación con las medidas que se tomarían como consecuencia de una sentencia condenatoria, es decir, con las medidas ejecutivas. Por ejemplo, alguien acusado de hurto de un billete no puede someterse a una prisión preventiva como medida cautelar, ya que la sentencia condenatoria no establecería la pena de prisión en ese caso, puesto que el artículo que regula el delito de hurto, el 234.2 CP⁶, establece la pena de multa de uno a tres meses.
- **Provisionalidad:** las medidas cautelares se imponen de manera temporal. En la ley se encuentran los límites temporales, que siempre actúan como máximos. La imposición de medidas cautelares no sólo puede resultar inconstitucional si se adoptan de forma ilegítima, sino también si se prolongan más allá del tiempo estrictamente necesario. La duración de las mismas está sujeta, por tanto, a la cláusula *rebus sic stantibus*⁷, es decir, la duración está determinada por unas circunstancias determinadas, y tal duración deberá modificarse si el cambio de esas circunstancias lo requiere.
- **Instrumentalidad:** se predica de las medidas cautelares puesto que estas nunca constituyen un fin en sí mismas, sino que acompañan al proceso. El fin es la efectividad de la resolución que se dicte después y que determine el resultado del proceso. Las medidas cautelares siempre se adoptan en el seno de un proceso. No obstante, encontramos una excepción a esta regla en la figura de la detención, que se puede decretar de forma provisional sin que medie un proceso. No obstante, fuera de este supuesto, cualquier medida cautelar que no fuera accesoria a un procedimiento concreto sería inconstitucional.

⁶ Artículo 234.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: 2. Se impondrá una pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediese de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235.

⁷ STS 173/2017 de 6 de febrero.

- **Jurisdiccionalidad:** con excepción de la detención preventiva, todas las medidas cautelares deben ser acordadas por la Autoridad Judicial, para evitar que se de abuso de derecho, ya que se considera que vulnerar un bien jurídico demasiado valioso. Esto guarda coherencia con el hecho de que el proceso penal está reservado al orden jurisdiccional, no pudiendo acudir los particulares a vías extrajudiciales de resolución de conflictos. Pese a esta exigencia, las medidas precautelares pueden imponerse por la Policía o el Ministerio Fiscal, en el caso de la detención. La adopción de medidas cautelares siempre debe ser requerida a instancia de parte, bien sea esta un particular afectado o bien el Ministerio Fiscal.
- **Responsabilidad estatal:** el estado responde civilmente del daño que se pueda general aplicando una medida cautelar sin que se den los presupuestos necesarios para su aplicación, indemnizando al que haya padecido los efectos de la medida.

3.2.2 Principios

Toda medida cautelar debe responder a ciertos principios recogidos en nuestro ordenamiento jurídico:

- **Proporcionalidad:** La medida cautelar debe guardar relación en su intensidad con la naturaleza del delito, su pena y las circunstancias del procesado. También es denominado principio de prohibición en exceso. De este principio derivan los de necesidad e idoneidad. Ha de hacerse una ponderación de los intereses en juego: por un lado del interés general, de la sociedad y, por otro, del perjuicio que se causa al inculpado. También es menester atender al fin que se pretende, para que los medios sean adecuados a este.⁸
- **Principio de legalidad:** Las medidas cautelares son únicamente aquellas que están expresamente previstas por la Ley y con los requisitos que esta determine. Su aplicación, por tanto, no puede ser analógica.

3.2.3 Presupuestos

Las medidas cautelares en el proceso penal se pueden imponer con dos condiciones:

⁸ Artículo 49.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

A) *Fumus boni iuris*

Cuando haya sospechas de que el acusado sea culpable y ese hecho por si mismo lo convierte en un riesgo o peligro. Esto se cumple cuando concurre un cierto nivel de duda en el sujeto pasivo, parámetro que varía dependiendo de la medida cautelar que se pretenda aplicar. Además, la exigencia del *fumus boni iuris* va variando en su intensidad dependiendo del sujeto que efectúe la medida cautelar, como se verá más adelante.

"El fumus boni iuris , en el proceso penal, estriba precisamente en la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada"⁹

B) *Periculum in mora*

Un "perjuicio en la espera" que se traduce en el riesgo de que el culpable no cumpla la condena, lo cual legitima la limitación del derecho a la libertad. Tiene que ser necesariamente un peligro concreto, como por ejemplo:

- Riesgo de huida del investigado.
- Ocultación o manipulación de pruebas
- Riesgo de reincidencia
- Riesgo de alarma social

Como se puede suponer, hay dos grandes grupos de medidas cautelares, las personales y las reales. Mientras que las primeras limitan la libertad de un individuo, las segundas recaen sobre su patrimonio, congelándolo hasta que salga la sentencia.

3.2.4 Clases de medidas cautelares

Las medidas cautelares se dividen en personales y reales. Las primeras afectan a la libertad del individuo en sus distintas esferas, y las medidas cautelares reales afectan al patrimonio del investigado.

⁹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, cit., p.67.

Medidas Cautelares	
Personales	Reales
Citación	fianza
Detención	embargo
Libertad provisional	[Hatched Area]
Orden de protección	
Prisión provisional	

Cabe mencionar que la libertad provisional puede englobar prohibiciones al sujeto de distinta naturaleza, como una orden de alejamiento, prohibición de ejercer ciertas actividades, suspensión de la profesión, prohibición de salida al extranjero o la prohibición de residir en una zona determinada, por lo que no se trata de una medida cautelar concreta en sí misma. Las órdenes de protección, por su parte, constituyen una modalidad especial reforzada de libertad provisional, que son aplicables en el contexto de la violencia doméstica, y que pueden consistir igualmente en prohibiciones y obligaciones de distinta índole.

No es baladí hacer referencia a otro tipo de medidas que, no pudiendo englobarse en la categoría de las medidas cautelares por faltar alguno de los requisitos esenciales, sí constituyen instrumentos afines, y son por ejemplo las medidas de intervención de telecomunicaciones o la entrada en establecimientos cerrados, destinadas a la obtención de la prueba, o las medidas tendentes a la prevención de la reincidencia, como puede ser la retirada del carnet de conducción.

4 MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

4.1 Delimitación

Las medidas cautelares personales son aquellos tipos de medidas que recaen sobre la persona, sobre su capacidad de autodeterminación, y no sobre sus bienes. Suele limitarse la libertad de movimiento del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y la sentencia que se dicte en su día.

4.2 La citación

La citación se regula de manera muy escueta en la LECrim, puesto que es la medida cautelar más básica y cuya necesidad es manifiesta, por lo que no requiere de demasiadas precisiones para su validez. Constituye, simplemente, la solicitud para que alguien de quien se sospecha la comisión de un ilícito se presente voluntariamente ante la autoridad judicial. Como señala el artículo 486 LECrim¹⁰, la citación es un trámite que encuentra su objeto en la posibilidad de defensa por parte del acusado, antes de ser detenido. La consecuencia de que el investigado no se persone ante la llamada del órgano judicial es clara y evidente, ya que dará pie a que quede justificada su detención, si bien esto no opera de manera automática, como se sigue del artículo 487 LECrim.¹¹

La citación es una medida cautelar muy leve, por lo que su uso por parte del juez no se circunscribe a quienes estén bajo la sospecha de haber cometido un delito en calidad de autores del mismo, sino que se puede extender a cualesquiera personas que pudieran ser de utilidad a la hora de esclarecer los hechos del caso, con el solo requisito de que puedan tener un mínimo de culpabilidad relacionada con los hechos delictivos, y así se desprende del artículo 488 LECrim.¹²

¹⁰ Art. 486 LECrim: "La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención."

¹¹ Art. 487 LECrim: "Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención."

¹² Art. 488 LECrim: "Durante la instrucción de la causa, el Juez instructor podrá mandar comparecer a cuantas personas convenga oír, por resultar contra ellas algunas indicaciones fundadas de culpabilidad."

4.3 La detención

4.3.1 Concepto

La detención¹³, por otro lado, es una medida cautelar personal que se regula con más precauciones en la Ley, puesto que entraña un paso más allá de la citación, al desproveer totalmente de la libertad al individuo sobre el que se impone. De esta forma, el artículo 489 LECrim es tajante al determinar que la medida sólo podrá adoptarse en observancia estricta de las leyes que la desarrollan:

"Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban."

La detención consiste en la privación de la libertad de autodeterminación o movimiento a una persona de manera temporal. Esta provisionalidad se ha de interpretar de manera restrictiva, ya que la duración debe ser mínima. La detención puede ser ejercitada por cualquier particular, por el Ministerio Fiscal, por la Autoridad Judicial; Juez de Instrucción, o la Policía Judicial.

Destaca la no obligatoriedad del requisito de jurisdiccionalidad en esta medida, puesto que se ha visto la necesidad de habilitar a los particulares del poder de ejercitar esta medida por razones de necesidad social, como por ejemplo en el caso de detención para evitar la comisión de un delito. Para que la medida sea efectiva jurídicamente, se ha de permitir que la detención pueda realizarse de forma inmediata, y dejando que cualquier sujeto verifique las condiciones para su implementación, con un control de juridicidad que se realizará *a posteriori*.

La amplitud del ejercicio de la detención no obsta a que se hayan de respetar en todo caso los derechos fundamentales del detenido, ya que deberá ejecutarse en la forma más respetuosa con el patrimonio y la reputación del detenido, de manera que acarree el menor daño posible para este.

La detención puede practicarse de dos formas:

- De manera ordinaria y comunicada, aplicándose el artículo 520 LECrim en toda su extensión.
- De forma incomunicada y regida, modalidad regulada en el artículo 527 LECrim.

¹³ La detención está regulada en los artículos 489 y ss. de la LECrim.

4.3.2 Detención por particulares

Está prevista la detención por parte de individuos distintos de las autoridades públicas. Así lo dispone el artículo 490 LECrim, pudiendo detener cualquier persona a otra cuando se de alguna de los casos siguientes:

- Cuando la persona que se pretenda detener haya huido de un centro penitenciario o hubiera huido cuando se dirigía a aquel.
- Cuando la persona que se intente detener esté declarada rebelde.
- Cuando se haya encontrado in fragante a una persona cometiendo un delito.

Estos casos presentan un grado mayor grado de *fumus boni iuris*, al delegarse una función eminentemente pública, como es la persecución de un delito, a un particular. La exigencia de apariencia de delito es, por ello, mayor. El indicio de que el acusado haya cometido un ilícito debe ser prácticamente irrefutable.

4.3.3 Detención por la Policía Judicial o el Ministerio Fiscal.

Según el art. 492 LECrim la policía tiene la obligación de detener a una persona cuando se den los siguientes casos:

- En los mismos que para los particulares.
- A cualquier sospechoso de haber cometido un delito, si bien el tipo de delito o su gravedad no es relevante, sí se exige que haya un peligro real y concreto de huida para que la detención sea procedente. Es decir, aquí el requisito de *fumus boni iuris* está reforzado, por no haber pruebas patentes de la necesidad de detención.

Aquí basta el procesamiento para argumentar el *fumus boni iuris*, y a falta de este, se exige que haya motivos bastantes para creer racionalmente que un sujeto es autor de un delito.

4.3.4 Detención por el Juez de Instrucción

Puede ejercerse la detención por el Juez de Instrucción. A tal efecto, no constituye un requisito que el Juez sea el competente para conocer del caso, sino que tiene facultad para detener cualquier Juez.¹⁴

Si la detención se hubiera realizado por un Juez incompetente, éste deberá comunicárselo al competente para que éste decida sobre si meterle en prisión o ponerle en libertad. En cualquier caso, no deberán mediar más de setenta y dos horas entre dichas comunicaciones, a tenor de lo dispuesto en el artículo 505 LECrim.

4.3.5 Duración de la detención

La norma general son setenta y dos horas, como estipulan el art.17 de la CE y el 520.1 de la LECrim.

Encontramos una excepción, no obstante, para los casos de terrorismo, en los que la detención puede prorrogarse hasta un máximo de cinco días, este plazo tan alargado sólo podrá darse si dentro de las primeras cuarenta y ocho horas de detención se ha solicitado la prórroga a la Autoridad Judicial.

4.3.6 Procedimiento del Hábeas Corpus

El procedimiento de habeas corpus es un mecanismo para la tutela de personas detenidas de manera ilegal, son los derechos que tiene el detenido. Se trata de una orden deponer al detenido a disposición de la Autoridad Judicial. Se encuentra regulado en la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

En la ley se encuentran los supuestos en los que puede operar este procedimiento, que son cuatro:

- Las detenciones de personas sin que se dieran las causas legalmente establecidas para la legitimidad de la detención, o que hubieran incumplido requisitos de forma.
- Las detenciones ilegales en cualquier establecimiento.

¹⁴ Regulado en los artículos 494, 497 y ss. de la LECrim.

- Las detenciones que se alargan más del tiempo permitido sin motivo concreto, salvo que el detenido se hubiera puesto a disposición judicial.
- Los detenidos que vean vulnerados sus derechos constitucionales, es decir, otros derechos además de la privación de su libertad de movimiento.

El Juez que debe conocer del procedimiento de habeas corpus es el de Instrucción del lugar donde se encuentre el detenido. Si se desconoce dicho lugar, será el Juez del lugar donde se efectuó la detención, y en su defecto el del lugar en que se tuvo la última constancia del paradero del detenido. Además del detenido ilegalmente, pueden solicitar la iniciación de este procedimiento sus familiares, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y el Juez competente para conocer del asunto.

La forma de iniciarse el habeas corpus es mediante un escrito o la comparecencia personal (salvo en los casos en la incoación de oficio), sin que sea necesaria la figura del abogado. Dicho escrito deberá contener los datos del detenido y el señalamiento del lugar donde se encuentra, si se conoce. Además deberán expresarse en el los motivos de su solicitud. El escrito se entregará a una autoridad gubernativa, a un agente de la misma o a un funcionario público, que deberá dar traslado del mismo al Juez competente.

El Juez deberá examinar el escrito y determinar si se cumplen los requisitos para que continúe el procedimiento, tal y como señala el artículo 6 de dicha ley. Si es así, deberá remitirlo al Ministerio Fiscal. Después, bien acordará la incoación mediante auto o bien denegará la solicitud. En el mismo auto de incoación, el juez dará la orden para que la autoridad que tenga en su poder al detenido lo ponga a disposición judicial, sin que pueda oponer ningún pretexto para no hacerlo sin dilación.

Después el Juez deberá oír al detenido, a la persona o autoridad que le hubiera internado y al Ministerio Fiscal. También admitirá las pruebas que considere procedentes y llevará a cabo todas las actuaciones necesarias para resolver. Contadas veinticuatro horas desde que dictara el auto de incoación deberá pronunciarse en cuanto a la situación del detenido. A tenor de lo dispuesto en el artículo 8, el Juez cuenta con dos opciones:

- A) Acordar el archivo de las actuaciones y declarar que la detención es conforme a derecho.

B) Expresar la concurrencia de algún caso de los enumerados en el artículo 1 de la LO, y acordar:

- a) La puesta en libertad del detenido.
- b) La continuación de la detención, pudiendo estipular que cambien las condiciones de la misma.
- c) La disposición ante la Autoridad Judicial, cuando ya hubiera transcurrido el plazo máximo permitido para la detención.

El habeas corpus finaliza con la determinación de la responsabilidad de las personas que hayan ejercido la privación de libertad. El juez las oirá para observar si han cometido el delito de detención ilegal u otro. Si el delito que han cometido es el de denuncia falsa o el de simulación de un ilícito penal, el juez deberá determinar la responsabilidad penal que deban satisfacer en todo caso. Siempre que el juez considerara que hubiese mediado mala fe o temeridad en la persona que hubiera solicitado el procedimiento, le impondrá a esta las costas derivadas del procedimiento.

4.4 La libertad provisional

La libertad provisional es una medida cautelar que entraña la libertad del investigado sujeta a ciertas obligaciones, que ha de cumplir. Por ejemplo, la libertad puede estar sujeta a presentarse ante el juzgado que conozca del caso con cierta frecuencia, y la prestación de una caución que asegure que el acusado se está comportando debidamente. Se encuentra regulada en los artículos 528 a 544 LECrim.

*"La prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado. El detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia. Todas las Autoridades que intervengan en un proceso estarán obligadas a dilatar lo menos posible la detención y la prisión provisional de los inculcados o procesados."*¹⁵

Se trata de una medida cuyo único fin es el aseguramiento del proceso, y no la seguridad nacional ni otros fines. Está prevista para cuando no se cumplen los requisitos para imponer la prisión provisional al encausado. Es de aplicación la libertad condicional, cuando se dan los siguientes elementos del 503,1-3ºa):

¹⁵ Art. 528 de la LECrim.

- Que se haya cometido un delito castigado con una pena de dos o más años.
- Que exista imputación suficiente, esto es, que sea el sospechoso principal.

4.4.1 Requisitos

A) *La comparecencia apud acta*

La obligación más usual que tiene el investigado con libertad provisional es la de presentarse ante el juzgado los días que éste determine, con la acreditación de su personación en un acta, tal y como señala el artículo 530 LECrim:

"El investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa [...]."

B) *La retirada del pasaporte*

Otra medida que se puede tener contra el acusado es la retirada de su pasaporte. Esta coacción tiene claramente la única función de asegurar la permanencia del encausado en España. Razonablemente, se le confiscará el pasaporte cuando se considere que el riesgo de huida es grande.

C) *Prohibición de residencia en cierta área*

El artículo 544 ter de la LECrim establece esta prohibición para delitos contra una persona concreta que se consideran especialmente reprobables, tales como delitos contra vida, delitos de lesiones y delitos contra la libertad e indemnidad sexuales¹⁶, se considera que la víctima, que normalmente es la que ha denunciado el agravio, no está a salvo con el acusado en libertad. Por ello, mientras continúan las investigaciones, es prudente prohibir al encausado que frecuente la zona del damnificado.

¹⁶ Artículo 57 CP: 1. Los jueces o tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán **acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48**, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

4.5 La prisión provisional

4.5.1 Concepto y regulación

La prisión provisional se encuentra regulada en los artículos 502 a 527 LECrim. Se trata de una medida cautelar personal por la que se priva de libertad a un sujeto que está siendo investigado en el seno de un proceso. La prisión provisional sólo puede ser acordada por el Juez, y se ha de fundar en un motivo amparado por la Constitución o la Ley.

Este tipo de privación de libertad se caracteriza por estar a caballo entre una detención y una pena de prisión. El régimen bajo el que se somete el procesado es pues, distinto de esas dos figuras. La privación de libertad se lleva a cabo en un establecimiento penitenciario, pero no bajo las mismas condiciones bajo las que se encuentra un penado.

Al igual que la detención, tiene la nota de jurisdiccionalidad, al tener el juez competente la potestad exclusiva para ejercitarla contra un sujeto. Como su propio nombre indica, tiene un límite temporal. Siempre ha de estar justificada, al igual que cualquier otra medida cautelar, en la protección de un fin legítimo, acorde con la CE.

4.5.2 Naturaleza y finalidad

Según reza el artículo 503 LECrim, la prisión provisional se debe adoptar con el ánimo de satisfacer uno de estos tres fines:

- a) Que el procesado esté presente en el proceso.
- b) Que las pruebas permanezcan intactas sin que se intente su destrucción u ocultación para dificultar el proceso.
- c) Que el acusado no vuelva a delinquir en el periodo que medie entre que se le detiene y recae la resolución.

Los dos primeros motivos sí se pueden considerar cautelares, pero el tercer motivo difícilmente puede calificarse de cautelar¹⁷. Mientras que los dos primeros motivos son accesorios al proceso, pretendiendo su adecuado desarrollo, el tercer motivo se separa de ésta función, ya que se dirige a proteger un interés social general.

¹⁷ ASECIO MELLADO, J., *Derecho Procesal Penal*, Cit., p. 135

La prisión provisional impuesta para evitar la comisión de un nuevo ilícito es una suerte de medida de seguridad predelictual, que puede estar igualmente justificada desde el punto de vista constitucional, pero que no va aneja al proceso que se sustancia.

La prisión provisional es un recurso de la jurisdicción que tiene el carácter indudable de excepcional, y siempre ha de entenderse ligada a satisfacer unos fines constitucionales, a los que sirve. Debe estar destinada a proteger el buen desenvolvimiento del proceso, al pronunciamiento judicial definitivo o a la sociedad en su conjunto. Asimismo, la prisión provisional nunca puede suponer un pedio punitivo o sancionador, ni pueden imponerse como consecuencia de infracciones no determinadas jurídicamente. El canon de la aquiescencia constitucional en las medidas cautelares vulneradoras de derechos fundamentales es mayor que el canon para la imposición de medidas que atentan contra libertades públicas, por la importancia de los derechos en juego.

4.5.3 Presupuestos

Coinciden con los de cualquier medida cautelar: son los principios de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. El peligro al que se refiere nunca puede entenderse como un presupuesto de efectividad automática, sino que deberá ser valorado según el caso concreto, y deberá ser la única forma de evitar el peligro. Es decir, siempre se ha de adoptar la medida que resulte menos gravosa para la figura del investigado, respetando los presupuestos siguientes:

A) Existencia de un ilícito penal

Para acordar la prisión provisional es preciso que haya de por medio un delito cuya pena sea igual a superior a dos años de prisión, y frente al cual el investigado no tenga una causa de justificación, como podría ser la excepción de defensa personal. Según José M^a Asencio Mellado¹⁸ una simple posibilidad o algún indicio que permita prever que existe causa de justificación bastaría para impedir que se impusiera la medida cautelar. Esta limitación mínima de la pena obedece al principio de proporcionalidad, ya que no puede ocurrir que la medida cautelar sea más gravosa para el individuo que la pena que se pudiera llegar a establecer después.

¹⁸ ASENCIO MELLADO, J., *Derecho procesal penal*, Cit. p. 67.

No obstante, esta presunción no opera cuando el individuo tiene antecedentes penales que no hayan sido cancelados y que no sean susceptibles de cancelación, ejecutados siempre con dolo. En estos casos siempre se podrá acordar la medida cautelar de prisión provisional cuando haya delito, sin importar ya su pena. No así en el caso de falta, ya que sería desproporcionado.

B) Riesgo de fuga

Es uno de los motivos principales por el que se adopta esta medida cautelar, ya que sin el encausado no es posible la celebración del juicio oral ni la conclusión del proceso.¹⁹

La ley no establece un número cerrado de casos dónde se da esta presunción, ya que es difícil objetivizar este riesgo de fuga. No obstante, hay casos en los que es más probable que el encausado huya, cuando tiene más motivos para ello, los cuales justificarán la imposición de la medida: en primer lugar, se ha de evaluar la gravedad del delito cometido y su naturaleza. A estos efectos sería señal de un mayor peligro el hecho de que el autor perteneciera a una banda organizada. En segundo lugar, es conveniente revisar la pena que se le impondría al investigado, puesto que a mayor tiempo de prisión más probabilidades hay de que el encausado quiera librarse de la pena. Por otro lado, este dato aislado no justificaría la adopción de la medida, sino que debería argumentarse junto con otros motivos que hicieran aconsejable la prisión provisional del investigado. En tercer lugar, habría que analizar la situación familiar, laboral y económica del presunto autor del delito. Desde un punto de vista, alguien que cuenta con mayores recursos económicos tiene mayores facilidades para trasladarse al extranjero. Por otro lado, alguien con muchas raíces familiares y vínculos en el lugar de la celebración del juicio, seguramente no piense en huir. Pero de nuevo, esto depende de la gravedad de la condena que le espera, así que habrán de valorarse todos los elementos. Por último, sería conveniente observar la inmediatez con la que se va a celebrar el juicio oral.²⁰

Sin embargo hay un supuesto en el que la prisión provisional se puede imponer sin miramientos, y es cuando el acusado no ha prestado atención a los llamamientos

¹⁹ Salvo los supuestos del 786 del Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (BOE 6 de octubre de 2015)

²⁰ ASENSIO MELLADO, J., *Derecho procesal penal*, Cit. p. 72.

judiciales que se le hubieran hecho dentro de los dos años anteriores. Es razonable que en estos casos sea inmediata la imposición de la medida, ya que el investigado pudo evitar llegar a esta situación perfectamente y no lo hizo sin ninguna justificación. José M^a Asencio Mellado, por otro lado, considera excesivo este presupuesto legal, al dar por hecho que el no acudir al llamamiento judicial implica riesgo de fuga, y por no dejar capacidad de valoración al Juez, al ser la medida imperativa en este caso.

C) Protección de elementos de prueba

Otro de los motivos por los que procede imponer la privación de libertad es cuando exista un riesgo patente de que el acusado altere u oculte las pruebas existentes. Este motivo siempre se tendrá que especificar al dictar la orden de prisión provisional, no pudiendo exponerse de manera general. Concretamente, la ley exige tres requisitos para poder argumentar el peligro de ocultación de pruebas:

- Los elementos de prueba deben ser relevantes para el pronunciamiento del juez en cuanto a la inocencia o la culpabilidad del acusado, en atención al principio de proporcionalidad. Es decir, las pruebas cuya modificación se tema no pueden ser meramente accesorias a la cuestión principal, y que varíen ligeramente la duración de la pena por el delito.
- A su vez, el juez debe valorar la capacidad que tiene el acusado para alterar las pruebas: su posición para coaccionar a los testigos, en el caso de la prueba personal o para alterar documentos u objetos que se encuentren dentro de su ámbito de poder.
- Por último, la prisión provisional nunca podrá acordarse en los supuestos en los que el investigado cometiera un ilícito en el ejercicio de su derecho de defensa personal. Tampoco se podrá imponer la medida cautelar como un castigo ante la falta de colaboración en el investigación, ya que el imputado está en su derecho para no declarar contra sí mismo.

D) Evitación de reincidencia

Otro motivo legítimo para imponer la prisión provisional es la posibilidad de que el sujeto pasivo pueda reincidir en la delincuencia. Este motivo debe ser objeto de valoración por el juez, pero debe atender a parámetros concretos que indiquen una probabilidad mayor de reincidencia delictiva. La ley regula concretamente dos

supuestos: uno general y otro excepcional. El criterio general actúa como un cajón de sastre para cualquier supuesto dónde el Juez presume que hay tal riesgo, con la condición de que el delito cometido sea doloso y castigado con una pena de más de dos años. Como supuesto excepcional se encuentra el riesgo de fuga agravado, que se da cuando el delincuente tiene la condición de habitual o que actúe en el seno de un grupo criminal. En este caso no es preciso que la pena que resultaría del proceso sea superior a dos años.

E) Prevención de violencia de género

El artículo 503, 1-3ºc) de la LECrim describe un supuesto muy específico que tiene su justificación en que es altamente factible la continuidad del delito, al convivir la víctima con el agresor, y además por las represalias que podría tener el acusado con la víctima, por ser generalmente quien le ha denunciado.

En comparación con la otra medida que se suele tomar en este contexto, de prohibición de acercarse a la víctima, se adoptará la que resulte, por un lado más efectiva y, por otro, la menos perjudicial para el acusado. Cuando se crea que el riesgo de reincidencia es grande, se optará por la prisión provisional. La ley facilita la implementación de esta medida para los casos de violencia de género, por la necesidad de prevenir este tipo de delitos, ya que de otra manera las víctimas tendrían miedo de denunciarlos, al ser más peligroso para ellas, si no se adoptan las medidas de forma inmediata. Por ello, no es necesario alegar una gravedad especial ni otro motivo adicional.

4.5.4 Duración de la prisión provisional

Al igual que en la detención, la ley establece unos plazos máximos, mientras que la duración efectiva debe ser la mínima necesaria para asegurar el propósito de la medida. También aquí se aplica la regla *rebus sic stantibus*. El artículo 504 LECrim establece una serie de plazos ordinarios y extraordinarios.

4.5.5 Clases de prisión provisional

A) Prisión ordinaria

La prisión ordinaria se lleva a cabo en un centro penitenciario pero no le es aplicable el régimen penitenciario como si fuera un recluso más, ya que no ha recaído la condena aún, y las consecuencias, por tanto, no pueden ser idénticas. En estos casos, el acusado siempre permanece dependiente del Juez Instructor.²¹

B) Prisión incomunicada

La incomunicación del detenido siempre ha de acordarse por auto del juez, en todo caso motivado. El presunto culpable no podrá establecer contacto con otras personas por razones de:

- Asegurar las pruebas
- Proteger la investigación
- Proteger la integridad física de otras personas

No obstante esta incomunicación no podrá alargarse por más tiempo del estrictamente necesario para asegurar el fin del proceso penal, y nunca podrá extenderse más allá de cinco días, según indica el artículo 509.2 LECrim.²² Este apartado está previsto para los delitos de terrorismo, en los que la seguridad del Estado está comprometida y se puede adoptar un plazo mayor de incomunicación como medio de protección. La prisión incomunicada no puede aplicarse a los menores de dieciséis años en ningún caso. Como reza el artículo 527 de la LECrim, la prisión incomunicada puede consistir en la privación de alguno de los siguientes derechos:

- Consultar el caso con un abogado de confianza, pero siempre estará permitido que hable con un abogado elegido de oficio.
- Comunicarse con aquellas personas con las que en situaciones normales sí tendría derecho. No se le podrá privar, no obstante, al derecho a hablar con el Juez o con el médico forense.

²¹ Art. 525 LECrim: No se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse. Esta medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

²² Art. 509.2 LECrim: En los casos en que la prisión se acuerde en causa por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

- A comunicarse en privado; de manera reservada, con cualquier abogado.
- No podrá realizar ninguna actuación, salvo aquellas que se dirijan a alegar la ilegalidad de la detención.

Para proteger a la persona que se haya incomunicada la Ley exige que sea revisado por un médico forense dos veces por cada veinticuatro horas. Esta previsión está para evitar que se cometan abusos para obtener información de manera forzosa del detenido.

C) Prisión atenuada

Es un nivel menos que la prisión provisional, por la menor gravedad del delito y no tiene lugar en un centro penitenciario. Se prevé para dos situaciones concretas de corte humanitario²³:

- a) Cuando el acusado padezca una enfermedad que requiera cuidados especiales y que su internamiento en prisión pusiera en peligro su salud.
- b) Cuando el acusado se encuentre en un proceso de desintoxicación de sustancias estupefacientes y el tratamiento no pueda seguirse en el centro penitenciario.

4.5.6 Procedimiento

En primer lugar, es necesaria una solicitud de la prisión provisional por alguna de las partes, el Juez no puede, como regla general, acordar de oficio la medida. No obstante, siempre estará el Ministerio Fiscal para velar por el interés social, que podrá invocar la imposición de la medida cuando lo considere necesario.

A tenor del artículo 505. 1. LECrim, se han de cumplir una exigencia de audiencia a las partes como garantía de la legalidad del proceso:

"Cuando el detenido fuere puesto a disposición del juez de instrucción o tribunal que deba conocer de la causa, éste, salvo que decretare su libertad provisional sin fianza, convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado o su libertad provisional con fianza."

²³ Art. 508 LECrim.

Es decir, el Ministerio Fiscal, los querellantes si los hubiera, y el imputado con su abogado deberán ser oídos por el Juez, ya que la prisión provisional se ha alargado durante más de setenta y dos horas, y transcurrido este periodo se considera que la medida ha de estar perfectamente justificada jurídicamente, por el perjuicio que supone la privación de libertad del acusado sin haber recaído aún la condena. Para que esta garantía sea efectiva, el abogado del acusado tiene acceso a toda la información respecto de las actuaciones y los motivos por los que se ha adoptado la medida, para que pueda impugnarla correctamente.

Celebrada la audiencia, las partes pedirán la prisión principal o la puesta en libertad del imputado, bajo o sin fianza. Esta fianza se denomina carcelaria²⁴, para distinguirla de la fianza de responsabilidad civil. La figura penal es distinta en tanto en cuanto su única finalidad es la de asegurar la comparecencia del citado al proceso. El incumplimiento de la obligación de prestar fianza desembocaría en la declaración del juez de la prisión provisional. Si ninguna de las partes solicita que persista la prisión provisional, el Juez tendrá la obligación de poner al acusado en libertad.

otra opción: cambio de una medida cautelar a otra. Si en vez de prolongar la medida bajo la que se encuentra el investigado se quiere agravar la medida, esta también deberá ser solicitada por una de las partes, y deberá respetarse la audiencia señalada para que el acusado pueda oponerse a ella. El artículo 539 LECrim indica en sus dos últimos párrafos la excepción relativa a la regla general por la que son las partes las que deben promover la aplicación de las medias cautelares, y da potestad al Juez o Tribunal para que lo haga de oficio:

"No obstante, si a juicio del juez o tribunal concurrieren los presupuestos del artículo 503, procederá a dictar auto de reforma de la medida cautelar, o incluso de prisión, si el investigado o encausado se encontrase en libertad, pero debiendo convocar, para dentro de las 72 horas siguientes, a la indicada comparecencia. Siempre que el Juez o Tribunal entienda que procede la libertad o la modificación de la libertad provisional en términos más favorables al sometido a la medida, podrá acordarla, en cualquier momento, de oficio y sin someterse a la petición de parte."

Por este precepto, la ley otorga toda la competencia al Juez para determinar la agravación o la remoción de la medida cautelar del investigado, con los solos requisitos

²⁴ GIMENO SENDRA V., *Derecho procesal penal*, Cit. p.370

de que aprecie que se dan las condiciones del artículo, que son las condiciones ordinarias que justifican el sometimiento de una persona a la prisión provisional²⁵ y que sea urgente. Dada la subjetividad de este último requisito, la ley da pie a que el juez tenga en su mano toda la aptitud para imponer medidas cautelares.

4.5.7 órgano competente

El órgano competente para adoptar una medida cautelar es el mismo que debe conocer del caso en la fase de instrucción. No obstante, cuando se quiera adoptar una medida más adelante en el proceso, en la fase del juicio oral, tendrá la competencia para decretar la medida cautelar el Juez encargado del enjuiciamiento.

Las medidas cautelares siempre se tramitan en la forma de auto, que debe contener una motivación detallada acerca de las circunstancias que han propiciado la imposición de la prisión provisional. Como no es de extrañar, aquí encontramos también una excepción, por la cual el Juez que carece de competencia para conocer del caso también puede acordar la medida, según el artículo 505.6 LECrim:

"Cuando el detenido fuere puesto a disposición de juez distinto del juez o tribunal que conociere o hubiere de conocer de la causa, y el detenido no pudiere ser puesto a disposición de este último en el plazo de 72 horas, procederá el primero de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores. No obstante, una vez que el juez o tribunal de la causa reciba las diligencias, oirá al investigado o encausado, asistido de su abogado, tan pronto como le fuera posible y dictará la resolución que proceda."

El artículo habilita a un juez distinto del competente para mantener la seguridad y que sea posible, en una situación de urgencia, que cualquier juez pueda acordar la prisión provisional, por el tiempo que medie hasta que el Juez competente pueda valorar si procede o no la medida. Una vez recaído el auto, este se comunicará tanto a las personas que estén afectadas por el mismo como a aquellas a las que se intente proteger.

²⁵ Art. 503 LECrim.

4.5.8 El abono de la prisión provisional

Los días que se pasan bajo prisión provisional no cuentan en vano para el definitivamente condenado, sino que se descuentan de su pena, tal y como reza el artículo 58.1 CP:

"El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada, salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa."

Se pueden dar, por tanto, tres situaciones distintas:

- Que la pena que recaiga sobre el acusado sea privativa de libertad; prisión, con el descuento automático de los días que duró la medida cautelar.
- Que la pena sea una distinta de la de prisión, con lo que el Juez tendrá que entrar a valorar cuánto se descuenta de la pena por haber "padecido" la medida de prisión provisional.
- Que el condenado hubiere estado bajo prisión provisional por causa de un procedimiento distinto si no se compensaron los días por ese proceso (generalmente porque salió impune), en ese caso se restan los días que pasó en prisión de la condena actual. Para que este abono ocurra, no obstante, la medida cautelar tuvo que ejercitarse después de que acaecieran los hechos que dieron lugar al segundo proceso.

1 ^{er} mes	2 ^o mes		3 ^{er} mes	
Hecho delictivo "A"	Medida cautelar: prisión provisional		resolución absolutoria	→ no se abonan
	Hecho delictivo "B"	Medida Cautelar: prisión provisional	resolución absolutoria	→ se abonan
	Hecho delictivo "C"	Con o sin medidas cautelares	resolución condenatoria	(-) abono por los días de prisión provisional cumplidos a causa del hecho "B" (y "C" en su caso)

26

La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la imposibilidad de abonar días de cumplimiento de medidas cautelares cuando se han cumplido de manera simultánea a la pena.²⁷

4.5.9 La indemnización por inexistencia hecho

La Ley hace una previsión para garantizar que el proceso cautelar se realiza con todas las garantías, proclamando la posibilidad de recibir una indemnización aquella persona que haya sido privada de su libertad sin concurrir el presupuesto objetivo de hecho. No

²⁶ Elaboración propia.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala primera) 65/2014 de 5 de mayo: "En efecto, la decisión judicial de no incluir en la liquidación el periodo de tiempo referido se fundamenta en que ya ha sido tenido en cuenta y abonado con ocasión de otra causa que cumple el recurrente, sin que la ley penal le otorgue el derecho a que todos los periodos de prisión preventiva simultáneos a la situación de penado le sean descontados del límite máximo de cumplimiento efectivo de las condenas acumuladas, fijado en su caso en treinta años. Esta interpretación de la legalidad no es contraria a la Constitución, pues, como señala la citada STC 35/2014 (RTC 2014, 35) , FJ 5, no es constitucionalmente exigible una interpretación conjunta de los arts. 58.1, 75 y 76 CP que imponga una y otra vez «el doble cómputo de un mismo periodo de prisión como preventivo y como penado, o que lleve a considerar que el tiempo de prisión provisional simultáneo al de cumplimiento de pena, deba conceptuarse como tiempo de "cumplimiento efectivo".

obstante, y según la jurisprudencia²⁸, no cabe obtener una indemnización por el sólo hecho de que la resolución del Tribunal sea absolutoria. En numerosas ocasiones, los jueces resuelven in dubio pro reo²⁹, por faltar alguno de los elementos necesarios para determinar la culpabilidad del sujeto, pero sin quedar patente la inocencia del acusado. Por ello sería excesivo que, subsistiendo sospechas de que el individuo hubiese cometido el delito, este saliera compensado con una indemnización, además de quedar absuelto.

"Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios."³⁰

4.6 Órdenes de protección,

Para los casos de violencia contra la mujer las medidas cautelares que se pueden adoptar se denominan "órdenes de protección", y están encaminadas a salvaguardar a la víctima, pero hay de diversos tipos, según está recogido en la LOMPIVG³¹. Aquí el Juez competente es el Juez de Violencia sobre la Mujer, por ser el Juez que conoce del caso. No obstante, por la urgencia que puede tener la situación, debido a la convivencia entre el agresor y la víctima, se faculta al Juez de Guardia para que establezca la medida que considere oportuna, atendiendo a la gravedad del hecho, entre las siguientes³²:

1. Prisión provisional: cuando se producen los supuestos que la originan del 503, 1º-3º (que haya posibilidad de huida, de alteración de pruebas, de peligro..), los casos son iguales que para el resto de situaciones anteriormente observadas.

²⁸ STC 8/2017 de 19 de enero, p.3

²⁹ SAP Las Palmas 276/2015 de 30 de noviembre estipula *"Como precisa la STS. 27.4.98 (RJ 1998, 3817) el principio "in dubio pro reo", no tiene un valor orientativo en la valoración de la prueba, sino que envuelve un mandato: el no afirmar hecho alguno que pueda dar lugar a un pronunciamiento de culpabilidad si se abrigan dudas sobre su certeza, mediante la apreciación racional de una prueba en sentido incriminatorio, constitucionalmente cierta y celebrada en condiciones de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación, esto es, en las condiciones de un proceso justo, que no es otra cosa que lo que sucede en el caso enjuiciado, en que una vez practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia."*

³⁰ Artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

³¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

³² Art. 64 LOMPIVG.

2. Libertad provisional: también es análoga a delitos de otra índole, se impondrá siempre que no se cumplan los requisitos para la prisión provisional, en sustitución de esta.
3. Las medidas del artículo 544 bis LECrim, que son básicamente la prohibición de residencia, comunicación o de acercamiento a la víctima para delitos graves que fueron cometidos contra una persona concreta.³³
4. Medidas específicas para los casos de violencia de género: obligación de abandonar el edificio, de alejamiento o prohibición de comunicarse con la víctima. Están reguladas en el Artículo 64 de la LOMPIVG. La prohibición de acercamiento a la víctima implica que el acusado no se acerque a su residencia ni a su lugar de trabajo, ni al lugar donde se halle en cada momento. Además, el Juez precisará la distancia mínima a la que podrá estar el acusado respecto de la protegida. Para verificar que el imputado cumpla sus obligaciones se pueden emplear medios tecnológicos que faciliten su ubicación. Estos medios telemáticos de seguimiento se denominan comúnmente pulsera³⁴.
5. A todas las anteriores se podrán añadir de forma complementaria ciertas medidas cautelares civiles, las recogidas en el artículo 544.7 ter LECrim tales como custodia de los hijos, visitas, alimentos, comunicación con los menores, usufructo de la vivienda y aquellas de los artículos 65 a 67 LOMPIVG: suspensión de la patria potestad del presunto agresor y del régimen de visitas a los menores y suspensión a su vez del derecho a la tenencia de armas, debiendo el acusado depositarlas si las tuviera.

4.6.1 Limitaciones de la libertad provisional en la UE

Según la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea es posible extender los efectos de la libertad provisional fuera del Estado en el que se impuso la medida cautelar. Todos los países

³³ Auto de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 2ª) 197/2017 de 31 de marzo: *"A la vista de lo obrante en la fase de instrucción del procedimiento abreviado que nos ocupa, existen datos bastantes que justifican la medida cautelar acordada en este momento por el Juzgado de Instrucción nº1 de Valladolid. Los hechos denunciados hacen referencia no a una conducta aislada, sino reiterada durante un periodo de tiempo, que motivó un claro temor en la víctima, llevándola a un cambio de los hábitos de vida."*

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 316/2016, p. 7

miembros pueden ejecutar las obligaciones impuestas al investigado como consecuencia de la sustitución de la prisión provisional por la libertad provisional.

Esto tiene su fundamento en que, con la eliminación de las fronteras entre los países miembros y la libertad de circulación, se ha hecho más difícil vigilar el paradero de los imputados. Por ello se faculta a las autoridades de otros países para que hagan cumplir la medida cautelar fuera del territorio nacional. No obstante las autoridades extranjeras no actúan de manera inmediata, sino que existe un procedimiento a tal efecto, que debe iniciar el Juez de Instrucción.³⁵

4.7 La prohibición de aproximación y de comunicación

Debemos traer a colación la discutida diferencia entre las medidas de los artículos 544 bis y aquellas del 544 ter del CP, puesto que a priori es fácil considerarlas idénticas. La diferencia radica, como apunta la fiscal decana de violencia de género de Madrid, en que las órdenes de protección del artículo 544 ter otorgan a la víctima un catálogo mucho más amplio de medidas protectoras, por la subjetividad en la que se basa el delito:

"Una orden de protección atribuye a la víctima el estatuto de mujer maltratada, al ser dicha resolución el título que va habilitar a la víctima a acudir a diversos sectores de la Administración para reclamar un copioso conjunto de derechos que la Ley confiere a este Estatuto. Las medidas previstas en el art. 544bis, sin embargo, no constituyen este título habilitante."³⁶

Medidas civiles al amparo del artículo 544ter CP se pueden acordar de manera simultánea a una orden de protección. Al ser medidas civiles, impera el principio de rogación, por lo que el Juez sólo puede imponerlas a instancia de la víctima. Si bien en los casos en los que haya menores de por medio, el ministerio Fiscal estará facultado para pedir la asignación de medidas. Estas medidas pueden ser³⁷:

- Establecimiento de la guardia y custodia de la víctima u otra persona distinta del inculpado, como indica el artículo 65 LOMPIVG.

³⁵ Artículo 111 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE 20 de noviembre de 2014)

³⁶ GALDEANO SANTAMARÍA, A, *Medidas Cautelares en Violencia de Género*.

³⁷ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

- Suspensión de la patria potestad del encausado.
- Prohibición al agresor de entrada en la vivienda común³⁸, regulada en el artículo 64.2 LOMPIVG.

4.8 El internamiento cautelar de extranjeros

La orden europea de detención y entrega es una norma adoptada por la UE por la cual cualquier estado miembro puede solicitar a otro la puesta a disposición de un imputado para que se le procese en el país que debe conocer del asunto, o de un condenado para que cumpla su condena en el país en el que se le ha impuesto. El artículo 9 de la ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la base de la decisión marco adoptada por el Consejo de Ministros de la UE de fecha 13 de junio de 2002 establece los delitos por los que se puede solicitar la entrega del sujeto imputado. El artículo 12 de dicha Decisión marco, titulado «Mantenimiento de la persona en detención», establece:

"Cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución si la persona buscada debe permanecer detenida. La libertad provisional del detenido podrá ser acordada en cualquier momento, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución, siempre que la autoridad competente de dicho Estado miembro tome todas las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada."

Esto tiene efecto en todo el espacio SCHENGEN³⁹. Si España recibe una orden de entrega de otro estado, serán competentes los Jueces de los Juzgados centrales de Instrucción o a la Sala de lo Penal de la AN para su ejecución.

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 15ª) 776/2014 de 13 de octubre: *"La medida de alejamiento impuesta en la sentencia, se configura como una pena privativa de derechos, no como un mero remedo tuitivo de la víctima. Por ello, esta sanción no es disponible por las partes, y como auténtica pena debe ser cumplida, sin que el perdón del ofendido por el delito de maltrato pueda justificar el incumplimiento."*

³⁹ El espacio SCHENGEN es un conjunto de veintiséis países europeos en los que hay libertad de circulación.

5 MEDIDAS CAUTELARES REALES

5.1 Concepto y fundamento

Las medidas cautelares reales en el proceso penal son aquellas garantías encaminadas a salvaguardar el cumplimiento de la responsabilidad civil que podrá resultar asociada a la condena penal. La finalidad es pues, el resarcimiento, como en el Derecho de daños⁴⁰. Son medidas de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, responsabilidad *ex delicto*. En nuestro sistema se permite la acumulación de acciones, como se puede deducir del artículo 100 LECrim:

"De todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible."

A tenor del artículo 108 LECrim, el Ministerio Fiscal tiene encomendada la reclamación de la responsabilidad civil en el proceso penal, en interés del perjudicado, a no ser que este renunciase a la compensación.

5.2 Clases:

Medidas Cautelares Reales	Proceso penal	Multa	
		Comiso	
		Pago de costas procesales	
	Proceso civil acumulado	Restitución de cosas determinadas	Anotación preventiva de querrela
		Reparación del daño	Fianza / Embargo
		Indemnización de daños y perjuicios	

⁴⁰ ESCALER BASCOMPTE, R., Medidas Cautelares y ejecución, Cit. p.152

La fianza y el embargo tienden a asegurar el perjuicio causado por el procesado, no están encaminadas a proteger bienes concretos. Pueden hacer referencia al patrimonio del encausado o al de un tercero.⁴²

5.2.1 La fianza

La prestación de la fianza por parte del sujeto inculcado se inicia por un acto del juez, en el que establece la cantidad que estima suficiente para cubrir el daño previsible. El artículo 589 LECrim establece que la cantidad de la fianza no puede ser inferior a un tercio del importe estimado. El artículo 591 establece los tipos de fianza. Esta puede ser personal, cuando un tercero se compromete a satisfacer la deuda por responsabilidad civil en que pueda incurrir el imputado o pignoraticia, consistente en una prenda de dinero efectivo o de objetos. Si es monetaria, el procesado deberá depositarlo en la Caja de Depósitos⁴³ o en el establecimiento público que se determine a tal efecto., hipotecaria, constituyendo una hipoteca sobre un bien inmueble.

5.2.2 El embargo

Se trata de una medida por la cual se confiscan unos bienes determinados del procesado que garanticen suficientemente la responsabilidad civil que pueda resultar del proceso. El embargo puede adoptarse siempre que concurren tres requisitos⁴⁴:

- Que sean bienes propiedad del acusado, aunque no los posea el mismo
- Que no se trate de bienes inalienables, aunque lo sean sólo parcialmente
- Que sean susceptibles de liquidación económica

Mientras que en el proceso civil el embargo es alternativo a la fianza, en el proceso penal el embargo de bienes debe ser la *ultima ratio*, aplicándose sólo cuando no pueda adoptarse la fianza. A estos efectos hay una sentencia que declara que no procede la indemnización por haber impuesto medida cautelar de embargo de fincas a una

⁴¹ ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, cit.211

⁴² ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas Cautelares y ejecución*, cit. 22

⁴³ Real Decreto 467/2006, de 21 de abril, por el que se regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

⁴⁴ *Derecho Procesal Penal*, cit.590

empresa y prohibición de enajenar pese a haber quedado finalmente absuelta en el proceso.⁴⁵

5.2.3 La anotación preventiva de querrela

La anotación preventiva de querrela consiste en la inscripción, en el registro de la propiedad, junto a un inmueble propiedad del encausado, la situación de querrelado en la que se encuentra. Este mecanismo proporciona una seguridad jurídica, al dotar de publicidad al hecho de que el inmueble puede ser embargado para cubrir la responsabilidad civil derivada del delito. Si bien no hay un artículo que prevea la anotación preventiva de la querrela, la Ley Hipotecaria admite con generalidad la inscripción de resoluciones:

*"Podrán pedir anotación preventiva de sus respectivos derechos en el Registro correspondiente: Primero. El que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real."*⁴⁶

5.2.4 Medida para la reparación del daño

Estas medidas se fundamentan en la imposición de una actividad de manera provisional, para reparar un daño causado o la cesación de una conducta, hasta que se verifique el comportamiento definitivo que es exigible. No están previstas de manera expresa en la LECrim, pero dicha Ley remite a las normas civiles para su implementación.

5.2.5 Medida cautelar de indemnización de daños y perjuicios

A primera vista, una indemnización por los daños debería ser la última fase de un proceso, cuando ya se sabe la resolución condenatoria. No obstante, es posible que el autor del ilícito intente disminuir su patrimonio, si cree probable tener que resarcir a un

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 584/2015 de 29 de octubre, p.1

⁴⁶ Artículo 42 primero del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

tercero por los daños ocasionados, por medio de una indemnización.⁴⁷ Esta medida cautelar se encarga de evitar que esto ocurra, asegurando que el tercero vaya a poder ver ser compensado por el deterioro o perjuicio que ha sufrido.

Lo lógico es que, en el caso de que lo que se pretenda es que el acusado devuelva dinero, se establezca una fianza como medida cautelar, mientras que si se trata de resarcir un daño, se procederá al embargo de un bien de su propiedad.⁴⁸ La fianza, por su parte, consiste en la puesta a disposición, por parte del acusado, de una cantidad dineraria ante el juez.

5.3 La medida cautelar en el Código Civil y en la Ley de enjuiciamiento Civil.

Las medidas cautelares civiles que pueden tener aplicación dentro de un proceso penal son, entre otras:

A) medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio

El artículo 103 CC dispone que existen medidas cautelares que encuentran su justificación en que la situación adolece de una acusada urgencia, al no poder demorar la decisión sobre la custodia de los hijos hasta el acaecimiento de la resolución. Por ello se establece como medida cautelar que los hijos permanezcan bajo la tutela de uno de los cónyuges. El código civil a su vez prevé medidas más extremas, para el caso en el que haya riesgo de que el consorte que tiene bajo su tutela a los hijos intente huir con ellos fuera del estado español, como la retirada del pasaporte de los menores o la prohibición de salida del país.

B) Medidas de suministro de alimentos entre parientes

El título VI de la LEC trata las medidas cautelares y el artículo 148 CC en su párrafo tercero indica:

"El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades."

⁴⁷ ESCALER BASCOMPTE, R., *Medidas cautelares y ejecución ¿Cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?*, Cit. p. 28.

⁴⁸ GIMENO SENDRA V. y DÍAZ MARTÍNEZ M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Cit. p. 378

Las medidas cautelares del proceso civil suelen ser reales, mientras que en el proceso penal son carácter personal. Se habla de medidas reales en el contexto del proceso penal en cuanto a las medidas pecuniarias que están encaminadas a asegurar una responsabilidad civil derivada del delito. En concordancia, no podemos referirnos a medidas cautelares reales propiamente penales, puesto que la responsabilidad penal nunca puede ser satisfecha con medidas reales.

6 DIFERENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES

6.1 Diferencia de los actos para la investigación del delito

El art. 773.2 LECrim regula las denominadas diligencias de investigación del Fiscal, como modalidad de pre instrucción. El Fiscal puede en principio practicar cualesquiera diligencias conducentes al esclarecimiento de los hechos, siempre que no se trate de aquellas que por afectar a derechos fundamentales se atribuyen en régimen de monopolio a los jueces.

6.2 Distinción de las medidas de seguridad

6.2.1 Concepto

Las medidas de seguridad son precauciones que se tienen con un sujeto en base a su peligrosidad. En estos casos se ha cometido un delito, pero no es imputable el individuo, no resulta culpable. No obstante, que esté en libertad pone en peligro al resto de la sociedad. El artículo 95.1 del CP establece los supuestos en los que cabe imponer medidas de seguridad:

"1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código⁴⁹, siempre que concurren estas circunstancias: 1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito. 2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos."

⁴⁹ Sujetos declarados exentos de responsabilidad criminal conforme al n° 1 del artículo 20 CP (Art. 101 CP)

Pueden ser de dos tipos⁵⁰:

- a) Los medios asistenciales
- b) Los medios de control

En realidad la problemática se suele situar en torno a la diferencia entre estas medidas y las penas, ya que guardan más similitudes con ellas que con las medidas cautelares. Las medidas de seguridad son un grado inferior a la pena, puesto que carece de uno de los elementos necesarios: la culpabilidad.

Si el sujeto carece de culpabilidad completa, habiendo cometido el ilícito penal, se podría decir que también carece de imputabilidad. Se habla de sujetos semiimputables, puesto que su culpabilidad es menor. Pese a ello, no se puede prescindir totalmente de la pena, siendo necesario hacer una labor de prevención. Hay medidas de seguridad consistentes en la privación de libertad con diversas modalidades y otras que privan al sujeto de otros derechos. Las medidas de seguridad privativas de libertad son, según el artículo 96 CP, el internamiento en un centro psiquiátrico, en un centro de deshabitación o en un centro de educación especial.⁵¹ Las medidas no restrictivas de la libertad pueden consistir en la privación del derecho al porte de armas o la suspensión del permiso de conducir, entre otras.

Es usual imponer medidas de seguridad cuando, cumplido la pena privativa de libertad asociada al delito, el individuo queda en libertad, pero por la gravedad y la naturaleza del ilícito, es conveniente mantener a la persona bajo vigilancia. Así lo dispone el artículo 140 CP, que da la posibilidad de imponer medidas de seguridad para todos los casos de delitos contra la vida y delitos de lesiones cuando se trate de delitos de violencia de género.

Al igual que las medidas cautelares, las medidas de seguridad deben cumplir con unos requisitos para que su aplicación sea legítima. Las medidas de seguridad responden a los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad. El artículo 6.2 CP somete el establecimiento de las medidas de seguridad al requisito de que éstas estén justificadas por un grado razonable de peligrosidad, pudiendo ser mantenidas sólo en cuanto subsista éste. A su vez, y paralelamente a las medidas cautelares, la medida de seguridad concreta que el juez elija tiene que ser la mínima posible que cumpla la

⁵⁰ CUELLO CONTRERAS, J y MAPELLI CAFFARENA, B., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, cit. 362

⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala primera) 132/2016 de 18 de julio.

función de prevención. El principio de proporcionalidad, por su parte, debe ser observada en relación con el ilícito penal cometido. El artículo 6.1 CP establece el límite en la duración de la medida de seguridad, fijándolo en el tiempo de duración de la pena por la que fue condenado el inculpaado.

En cuanto a las diferencias entre ambas figuras, las medidas cautelares se adoptan cuando aún no ha recaído una sentencia. Sólo es necesario que sobre el sujeto pese una sospecha suficiente y objetiva. Además difieren en su aspecto temporal: las medidas cautelares preceden al proceso, y las medidas de seguridad se adoptan normalmente en sustitución a la pena, o después de haberse cumplido la misma.

Respecto a su naturaleza, las medidas de seguridad difieren de las cautelares en que se aplican a supuestos más específicos, como son los delitos cometidos por personas que se encontraban con un grado inferior de imputabilidad, por estar sometidas al efecto de sustancias psicotrópicas, por tener alteraciones psíquicas y otras anomalías o alteraciones en la percepción. Por afectar a personas que tienen condiciones especiales, las medidas de seguridad no sólo protegen a la sociedad de un peligro, sino que además están adaptadas a las necesidades de los delincuentes. Por ejemplo, los establecimientos de deshabitación son centros en los que se ofrece asistencia sanitaria al penado tendente a la desintoxicación del paciente. En contraposición al tratamiento especial que se da a las personas a las que se les ha impuesto una medida de seguridad, la persona a la que se le impone una medida cautelar, ésta se impone sólo atendiendo al delito presuntamente cometido, y a las circunstancias de riesgo que se aprecian.

6.2.2 Quebrantamiento en la medida de seguridad

El quebrantamiento de una medida de seguridad tiene como consecuencia, previsiblemente, el restablecimiento de la medida. Sólo encontramos una excepción a este resultado, y es el caso de medidas de seguridad sanitarias, en la que se debe contar con la voluntad del paciente, según la Ley General de Sanidad.

Es interesante la noción de medida de seguridad cautelar, que si se analiza, se trata de una medida cautelar de seguridad, puesto que se prevé para el caso en el que, habiendo mediado quebrantamiento de la medida de seguridad por parte del penado, el juez impone de manera provisional o cautelar una medida de seguridad, como puede ser

el internamiento en un centro médico, hasta que se oiga al encausado, para acordar definitivamente la medida de seguridad que mejor proceda en cada caso.

6.3 Diferencia de las medidas cautelares penitenciarias

El Reglamento Penitenciario español regula dos tipos de medidas, unas de protección⁵² y otras cautelares.⁵³ Ambas tienen lugar en el contexto del internamiento penitenciario, es decir, son medidas de seguridad que se aplican a los internos por motivos de su peligrosidad o su conducta.⁵⁴ Las medidas de protección consisten en obligaciones o limitaciones que se imponen a los presos para mantener el orden y la disciplina del establecimiento, por un lado, y la seguridad y la integridad de los demás internos, por otro. Las medidas cautelares, en cambio, están destinadas a salvaguardar o garantizar la efectividad de la resolución judicial que imponga una infracción disciplinaria, esto es, una falta cometida en el seno de un centro penitenciario, y a evitar la reincidencia delictiva, evitando que persista la infracción o sus efectos. Esta última categoría se asemeja más a las medidas objeto de nuestro estudio, puesto que tienen un fin análogo: el aseguramiento de la sentencia futura, sumida en un proceso al que son accesorias.

De manera paralela a las medidas cautelares penales, las medidas cautelares penitenciarias han de responder a los principios de proporcionalidad y de necesidad. No obstante, las medidas penitenciarias presentan una diferencia notable respecto de las cautelares penales, ya que se exige un *fumus boni iuris* menor, hay menos exigencia en la prueba de la ilicitud de su comportamiento, por tratarse de sujetos que ya han delinquido en el pasado. El razonamiento que lleve a la adopción de estas medidas no precisa de una acreditación total, como sí sería necesario en la resolución final que se dictase, sino que sólo requiere que se de una probabilidad suficiente basada en datos objetivos.⁵⁵

⁵² Artículo 243 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

⁵³ Artículo 75 RP

⁵⁴ COLMENAR LAUNES, Ángel., "Diferencias entre medidas de protección...", Cit. p. 3

⁵⁵ COLMENAR LAUNES, Ángel., "Diferencias entre medidas de protección...", Cit. p. 7

7 EL PROCESO CAUTELAR

7.1 La extinción de la medida cautelar

La medida cautelar está sujeta a un término, que es el tiempo que transcurre desde que se descubren los hechos delictivos o se inicia la sospecha hacia el individuo, hasta que recae la sentencia, condenatoria o absolutoria, del juez. Las medidas cautelares pueden desaparecer por alguna de las siguientes razones:

- a) Impugnación por parte del sometido a la medida cautelar y revocación de la medida por el juez. Las medidas cautelares pueden ser objeto de recurso, el cual variará dependiendo de la naturaleza de la medida.
- b) Transcurso del plazo por la adquisición de firmeza de la resolución judicial que pone fin al proceso y por el que se sustituyen, mantienen o eliminan las medidas cautelares impuestas.
- c) Cláusula *rebus sic stantibus*: cambio espontáneo de las circunstancias del caso, por el esclarecimiento de los hechos, cambia la imputabilidad del acusado o ya no se le considera culpable.

7.2 Quebrantamiento de la medida cautelar

El quebrantamiento de una medida cautelar está tipificada como delito⁵⁶. En la jurisprudencia encontramos casos de incumplimiento por el acusado de la medida cautelar que se le había impuesto de prohibición de acercamiento y de comunicación⁵⁷, y otra de incumplimiento de la medida consistente en llevar la pulsera electrónica de control telemático.⁵⁸ El quebrantamiento, siempre que se le hubiera informado al encausado de las consecuencias del mismo, es un delito⁵⁹ es decir, necesariamente ha de concurrir dolo para que se considere que ha cometido un ilícito penal, y así lo recalca la jurisprudencia.⁶⁰

⁵⁶ Artículo 468.2 del CP establece la pena de 6 meses de prisión, e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena para el quebrantamiento de una medida cautelar.

⁵⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 1ª) 276/2015 de 30 de noviembre.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 673/2015 de 4 de noviembre.

⁵⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 15ª, 776/2014 de 13 de octubre.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 7ª) 136/2016 de 4 de abril.

8 EL ABUSO DEL DERECHO

El abuso de derecho en las medidas cautelares está muy controlado por la ley, la cual es muy cauta al establecer los motivos por los cuales quedan justificadas las medidas cautelares. Además, esto se refuerza con la garantía establecida para los casos en los que se han vulnerado los principios constitucionales, habiendo impuesto una medida cautelar excesiva para el caso, ya que en la ley encontramos la previsión de resarcir al damnificado por ello con una responsabilidad civil prestada por el Estado. Si debiéramos hacer una crítica a la función cautelar de nuestro sistema jurisdiccional, esta sería la concentración de la función en la figura de un mismo juez, tal y como apuntan algunos autores⁶¹ opinan que el juez no debería ser el mismo que va a conocer del asunto, como precaución para evitar que se de un abuso:

"Puesto que el juicio de probabilidad acerca de la presunta participación de una persona en un hecho punible, presupuesto de la prisión provisional, entraña un prejuzgamiento en torno a su culpabilidad, a fin de prevenir los "errores judiciales" y "excesos de cumplimiento", sería "de lege ferenda" aconsejable que la Autoridad competente para la adopción de tal medida cautelar se desligara de la función instructora (a modo, por ej., del MF alemán) con lo cual se objetivizarían en mayor medida tales resoluciones."

9 RELACIÓN: MEDIDAS CAUTELARES PENALES Y CIVILES

9.1 Aspectos comunes

Se puede considerar que los presupuestos básicos de las medidas cautelares civiles y penales coinciden, puesto que el sometido a una medida cautelar tiene que ser un sujeto imputable:

"El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es, pues, la imputación. Sin imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales."⁶²

⁶¹ GIMENO SENDRA V. y DÍAZ MARTÍNEZ M., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Cit. p. 502.

⁶² *Derecho Procesal Penal*, cit. 502

9.2 Diferencias

En cuanto a los fundamentos de las medidas, tanto las medidas cautelares penales como las civiles coinciden en exigir para su legitimidad el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Sin embargo, las medidas civiles requieren de una condición adicional para su adopción, que es la denominada "caución suficiente".

El *fumus boni iuris* civil difiere en del penal en que no se refiere a que exista un indicio de criminalidad, sino que puede bastar con probar, la parte que solicita la medida, que tiene un documento acreditativo de un derecho material, por el cual puede surgir la medida cautelar.

También el *periculum in mora* tiene un matiz distinto en el contexto del proceso civil, puesto que este el perjuicio es únicamente de carácter pecuniario. La dilación del proceso, en este caso, puede causar un perjuicio económico al vencedor, tanto mediando intencionalidad por parte del demandado como con la pasividad de este. En lo que el proceso media en resolverse, el acusado puede distribuir sus bienes para que cuando se dicte la sentencia no se le puedan embargar.

Las medidas cautelares civiles difieren de las penales en su delimitación, ya que las medidas cautelares penales están establecidas *numerus clausus*, mientras que las civiles aceptan figuras indeterminadas. Este hecho encuentra su razón en que las medidas cautelares penales afectan a derechos fundamentales más básicos, como la libertad, mientras que las civiles constituyen vulneraciones de derechos más leves. Así, el artículo 727.11^a LEC prevé:

"Conforme a lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares: Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio."

10 CONSIDERACIONES FINALES

En definitiva, las medidas cautelares penales entrañan un juicio valorativo del *periculum libertatis*. La autoridad judicial ha de observar si la no imposición de la medida genera un perjuicio mayor a la sociedad que al interés particular del investigado. Lo que se tiene que cumplir es la consideración razonable de que el encarcelamiento, o

la medida privativa de libertad de que se trate, sea indispensable. Quizás como medio para garantizar una seguridad mayor en la situación del detenido o la persona privada de su libertad sin haber mediado un juicio, sería conveniente que el juez que decidiera acerca de la procedencia de la medida cautelar no fuera el mismo que después llevara a cabo la instrucción del procedimiento.

Como hemos visto, puesto que las medidas cautelares de carácter personal implican una vulneración de derechos inalienables de toda persona, se debe hacer un tratamiento especial respecto de las medidas civiles. Aquí, el derecho a la presunción de inocencia es de vital importancia, ya que, si bien este no obliga al juez a presumir la inocencia e ignorar las pruebas de culpabilidad, sí le impone el deber de no restringir la libertad de la persona mientras no concurren los presupuestos para ello, y de no restringir los derechos y libertades de la persona investigada mientras no haya recaído una resolución, salvo en los supuestos excepcionales de necesidad y urgencia. Con todo, la probabilidad que se estima de que el acusado sea imputable del ilícito penal ha de ser muy alta para que quepa la imposición de medidas cautelares personales, y se requiere una mayor justificación, o un *fumus boni iuris* más intenso, cuanto más grave sea la medida privativa de libertad.

Tras este estudio pormenorizado de las medidas cautelares, se puede afirmar que la característica que aúna a todas las medidas expuestas es la nota de accesoriedad al proceso, por cuanto nunca se debe olvidar la causa que las motiva, para que de esta forma se pueda hacer una labor de relativización, e imponer las medidas cautelares en el contexto del proceso, con el fin primordial de asegurar la resolución que en un futuro se dicte. Es especialmente relevante que los jueces se abstengan de imponer medidas cautelares como medios sancionadores del delito, ya que en el momento en el que las medidas adquieren un tinte de castigo, dejan de ser constitucionalmente tolerables. De manera paralela, un fin de prevención delictiva tampoco sería aceptable, ya que la ley establece unos mecanismos distintos para satisfacer este objetivo.

11 JURISPRUDENCIA

- Auto del TEDH, Sección 2ª, 98649/2017 de 2 de mayo.
- Auto del TC, Sala segunda, 34/2017 de 27 de febrero.
- STS 173/2017 de 6 de febrero.

- STC, Sala primera, 65/2014 de 5 de mayo.
- STC 8/2017 de 19 de enero.
- SAP Las Palmas 276/2015 de 30 de noviembre.
- Auto AP de Valladolid (Sección 2ª) 197/2017 de 31 de marzo.
- STJUE 316/2016
- SAP de Madrid (Sección 15ª) 776/2014 de 13 de octubre.
- STS, Sala de lo Civil, 584/2015 de 29 de octubre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala primera) 132/2016 de 18 de julio.
- SAP de Las Palmas (Sección 1ª) 276/2015 de 30 de noviembre.
- STS Sala de lo Penal (Sección 1ª) 673/2015 de 4 de noviembre.
- SAP de Madrid, Sección 15ª, 776/2014 de 13 de octubre.
- SAP de Madrid (Sección 7ª) 136/2016 de 4 de abril.

12 BIBLIOGRAFÍA

12.1 Libros

1. Asencio Mellado, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.
2. Martínez Pérez, F. *Enfermo mental y proceso penal: especial referencia a las medidas cautelares*, Madrid, 2006.
3. Escaler Bascompte, R., *Medidas cautelares y ejecución: cómo aplicar con eficacia soluciones homogéneas?* Atelier, Barcelona, cop. 2013.
4. García-Rostán Calvín, G., Jiménez Conde, F., *El proceso penal de menores funciones del Ministerio Fiscal y del juez en la instrucción, el período intermedio y las medidas cautelares: actualizado a la LO 8/2006, de 4 de diciembre*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.
5. Portal Manrubia, J., *Medidas cautelares personales en el proceso penal de menores*, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2008.
6. Gimeno Sendra, V., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2007.
7. Aragoneses Martínez, S., *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

8. Arangüena Fanego, C., "Emisión y ejecución en España de órdenes europeas de protección", *Revista de derecho comunitario europeo*, Universidad de Valladolid, 2015, pp. 4991-535
9. Álvarez Conde, E., *Curso de derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.
10. Conde Salgado, R., La prisión provisional, *Revista del Poder Judicial*, 1995, nº 37.
11. Carrara, F., *Opúsculos de derecho criminal*. 2ª, Bogotá 1978.
12. Illescas Rus, A.V., "Las medidas cautelares personales en el proceso penal", *Revista de derecho procesal*, 1995.
13. Mangas Martín, A., y Liñán Nogueras, D., *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, 6ª ed. 2009.

12.2 Referencias de internet

14. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid "Las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento civil", Observatorio de la Justicia y de los abogados, área procesal civil, 2013 (disponible en <https://observatorio.icam.es/docs/Medidas%20Cautelares%20en%20la%20L-EC-DOC%20de%20INTERES.pdf>; última consulta 06/06/2017)
15. VELA MOURIZ, A., "Las 10 claves de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica", Wolters Kluwer (disponible en <http://pdfs.wke.es/4/8/8/0/pd0000104880.pdf>; última consulta 07/06/2017)
16. PAVÍA CARDELL, J., "Medidas cautelares y recuperación de activos", Portal de la Fiscalía General del Estado (disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Pav%C3%ADa%20Cardell.pdf?idFile=de0f5e7c-f141-4b6c-a99c-a8f9de2ffae3; última consulta 09/06/2017)
17. GALDEANO SANTAMARÍA, Ana, "Medidas Cautelares en Violencia de Género", Fiscal decana de Violencia de género de Madrid (Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia

%20Ana%20Galdeano%20Santamar%C3%ADa.pdf?idFile=d4eed386-5c7b-43d8-a211-2565e61e6e00; última consulta 10/06/2017)

18. COLMENAR LAUNES, Ángel., "Diferencias entre medidas de protección y medidas cautelares de los artículos 75 y 243 del reglamento penitenciario español", Revista de Derecho UNED, Núm. 12, 2013 (Disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/11693/11140>; última consulta 01/06/2017)