



COMILLAS

UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**MEDIDAS CAUTELARES Y SU
INCIDENCIA EN LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

Autor: Carlos Martínez Zato

5º E-3 B

Área de Derecho Procesal

Tutora: Elisabet Cueto Santa Eugenia

Madrid

Abril de 2024

RESUMEN

Este trabajo de investigación pretende abordar la figura de las medidas cautelares y las dificultades con las que se encuentra el legislador español a la hora de conciliarlas con el imperativo constitucional de protección de los derechos fundamentales, ubicados en el Capítulo II del Título I de nuestra Carta Magna. Se examinan las medidas cautelares personales, particularmente la prisión provisional, detención preventiva y la libertad provisional, junto a una serie de cuestiones acerca de su delicado encaje legal. Se trata esta misma problemática en relación con las medidas cautelares en supuestos de violencia doméstica y las medidas cautelares reales, incluyendo las medidas cautelares sobre personas jurídicas. Se introduce la situación jurídica tanto de la figura de las medidas de investigación como de las medidas de aseguramiento, por sus peculiares características y su conexión con el objeto del trabajo de investigación, al ser también restrictivas de derechos fundamentales. Finalmente, se ofrece una serie de conclusiones acerca de la conveniencia o inconveniencia de la recogida de la figura de las medidas cautelares en nuestro marco legal.

ABSTRACT

This Final Degree Project aims to address the figure of precautionary measures and the difficulties that the Spanish legislator encounters when reconciling them with the constitutional imperative of protection of fundamental rights, located in Chapter II of Title I of the Spanish Constitution. Personal precautionary measures are examined, particularly provisional prison, preventive detention and provisional release, as well as a series of questions about their delicate legal fit. This same problem is discussed in relation to precautionary measures in cases of domestic violence and real precautionary measures, including precautionary measures on legal entities. The legal situation of both the figure of investigation measures and assurance measures is introduced, due to their peculiar characteristics and their connection with the object of the investigation work, since they are also restrictive of fundamental rights. Finally, a series of conclusions are offered on the convenience or inconvenience of the legal consideration of the figure of the precautionary measures in the Spanish legal framework.

PALABRAS CLAVE

medidas cautelares, derechos fundamentales, proceso legal, colisión

KEYWORDS

precautionary measures, fundamental rights, legal process, collision

ÍNDICE

0. Introducción	6
0.1. Listado de abreviaturas	6
0.2. Objeto y antecedentes de la investigación	6
0.3. Objetivos	6
0.4. Metodología y plan de trabajo	7
1. Las medidas cautelares	9
1.1. Introducción al concepto	9
1.2. Clases: medidas cautelares ordinarias, cautelarísimas y pre-cautelares	10
1.3. Principios y presupuestos que las sustentan	11
1.4. Otros aspectos de interés	12
1.5. Comparación con otros sistemas jurídicos	13
2. Los derechos fundamentales y su protección primordial	14
2.1. Articulación legal	14
3. Tipos de medidas cautelares y su colisión con los derechos fundamentales	19
3.1. Medidas cautelares personales	19
3.1.1. Prisión provisional	19
3.1.1.1. La prisión provisional como contención	20
3.1.1.2. Situaciones de conflicto	24
3.1.2. Detención preventiva	27

3.1.2.1. La detención como principio y fin del proceso-----	27
3.1.2.2. Situaciones de conflicto-----	29
3.1.3. Libertad provisional-----	31
3.1.3.1. La libertad provisional como control-----	31
3.1.3.2. Situaciones de conflicto-----	33
3.2. Medidas cautelares en supuestos de violencia doméstica-----	34
3.3. Medidas cautelares reales-----	36
3.3.1. Presupuestos, ejemplos y situaciones de conflicto-----	36
3.3.2. Medidas cautelares contra personas jurídicas-----	39
4. Otras medidas restrictivas de derechos fundamentales: Las medidas de investigación-----	40
5. Breve mención a las medidas de aseguramiento-----	43
6. Conclusiones-----	45
7. Bibliografía-----	47
7.1. Fuentes doctrinales-----	47
7.2. Otros materiales empleados-----	48
7.2.1. Fuentes legales-----	48
7.2.2. Jurisprudencia-----	48

0. Introducción

0.1. Listado de abreviaturas

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CP: Código Penal

DDFF: derechos fundamentales

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LECrím: Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LRPM: Ley de Responsabilidad Penal de los Menores

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

0.2. Objeto y antecedentes

El objeto de este trabajo de investigación es el estudio de la colisión que se produce con los derechos fundamentales mediante la imposición de medidas cautelares.

La introducción de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico español a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha suscitado polémica en torno a su constitucionalidad y legitimidad, pues no hay unanimidad doctrinal en torno a esta controversia. Su difícil conjugación con los derechos fundamentales hace de éste un tema delicado que será abordado a lo largo de las páginas siguientes.

0.3. Objetivos

Este trabajo de investigación tiene como principal objetivo el análisis de la figura de las medidas cautelares y la problemática que plantean en su conjugación con los derechos fundamentales.

Para comenzar, se realizará una introducción al concepto de medida cautelar y se expondrán sus principales características. Se estudiarán sus clases y los principales principios y presupuestos a seguir para su correcta imposición. Se hará una breve comparación del sistema español, seguidor del *Civil Law*, con el sistema anglosajón del *Common Law* para cotejar los aspectos más distinguidos de ambas concepciones jurídicas en relación con las medidas cautelares.

A continuación, se abordará el concepto de derechos fundamentales. Se estudiará su origen, características y su encuadramiento tan privilegiado en el ordenamiento jurídico español.

El trabajo de investigación continuará con la exposición de los principales tipos de medidas cautelares que pueden colisionar con los derechos fundamentales. Se hará hincapié en las medidas cautelares personales, debido a que son las más nutritivas para el tema objeto de este trabajo de investigación, por ser estas las que más pueden afectar a la indemnidad de los derechos fundamentales del detenido; y se planteará una serie de situaciones de conflicto con los derechos fundamentales afectados. En concreto, se tratarán las figuras de la prisión provisional, la detención preventiva y la libertad provisional y los problemas que surgen de su contemplación legal. También se abordarán las dificultades emanantes de las medidas cautelares en supuestos de violencia doméstica y de las medidas cautelares reales, con mención a las impuestas sobre personas jurídicas.

Una vez se han tratado las medidas cautelares, se introducirá el problema de las medidas de investigación y el debate doctrinal acerca de su consideración o no como un subconjunto de las primeras y se explicará tanto su encaje en el proceso como las intromisiones que pueden causar en los derechos fundamentales del sospechoso. Se hará también alusión a las medidas de aseguramiento y su nota de cautelares.

Para cerrar este trabajo de investigación se ofrecerá una serie de conclusiones que discernan acerca de la pertinente o excesivamente invasiva articulación del mecanismo de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico español.

0.4. Metodología y plan de trabajo

Para la elaboración de este trabajo se utilizarán distintos tipos de materiales. En primer lugar, para los apartados más teóricos se ha extraído información principalmente

de legislación y de fuentes académicas. Se realizará un estudio de libros de derecho, tanto de derecho procesal, como de derecho constitucional o de derecho penal; artículos de revistas académicas, etc. También se hará uso de otros materiales, como pueden ser fuentes legales o jurisprudencia extraída de sentencias dictadas por diferentes órganos jurisdiccionales. En cuanto a los apartados con un tinte de mayor inmersión en la problemática del trabajo, se tratará de realizar una reflexión práctica sobre el grado de compatibilidad de las medidas cautelares con los derechos fundamentales y el encaje que con su configuración actual tienen en nuestro sistema de Derecho.

1. Las medidas cautelares

1.1. Introducción al concepto

Se entiende por medidas cautelares aquellas actuaciones que acuerda el juez durante la tramitación del proceso y que van dirigidas a asegurar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria que pudiera llegar a dictarse. Estas actuaciones se fundan en que los procesos no son instantáneos, sino que tienen una serie de fases de duración determinada, por lo que se prolongan en el tiempo. Por ello, el fundamento de las medidas cautelares es el riesgo de que la duración del mismo sea utilizada por el demandado para dificultar o imposibilitar la posterior ejecución de dicha posible sentencia condenatoria. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

Su regulación se encuentra dispersa en varios cuerpos legales. Esto se debe a su naturaleza, pues las medidas cautelares son inherentes a todo tipo de procesos. Entre estos cuerpos legales destacamos la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím), el Código Penal (CP) y la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores (LRPM).

En cuanto al primero de ellos, la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedica el Título VI del Libro II al análisis de esta figura. Su Capítulo I establece una serie de disposiciones generales que serán estudiadas en los siguientes epígrafes de este trabajo de investigación. De los siguientes Capítulos también se tratará su contenido más adelante. La Ley de Enjuiciamiento Civil, o “LEC”, contiene el esqueleto y la esencia de las medidas cautelares.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, o “LECrím”, por su parte, no dedica un apartado completo al estudio general de la figura, como sí hace la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que en esencia desglosa el funcionamiento de las medidas cautelares que puedan ser dictadas en el proceso penal. Algunas de ellas serán analizadas en párrafos ulteriores.

El tercero de los cuerpos legales que regulan en mayor o menor medida las medidas cautelares es el Código Penal. De esta trilogía, sin duda nos encontramos ante la disposición que con menos intensidad tramita el asunto, si bien este Código es digno de mención, ya que contiene, entre otros, preceptos interesantes sobre la imposición de medidas cautelares a las personas jurídicas, tema que también abordaremos *a posteriori*.

Esto se debe a que el Código Penal es una norma de fondo, no una norma procesal como lo son la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y las medidas cautelares son medidas procesales.

Por último, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores establece una serie de procedimientos especiales para la adopción de determinadas medidas cautelares para menores de edad. Los procedimientos no son especiales solamente por sus diferencias durante su tramitación, sino también por su relación con el sospechoso una vez decretadas.

1.2. Clases: medidas cautelares ordinarias, cautelarísimas y pre-cautelares

Además de las medidas cautelares propiamente dichas -u ordinarias-, existen otras dos clases adicionales. Su ámbito de aplicación es principalmente el derecho administrativo, pero pueden ser usadas también en otros ámbitos como el civil.

La primera clase de medidas cautelares que podríamos denominar atípicas la constituyen las medidas cautelarísimas. Su presupuesto de hecho es la existencia de circunstancias de extraordinaria urgencia. Su particularidad es que, en este caso, el juez o tribunal no necesitará dar audiencia a la parte contraria, y dispondrá de dos días para adoptar o denegar la medida, oyendo a la contraparte y decidiendo sobre su conservación o levantamiento *a posteriori*. Por otro lado, también puede no apreciar las circunstancias de especial urgencia y redirigir la tramitación hacia el cauce ordinario. En asuntos sobre vía de hecho o inactividad de la Administración, se invertirá la regla general. Esto significa que la medida cautelar solicitada se adoptará salvo que haya evidencia de que no se trata de una situación de especial urgencia o que se perturbe gravemente el interés general o de terceros.

La segunda clase de medidas cautelares atípicas la conforman las medidas pre-cautelares. Se dan en supuestos de vía de hecho o inactividad de la Administración. Han de ser solicitudes con anterioridad a la interposición del recurso. El solicitante pedirá su ratificación con la interposición, que debe hacerse en los diez días posteriores a la notificación de la adopción de medidas cautelares. Si en este plazo no se interpone el recurso, las medidas adoptadas serán alzadas, debiendo el interesado indemnizar por los

daños y perjuicios que la medida cautelar haya ocasionado. (Burzaco, Arévalo, Alonso, 2017)

Como vemos, estos dos tipos adicionales de medidas cautelares son más restrictivas aún que las medidas cautelares ordinarias. Si bien con las medidas cautelares ordinarias se está llevando a cabo una serie de acciones contra el investigado que todavía no ha sido declarado culpable bajo una sentencia condenatoria -ni por tanto se le ha dado audiencia en el proceso-, en las medidas cautelarísimas no se le ha dado audiencia con anterioridad ni para el propio establecimiento de las medidas en su contra. Las medidas pre-cautelares van un paso más allá y son requeridas e impuestas incluso antes de haber presentado el recurso que solicita las medidas cautelares. Por lo tanto, en este último caso ni se le ha dado al sospechoso audiencia en el proceso principal, ni se le ha dado audiencia previa en el proceso para el establecimiento de las medidas, ni se ha presentado con anterioridad a la imposición de las medidas un recurso suplicando dichas medidas. Observamos la relación que tienen estas medidas con el tema objeto de este trabajo de investigación, que analiza el impacto de las medidas cautelares ordinarias en los derechos fundamentales. En el caso de las medidas cautelarísimas y pre-cautelares la colisión será mayor. No obstante, a lo largo de este párrafo nos centraremos en las medidas cautelares ordinarias, ya que los otros dos tipos no son muy frecuentes en el orden penal, y este trabajo orbita en gran medida alrededor de este orden jurisdiccional.

1.3. Principios y presupuestos que las sustentan

Las medidas cautelares gozan de instrumentalidad. Es decir, no son un fin en sí mismas. No sirven para castigar anticipadamente al demandado posiblemente condenado, sino para prevenir el riesgo inherente a la duración de los procesos que puede dificultar la ulterior ejecución de la futurible sentencia condenatoria.

Son provisionales, no permanentes. Su vigencia temporal está acotada hasta el momento en el que, o bien recaiga sentencia condenatoria, caso en el cual se sustituyen las medidas cautelares por la pena impuesta; o bien recaiga sentencia absolutoria, caso en el cual se levantarán con la posible indemnización por daños y perjuicios que procediera al demandado absuelto. De su provisionalidad se desprende su variabilidad, ya que las medidas cautelares pueden ser modificadas durante el proceso.

Estas medidas deben ser proporcionales. Para verificar que lo son, hay que atender al criterio de proporcionalidad. Este criterio comprende tres subprincipios. En primer lugar, para que una medida cautelar pueda ser proporcional debe ser idónea, es decir, debe servir para conseguir el fin propuesto. Deben ser eficaces a la hora de cumplir el objetivo de que se pueda asegurar la correcta ejecución de la posible sentencia condenatoria. En segundo lugar, debe ser necesaria. Una medida cautelar es necesaria si no existe otra medida no restrictiva o menos restrictiva de derechos fundamentales para alcanzar el fin propuesto. Por último, la medida debe ser proporcional en sentido estricto. Para averiguar si lo es, el juez ha de realizar una valoración previa sobre la necesidad de imponer las medidas cautelares que desee valorando el fin que se persiga con ellas. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

Tras haber fijado los principios sobre los que se fundamenta el concepto de medidas cautelares, es necesario establecer un marco en el que poder ejercitarse, los presupuestos. Los principios tienen un tinte algo más formal, instrumental; mientras que los presupuestos son más materiales y tratan situaciones más propias del Derecho.

La imposición de medidas cautelares debe sustentarse en tres presupuestos. El primero es conocido como el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Se refiere a la probabilidad de que la demanda del solicitante tenga un fundamento jurídico válido, esto es, el demandante debe demostrar que su reclamación concreta tiene probabilidades de ser válida. El segundo presupuesto es que exista peligro por la mora procesal o *periculum in mora*. La ratio de este presupuesto puede ser diversa. Puede consistir en la necesidad de minimizar el riesgo de huida del sospechoso o de evitar represalias, entre otros móviles. Debe existir un riesgo que exija una actuación celer e inmediata para garantizar la indemnidad del proceso. Por último, debe prestarse una caución o cantidad. El solicitante debe ofrecer una caución que asegure los posibles daños que pueda ocasionar la estimación de su pretensión. Este último presupuesto en cierto modo tiene una finalidad disuasoria, pues se reduce la probabilidad de que se soliciten medidas cautelares de manera arbitraria o totalmente despreocupada. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

1.4. Otros aspectos de interés

En relación con la competencia para su dictado, corresponde al juez o al tribunal que se encuentre conociendo el asunto principal. Éste debe oír a la parte contraria antes de aprobarlas (a excepción de las medidas cautelarísimas).

Las medidas cautelares propiamente dichas se presentan junto con la demanda a instancia del solicitante, normalmente mediante otrosí. Lo más común es que las medidas cautelares en general sean presentadas junto con la demanda, pero también pueden serlo antes o después de la misma. Como ya hemos visto, esto depende de la clase de medida cautelar, siendo el incidente presentado antes de la interposición de la demanda en las medidas cautelarísimas y en las pre-cautelares. Por otro lado, el incidente de medidas cautelares suele tramitarse por separado.

Existen muchos tipos de medidas cautelares de muy diversa índole. No conforman un listado cerrado o, lo que es lo mismo, no son *numerus clausus*, sino *numerus apertus*. Variarán según el orden jurisdiccional en el que nos encontremos. En este trabajo nos enfocaremos principalmente en las medidas cautelares del orden penal, pues, son las que tienen mayor conflicto con los derechos fundamentales. (Banaclóche & Zarzalejos, 2018)

1.5. Comparación con otros sistemas jurídicos

Hasta ahora hemos investigado acerca del encaje legal de las medidas cautelares y de cómo se articulan los mecanismos para su imposición. Para comprender muchas de las características de estos mecanismos, se ha estudiado el lugar que le otorga el sistema legal español a los derechos fundamentales. No obstante, esta concepción de las medidas cautelares y los derechos fundamentales difieren en otros sistemas legales. Este apartado se dedicará a investigar cómo se encuentran reguladas las medidas cautelares en otros ordenamientos jurídicos del mundo para comparar el punto de partida -los derechos fundamentales- y el sistema de medidas cautelares con el caso español en aras de seguir perfeccionando nuestro modelo. En esencia utilizaremos los sistemas de *Common Law*, presente en gran parte de los países de Inglaterra, Irlanda, Gales, Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, entre otros.

En los países que abogan por la utilización de este sistema jurídico, para la adopción de medidas cautelares será necesario que se cumplieren determinados

presupuestos similares al *fumus boni iuris* o al *periculum in mora*. Sin embargo, en este tipo de sistemas existe una mayor flexibilidad y discrecionalidad por parte de los jueces y tribunales para valorar cuándo realmente es necesaria su imposición.

Por otra parte, los países que se sirven de esta técnica legal disponen de otras herramientas para asegurar el cumplimiento de una resolución judicial. Entre ellas destaca el *contempt of court* o desacato al tribunal, que puede llegar a ser considerado como delito dependiendo de la magnitud del asunto. En el marco legal español también contamos con preceptos parecidos, recogidos en el Capítulo VII del Título XX del Código Penal, acerca de la obstrucción a la justicia y deslealtad profesional.

En relación con el procedimiento de implementación, apuntamos que las jurisdicciones participantes del *Common Law* suelen ser más laxas con las notificaciones a la parte contraria, pudiendo llegar a ser mínima o incluso no existir. En esto se asemeja a las medidas cautelarísimas estudiadas anteriormente previstas en el ordenamiento jurídico español, si bien en estas últimas siempre habrá notificación, aunque sea *a posteriori*. No obstante, para poder proceder a la adopción de medidas cautelares con notificación ulterior a la contraparte será imprescindible emplear la vía de la medida cautelarísima, no pudiendo valerse de la medida cautelar tradicional. Por el contrario, hasta donde tenemos conocimiento, esto no sucede así en los países anglosajones, que con una adecuada justificación podrán utilizar la figura estándar. Esto denota una mayor rigidez y preocupación por los formalismos que hay no solo en el marco regulatorio español, sino en el de las jurisdicciones adoptantes del *Civil Law* a lo largo del globo.

De todo esto se puede extraer que los ordenamientos jurídicos del *Common Law* tienden a ser más flexibles que los del *Civil Law* en cuanto a medidas cautelares se refiere.

2. Los derechos fundamentales y su protección primordial

2.1. Articulación legal

A lo largo de estos párrafos se han detallado las principales características de las medidas cautelares y su consideración en distintos sistemas jurídicos a lo largo del mundo. Por su condición de anteriores a la sentencia sobre el fondo del asunto principal, en ocasiones pueden conllevar perjuicios ilegítimos a los investigados. Es por esto por lo que están sujetas a estrictos presupuestos y principios para garantizar la mínima

intromisión en los derechos fundamentales (DDFF). En este apartado explicaremos por qué estos derechos, denominados fundamentales, son tan importantes y deben ser resguardados con absoluta prioridad.

Los derechos fundamentales constituyen la piedra angular del Estado de Derecho español. Tal es su importancia que están recogidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución Española (CE). Concretamente, se ubican en la Sección 1ª, y comprenden los artículos del 14 al 29. Respecto a los artículos de la Sección 2ª, estos no son considerados derechos fundamentales en sentido estricto, sino derechos solo sustancialmente fundamentales. Esta división entre los derechos comprendidos en ambas secciones puede obedecer a la menor importancia de los últimos en comparación con los primeros y a su compleja protección como derechos fundamentales. (Alcón, Álvarez, Astarloa, Correas, Macías, Méndez, de Montalvo, Ripollés, 2018)

Es necesario hacer dos breves, pero importantes precisiones. La primera es apuntar que el texto constitucional habla de derechos fundamentales y libertades públicas. En la práctica las segundas están contenidas en los primeros. Desde un prisma algo más purista, un derecho fundamental *strictu sensu* es un derecho que requiere una actitud activa por parte del Estado para garantizarlo. En consecuencia, tienen un carácter esencialmente positivo. Por otro lado, las libertades públicas son lo contrario. Son derechos que su adecuado disfrute precisa de la ausencia de interferencia por parte del Estado ni de otras entidades o particulares. No obstante, el Estado puede y de hecho debe intervenir para asegurar que el ciudadano no se vea restringido a la hora de ejercitarlos. Por ello, tienen un carácter negativo. Por lo tanto, para el ejercicio de los derechos fundamentales *strictu sensu*, el ciudadano necesita que el Estado intervenga para asegurarlos, mientras que en el caso de las libertades públicas el Estado debe intervenir, en su caso, para garantizar que no se le impida su disfrute. La segunda precisión que haremos es que, como decimos, en la práctica, con el término derechos fundamentales se suele hacer referencia tanto a los derechos fundamentales *strictu sensu* como a las libertades públicas. Lo propio haremos nosotros a lo largo de este trabajo de investigación por la propia naturaleza de este trabajo y por economía del lenguaje.

Habiendo hecho estas escuetas, pero cimentales precisiones, varias cuestiones afloran. Algunas son las siguientes: ¿Qué legitimidad tiene vulnerar uno o varios derechos fundamentales en un caso en el que todavía no existe una sentencia condenatoria? ¿No se estaría vulnerando el derecho, también fundamental, a la presunción de inocencia?

Para dilucidar sobre esta cuestión, es necesario abordar el concepto de derechos fundamentales.

La Constitución no ofrece una definición de qué se entiende por derechos fundamentales. Una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 25/1981, de 14 de julio; define estos derechos así en su fundamento jurídico quinto:

“Son derechos subjetivos, propios de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”.

De esta definición podemos sacar varias características. El primer inciso de la definición de esta sentencia afirma que son derechos subjetivos, es decir, que versan sobre la libre actuación de las personas en determinados ámbitos y orientados a su relación con determinados bienes o intereses. Estos derechos subjetivos son *“propios de los individuos no solo en cuanto a derechos de los ciudadanos en sentido estricto”*. Esto refleja el carácter inherente a la persona que le da a los derechos fundamentales nuestro ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no estamos hablando de lo que puede ser cualquier otra disposición ordinaria de algún cuerpo legal que confiera algún derecho u obligación a las personas *“en sentido estricto”*, sino que por su gran importancia se abstrae de su condición de derecho por su recogida en un texto legal, sino que debe gozar de esta condición de manera innata. Esto se concibe así desde un plano más teórico e idealista. En la práctica, los derechos fundamentales se hallan tipificados en los artículos 14 a 29 de la Constitución, como hemos dicho anteriormente. Más allá de que se pueda pensar que la finalidad del concepto de derechos fundamentales sea reconocerles una protección innata, sin que queden reconocidos expresamente en algún cuerpo legal, lo cierto es que deben respetar el principio de legalidad y estar tipificados en nuestro ordenamiento jurídico.

El más escéptico se preguntaría: ¿en qué se basa nuestro ordenamiento jurídico para otorgar a ciertos derechos la condición de fundamentales y a otros no? En relación

con esto, la STC 242/1994, de 20 de julio; en su fundamento jurídico cuarto, afirma que nuestra Constitución salvaguarda absolutamente aquellos derechos y sus contenidos

“que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... los que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”.

A raíz de este fragmento de esta sentencia encontramos, por fin, el verdadero pilar de los derechos fundamentales, su relación con la dignidad humana. A su vez, el mismo Tribunal nos ofrece una definición de este nuevo concepto en el fundamento jurídico tercero de la STC 53/1985, de 11 de abril:

“La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

Para cerrar esta introducción a los derechos fundamentales y estudiar el impacto y legitimidad de las medidas cautelares impuestas sobre ellos, debemos atender al artículo 10.1 de nuestra Carta Magna:

“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

La protección de los derechos fundamentales se manifiesta de muchas maneras. Algunas de las consecuencias más importantes de la calificación de un derecho como fundamental son que para su regulación se ha de recurrir al procedimiento de Ley Orgánica, para su modificación al procedimiento agravado de reforma de la Constitución y que goza del privilegio de ser objeto del mecanismo de protección tipificado en el artículo 53 del mismo cuerpo legal, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. (Alcón, Álvarez, Astarloa, Correas, Macías, Méndez, de Montalvo, Ripollés, 2018)

Queda claro que los derechos fundamentales han de ser protegidos a toda costa, en cuanto representan múltiples y diversas manifestaciones de la dignidad, pero si tan importante es su respeto, ¿por qué existen medidas -como algunas cautelares- que los restringen o vulneran? ¿Por qué varias medidas cautelares no solo menoscaban algunos derechos fundamentales, sino que además lo hacen sin contar con una sentencia firme?

En los supuestos en los que procede la imposición de medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales hay varios elementos en juego. En primer lugar,

está la legitimidad y obligación de los poderes públicos y las autoridades del Estado de perseguir los actos ilícitos penales (a excepción de los delitos privados, que se perseguirán si la víctima así lo decide) y de procurar su resolución justa. Para ello, se pueden servir del *ius puniendi* o derecho a penar. Esta legitimidad y obligación se enmarcan en varias disposiciones de nuestras leyes. De entre ellas, destaca el derecho fundamental a la libertad y a la seguridad recogido en el artículo 17 de la Constitución del que disfrutan los ciudadanos y que los poderes públicos deben salvaguardar. El *ius puniendi* debe ejercitarse siempre en consonancia con el principio de necesidad del proceso. Según este principio, el Estado debe actuar en el marco de un proceso que garantice la legalidad. En segundo lugar, existe para la víctima y el victimario el derecho a un juicio justo, a su protección y a una posible indemnización por daños y perjuicios. Estos derechos emanan del artículo 24 de la Constitución. En tercer lugar, existe un catálogo de derechos fundamentales recogidos también en la Constitución cuya posible restricción o menoscabo deberá hacerse en las situaciones, con los mecanismos y condiciones establecidas legalmente.

Es posible -y frecuente- que la conjugación de estos elementos suponga dificultades. Muchas veces habrá que potenciar uno de ellos en detrimento de otros y viceversa. La legitimidad de las medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales reside en el derecho y obligación de las autoridades públicas de buscar la justicia y el derecho de la víctima de un delito a no ver minorados o anulados sus derechos fundamentales sin justa causa. Por lo tanto, y ante la imposibilidad de la preservación de los derechos fundamentales de ambas partes en un supuesto concreto, uno de esos derechos, o ambos, deberán ceder.

Para la imposición de medidas cautelares habrá que establecer un balance utilizando el principio de proporcionalidad explicado anteriormente. La medida cautelar deberá ser idónea, es decir, debe cumplir su fin propuesto -dependiendo del caso, puede ser evitar la huida del acusado, proteger a la víctima o a sus familiares, etc.-. Debe ser necesaria, no habiendo otra medida menos restrictiva para obtener el fin propuesto -no debe imponerse una medida cautelar exacerbada que se ensañe con el acusado, pues recordemos que el acusado también tiene derechos fundamentales que en la medida de lo posible habrá que respetar-. Es importante no confundir este subprincipio incluido en el principio de proporcionalidad del principio de necesidad del proceso penal como principio independiente. Este último supone que el proceso es un cauce obligatorio para

aplicar el *ius puniendi* del Estado. El doctor en Derecho y profesor de la Universidad de Barcelona Markus González Beilfuss hace un interesante aporte para comprender este subprincipio: (González Beilfuss, 2015).

“El fundamento del Subprincipio de Necesidad radica en la idea de conseguir una mejor democracia: ¿Hace falta de verdad aprobar la medida X para proteger al sistema democrático de un daño? Si existen alternativas menos lesivas, entonces la medida X no es necesaria”.

Por último, la medida debe ser proporcional en sentido estricto, requiriendo el asunto una valoración y ponderación de todos los derechos e intereses en juego -partiendo de que el fin no justifica los medios-. Así lo expresa nuestro Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico quinto de la STC 66/1995, de 8 de mayo:

“Es necesario constatar si la medida restrictiva es “ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

Además de cumplir el criterio de proporcionalidad, las medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales deberán sustentarse en los presupuestos ya explicados de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y peligro por la mora procesal o *periculum in mora*. Por último, la ley ha previsto mecanismos y requisitos específicos para algunas medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales, por lo que habrá que regirse por lo establecido para cada una, y en defecto de regulación concreta, por todo lo expuesto para las medidas cautelares en general.

3. Algunos tipos de medidas cautelares y su colisión con los derechos fundamentales

Una vez nos hemos detenido en la explicación de la naturaleza y el origen de los derechos fundamentales, se explicarán los principales tipos de medidas cautelares y la medida en que pueden chocar con los derechos fundamentales. Se presentarán las soluciones existentes para disuadir estos conflictos.

3.1. Medidas cautelares personales

3.1.1. Prisión provisional

3.1.1.1. La prisión provisional como contención

La prisión provisional es la medida cautelar por antonomasia cuando se trata el tema de las medidas cautelares y su colisión con los derechos fundamentales, pues es la que causa un perjuicio mayor al sujeto al que se le impone. Es una medida cautelar personal del proceso penal que consiste en la privación temporal de la libertad. Es llevada a cabo en un centro penitenciario. Por supuesto, debe cumplir y cumple las características generales de las medidas cautelares mencionadas anteriormente. Solo podrá ser decretada por el juez instructor a petición del Ministerio Fiscal o de una parte acusadora. Esta figura está regulada en el Capítulo III del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En esta ley procesal se establecen tres presupuestos específicos necesarios para establecer esta medida:

En primer lugar, la pena prevista para el hecho o hechos por los que el imputado es investigado debe ser superior a dos años de prisión, aceptándose una inferior siempre y cuando el sujeto en cuestión tuviera antecedentes penales que no han sido cancelados ni sean cancelables por delitos dolosos.

A continuación, existe para su establecimiento un requisito similar a la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*. Deben existir indicios suficientes para considerar a la persona investigada responsable del hecho o hechos por el o los que se le está investigando.

Por último, del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se extrae que la prisión provisional debe tener alguno de los fines siguientes:

- Asegurar que el imputado se presente al juicio oral. Se dará cuando exista un real, inminente y racional riesgo de fuga.
- En caso de que haya una o varias concretas, proteger a la víctima o víctimas, evitando que el encausado actúe contra sus bienes jurídicos. Este artículo hace especial énfasis en la protección de las personas recogidas en el artículo 173.2 del Código Penal, para las situaciones de violencia doméstica. Más adelante hablaremos de las medidas cautelares aplicables a estas situaciones.

- Evitar la reiteración delictiva. Esta se manifiesta en dos vertientes diferentes. En primer lugar, la prisión provisional también se podrá acordar, como estatuye el mismo artículo 503 en su apartado 2, *“para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”*. En este sentido, para justificar el establecimiento de la medida cautelar en este caso, se deberá seguir la regla general penal de la necesidad de la pena igual o superior a dos años de prisión. En segundo lugar, se podría considerar como otra vertiente de reiteración delictiva la establecida en el punto anterior de este trabajo, es decir, para evitar que el encausado actúe contra los bienes jurídicos de la víctima. Se trata también de una previsión a futuro, normalmente a corto plazo. En este caso, de violencia de género, no será necesario a la hora de justificar la prisión provisional que exista una pena de prisión igual o superior a dos años de prisión, pues con la comisión de cualquier delito bastará. En ambos casos se busca proteger a la víctima, actual en el segundo de ellos y futura en el primero.
- Evitar la posible destrucción, alteración u ocultación de pruebas. A partir del apartado 1.3b) del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se puede añadir un último fin que puede tener la prisión provisional, que es el de prevenir la criminalidad organizada. Dicho párrafo del apartado, en relación con la valoración de la existencia del peligro de destrucción, alteración u ocultación de pruebas, dice así:

“para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del imputado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros imputados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo”.

Los plazos máximos de la prisión provisional dependerán del fin para el que se haya establecido esta medida. En primer lugar, si ha sido decretada con el fin de evitar el riesgo de fuga del encausado, para proteger a la víctima o para evitar la reiteración del delito, tendrá una duración máxima de un año si el delito conlleva una pena de prisión de hasta tres años, o dos años si la pena de prisión es superior a tres años. El órgano judicial competente podrá establecer una prórroga por un periodo de seis meses y de dos años, respectivamente. Si el imputado ha sido condenado y decide recurrir la sentencia, la duración de la prisión provisional se podrá prorrogar hasta la mitad de la condena. En segundo lugar, si la prisión provisional ha sido adoptada con la finalidad de proteger la

prueba, la duración máxima de dicha medida cautelar será de seis meses. (Banacluche & Zarzalejos, 2018)

El Capítulo IV del propio Título VI trata del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos. El primer artículo de este Capítulo, el 520, contiene una serie de reglas y derechos que deben imperar en cualquier situación de prisión provisional y de detención preventiva. Esta última se estudiará en apartados siguientes.

En virtud de este artículo, la detención preventiva y la prisión provisional deberán tratar de minimizar el perjuicio que el detenido o preso, respectivamente, pueda sufrir en su patrimonio, persona y reputación. Se alude a la protección de derechos fundamentales, concretamente a la del derecho a la intimidad y propia imagen y a la del derecho al honor. No obstante, el último inciso del apartado primero de este artículo parece establecer un límite al incluir en la balanza el derecho fundamental a la libertad de información que se desprende del artículo 20 de la Constitución. Se confiere al preso o detenido el derecho a ser reconocido por un médico forense.

Se debe informar de manera inmediata, en un lenguaje accesible y sencillo y en una lengua que comprenda, de los hechos que se le atribuyan y las razones que dan motivo a la privación de libertad a todo preso o detenido. Si se trata de un extranjero que no comprende el castellano o la lengua oficial del procedimiento en cuestión, o sufre una discapacidad auditiva o tiene cualquier otra dificultad del lenguaje, podrá ser asistido por un intérprete sin coste alguno. El preso o detenido tiene derecho a guardar silencio y a no declarar si esa es su voluntad, a no contestar algunas de las preguntas que se le hagan, y a solamente declarar ante el juez. En cuanto al contenido de la declaración, puede no declarar en su propia contra ni confesarse culpable.

Todo preso o detenido podrá solicitar asistencia jurídica gratuita. Podrá también designar un abogado y recibir su asistencia sin demora siempre y cuando no lo desaconsejen las circunstancias concretas del caso, como estipula el artículo 527. Debe poder acceder a elementos de las comunicaciones que sean esenciales para impugnar la situación de su privación de libertad.

En cuanto a su derecho a la comunicación, este es doble. En primer lugar, podrá comunicarse sin retraso con un familiar que escoja para poner en conocimiento de este su situación y el lugar donde se halle privado de libertad. Si el detenido o preso es extranjero,

esto se podrá comunicar a la oficina consular de su país de procedencia y tendrá derecho a ser visitado, mantener correspondencia y comunicarse con las autoridades consulares de dicho país. En segundo lugar, de manera telefónica podrá comunicarse con un tercero elegido por él o ella. Al detenido o preso, en los términos previstos en el reglamento de cárceles y siempre y cuando no afectare al éxito y secreto del sumario, se le permitirá ser visitado por un médico, ministro de su religión, familiares o cualquier persona con la que mantenga una relación de intereses. El contacto con su abogado defensor no le podrá ser impedido mientras esté en comunicación. En caso de detención de los menores de edad, tanto el hecho como el lugar de custodia serán comunicados a las personas que asuman la guarda de hecho, patria potestad o tutela de dicho menor. La persona que ejerza la guarda de hecho o la tutela de un detenido también será notificada si el detenido tuviere la capacidad modificada judicialmente. En supuestos donde el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuere extranjero, la notificación se realizará al cónsul de su país de procedencia.

Por último, el preso o detenido tiene derecho a que no se decrete en su contra ninguna medida extraordinaria de seguridad salvo que se deba a su rebelión, desobediencia, violencia o tentativa o preparativos de fuga.

Existe una serie de supuestos especiales en los que el preso o detenido deberá permanecer incomunicado. Estos supuestos están previstos en el artículo 509. Se dará pie a estos supuestos en dos ocasiones. La primera es cuando exista una urgente necesidad de evitar determinadas consecuencias que pueden poner en peligro la libertad, la integridad física o la vida de una persona. La segunda se da cuando urge una actuación inmediata por parte de los jueces de instrucción para que no se comprometa gravemente la indemnidad del proceso penal. La situación de incomunicación generada no podrá extenderse durante más tiempo que el estrictamente necesario para la erradicación de los estados que han dado lugar a esta. No podrá durar más de cinco días. En determinados delitos o en delitos cometidos organizadamente por dos o más personas, este plazo podrá prorrogarse por otro no superior al original de cinco días. Estos dos supuestos de incomunicación no les serán aplicables a los menores de edad.

Estos mismos supuestos también pueden conllevar la privación del derecho del preso o detenido a designar un abogado de su confianza y a entrevistarse de forma reservada con él o ella, a comunicarse con familiares o terceros, y a acceder tanto el preso o detenido como su abogado a las actuaciones, a excepción de los elementos esenciales

para poder impugnar la legalidad de la detención. Estas privaciones tendrán lugar cuando las circunstancias del caso lo aconsejen.

Decimos que la prisión provisional es impuesta con fines contentivos debido a que trata de evitar alguno de los cuatro supuestos mencionados anteriormente. Se teme racionalmente que, de no adoptársele esta, haya una gran probabilidad de que el hecho que se pretende evitar acabe pasando, por lo que la prisión provisional es utilizada para contener al investigado y prevenir su previsible actuación.

3.1.1.2. Situaciones de conflicto

El derecho fundamental que choca de manera más flagrante con esta figura es el derecho a la libertad, recogido en el artículo 17 de la Constitución. Como se ha dicho, es, por una parte, la medida cautelar más “clásica” y, por otro, la medida cautelar más invasiva sobre los derechos fundamentales en general y el derecho fundamental a la libertad en particular. Es por esto por lo que está sometida a una fuerte regulación para evitar cualquier exceso que convertiría esta medida en ilegítima. En cualquier caso, el artículo 294.1 de la LOPJ estatuye que, si un ciudadano ha sufrido prisión provisional, será absuelto cuando *“por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”*. Este apartado del artículo ha sufrido modificaciones que comentaré posteriormente. Lo importante de aquí es que la LOPJ se preocupa del ciudadano inocente que pueda ser condenado a prisión provisional. El apartado 2 trata de fijar unas bases para el cálculo de la indemnización, poniendo el foco en *“el tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”*. Esta aproximación resulta en la práctica poco exitosa, pues en Derecho las indemnizaciones por daños y perjuicios inmateriales suelen dar problemas en su cuantificación.

La jurisprudencia ha venido encuadrando el artículo 294 y los demás artículos pertenecientes al Título V del Libro III de la Ley Orgánica del Poder Judicial dentro de la categoría de responsabilidad patrimonial del Estado por errores judiciales. Sin embargo, una sentencia del Tribunal Constitucional, la STC 85/2019 deslinda este artículo 294 de los demás incluidos en dicho título y libro, al no considerar la indemnización por prisión provisional como un error judicial, sino como reparación del daño causado. La sentencia apunta que un caso de prisión provisional que posteriormente finalice con absolución

no se trata de un error, sino que ha sido una decisión tomada con las circunstancias e información conocidas en el momento del decreto de la medida. Es probable que cambien dichas circunstancias e información con el paso del tiempo. Es precisamente por esta urgencia por lo que se utiliza esta figura. Hay que evitar juzgar decisiones del pasado con las herramientas del presente.

Como hemos introducido en las líneas anteriores, el apartado 294.1 contiene una parte que ha sido declarada inconstitucional en virtud de la sentencia en cuestión, la STC 85/2019. Concretamente “*por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre*”. La nueva redacción del primer apartado del artículo queda tal que así: “*Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios*”. La declaración de inconstitucionalidad del inciso del 294.1 en la anterior redacción se debe a que vulneraba el derecho a la igualdad. Esto sucedía porque solamente estaba prevista la indemnización para presos que hubieran sido absueltos por inexistencia del hecho imputado o por auto de sobreseimiento libre dictado por esa misma causa, y no para los presos provisionales por otros motivos. Por esta razón, estos últimos no tenían derecho a la indemnización. Como decimos, esto atentaba contra la igualdad, pues no contemplaba el derecho a la indemnización para todos los presos absueltos. No obstante, no por el mero hecho de que no exista *per se* indemnización para todos los presos absueltos significa que se produce una transgresión del derecho a la igualdad, sino que ha de estudiarse, en palabras de la sentencia, si esta distinción tiene una “*justificación objetiva y razonable*” y “*resulta desproporcionada*”. Tras analizarlo, la propia sentencia así lo considera en el primer párrafo del segundo apartado -relativo a la constitucionalidad del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el art. 14 de la Constitución- del fallo:

“sin que el legislador haya ofrecido una justificación razonable de por qué a uno de los supuestos, el de la denominada «inexistencia objetiva» del hecho se reconoce el derecho al resarcimiento indemnizatorio, mientras que al supuesto de la «inexistencia subjetiva» no se le concede tal reconocimiento por no venir expresamente contemplado”.

En una obra anterior a la STC 85/2019, Jordi Ferrer Beltrán puntualiza que los casos de falsa condena abarcan tanto cuando un sujeto ha sido condenado a prisión provisional por un hecho que no se ha producido como cuando ha sido condenado por un

hecho que sí ha existido, pero no ha sido realizado por el perjudicado. Ferrer apunta que en el segundo de los casos hay un doble error, ya que no solo ha sido condenado un inocente, sino que además el verdadero culpable sobre el que debería recaer la pena está en libertad (Beltrán, 2018). Como podemos observar, la anterior redacción del artículo 294.1 de la LOPJ únicamente contemplaba la indemnización para el primero de los casos. La nueva redacción elimina esta distinción y abre la puerta a nuevas indemnizaciones por reparación, que no errores, del daño. Lo que se mantiene intacto son los apartados 2 y 3, por lo que el papel del perjudicado y de sus abogados a la hora de probar perjudicial será fundamental para moldear la cuantía que finalmente será recibida. Esta sentencia, dictada hace menos de cinco años, y que como hemos dicho supone la modificación de un apartado de un artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pone de manifiesto la intención activa de los tribunales de tratar de minimizar y proteger de los perjuicios que puede suponer la utilización de este instrumento.

Pese a toda la protección que se pretende frente a posibles abusos, en nuestro ordenamiento jurídico, -y normalmente en todos los que contemplen esta figura a lo largo de todo el globo- existe polémica sobre su previsión en nuestro sistema legal. Se suele plantear esta cuestión desde el punto de vista del perjuicio que supondría para un inocente ingresar en prisión provisional. Nadie duda de que el perjuicio existe, pero el perjuicio potencial que podrían llegar a suponer un hipotético riesgo de fuga; desprotección de la víctima; reiteración delictiva; o destrucción, alteración u ocultación de pruebas sin duda puede ser mayor. Un punto importante que destacar es que la prisión provisional tiene que obedecer a estos fines, tasados. No se trata de un castigo adelantado, que podríamos bautizar como “precastigo”. No consiste en anticipar la pena por el mero hecho de haberse cumplido los presupuestos de *fumus boni iuris* o *periculum in mora*. Bajo nuestro punto de vista, ante esta situación sí sería legítima toda crítica, pues supondría un claro menoscabo injusto del derecho fundamental a la libertad contemplado en el artículo 17 de nuestra Carta Magna. En este hipotético caso estaríamos hablando de un gran paso hacia la destrucción del Estado de Derecho maquillado como una suerte de agilización procesal.

Como hemos dicho, el debate se suele centrar en el perjuicio, para muchos injusto, que supone el encierro preventivo sin sentencia condenatoria. En nuestra opinión, esta controversia está enfocada erróneamente. En vez de calificar de distopía la situación generada tras la implementación de la figura de la prisión provisional en nuestro sistema

legal, debemos pensar en la utopía que sin duda sería vivir en una sociedad que no prevea este remedio. Algunos autores como Luigi Ferrajoli, en su libro “*Derecho y razón: teoría del garantismo penal*” se posicionan en contra de esta medida por considerarla innecesaria e ilegítima. Ferrajoli clasifica en dos grupos los presupuestos sobre los que se puede fundar la prisión provisional, los peligros procesales y el peligro penal. El primer grupo engloba el riesgo de fuga y la alteración de pruebas, mientras que el segundo grupo se refiere a la reiteración delictiva. Considera que la prisión provisional no cabe en nuestro ordenamiento jurídico, pues, como hemos dicho antes, no es necesaria ni legítima (Jiménez, 1997). A nuestro modo de ver, yerra al quedarse estancado tal vez en un marco teórico e idealizado sobre el funcionamiento de la administración y ejecución de la justicia, sobreestimando las posibilidades que pueden aportar las nuevas tecnologías al derecho, en general; y a los derechos procesal y penal, en particular. Sin embargo, no descartamos del todo, -aunque vemos ínfimas posibilidades- que las propuestas de Ferrajoli cobren sentido dentro de algunos años o décadas. Tal vez sirvan como un preludeo a una hipotética reforma futura de nuestros cuerpos legales, en particular de la LOPJ, que acompañe a la transición hacia una nueva era. De momento, concluimos que esta figura es necesaria y está bien implementada en nuestro Derecho.

3.1.2. Detención preventiva

3.1.2.1. La detención como principio y fin del proceso

La detención preventiva está regulada en el Capítulo II del Título VI de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nuestra legislación solo permite esta medida cautelar cuando los hechos por los que se acusa al sospechoso constituyan delito grave o menos grave, no siendo permitida para los delitos leves, con la excepción de que éste no tenga domicilio conocido.

Esta medida cautelar se concibe bajo una doble vertiente, en el sentido de que tiene naturaleza doble, pudiendo ser una potestad o una obligación. En cuanto a la detención como potestad, cualquier persona podrá detener a una persona en una serie de supuestos diferentes delimitados taxativamente en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. A su vez, estos supuestos se pueden agrupar en tres grupos. En primer lugar, cualquier persona podrá detener a quien se encuentre en ese preciso momento cometiendo un delito, llamado *in fraganti*, o en el momento en el que se

disponga a cometerlo. En segundo lugar, todo ciudadano podrá detener a quien esté fugado. Por último, se podrá detener al procesado que haya sido declarado en rebeldía. Por otro lado, el artículo 492 de la misma ley trata la detención como obligación. En primer lugar, este artículo impone a cualquier agente o autoridad la obligación de detener en los supuestos facultativos mencionados para cualquier ciudadano. También se debe detener a la persona que estuviere procesada por un delito cuya pena sea superior a la de prisión correccional o, si fuere inferior y las circunstancias presentes induzcan a pensar que no comparecerá cuando se le requiera, salvo que se preste fianza suficiente. Por último, en el caso que representa este último inciso, aunque el sujeto no esté procesado, la autoridad o agente deberá detener a éste cuando existan razones suficientes para considerar que ha existido un hecho delictivo y que la persona en cuestión ha tenido participación en él. Estas detenciones podrán ordenarse tanto por la policía, por el fiscal durante la investigación prejudicial que la fiscalía lleve a cabo o por el órgano judicial competente, que generalmente será el juez instructor. Excepcionalmente se podrá decretar la incomunicación del detenido.

El detenido tiene una serie de derechos. Estos se concentran en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y son comunes también a los disfrutados por los sujetos que se hallan en prisión provisional. Nos remitimos a su explicación en el apartado relativo a la prisión provisional.

En lo relativo a los plazos de la detención, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha establecido que dependerán de por medio de quién haya sido ordenada. Si la detención ha sido llevada a cabo por vía policial, existirá un primer plazo cuya duración máxima es de 72 horas, finalizado el cual la policía deberá elegir entre poner al sospechoso en libertad o a disposición judicial. En el segundo de estos casos, el juez de instrucción podrá decidir doblar este plazo, es decir, añadir otras 72 horas adicionales en las cuales o se pone en libertad al detenido o se convoca una audiencia, en la que tanto el Ministerio Fiscal como los querellantes podrán solicitar la imposición de medidas cautelares personales. Cabe destacar que la policía, respecto al primer caso, no debe necesariamente agotar ese primer plazo de 72 horas si las actuaciones y diligencias procedentes pueden realizarse en un periodo de tiempo menor, esto es, en el tiempo indispensable. En caso contrario, podría ser declarada una detención ilegal sobrevenida. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

Como se ha avanzado al principio de este trabajo, existen diferencias durante y después de la tramitación de algunos procesos relacionados con determinadas medidas cautelares. En el caso de la detención preventiva existen notorias diferencias entre el régimen general aplicable a personas mayores de edad y el régimen de los menores.

El artículo 17 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores estatuye que, mientras no existan circunstancias que desaconsejen lo contrario, toda declaración de un menor de edad deberá realizarse en compañía de quien ejerza su patria potestad, la tutela o su guarda de hecho o de derecho. En defecto de estas, estará presente el Ministerio Fiscal. Mientras dure la detención, deberán ser custodiados en dependencias distintas de las de los mayores de edad y recibir la asistencia precisa. El menor detenido por un funcionario de policía deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de 24 horas, siendo de aplicación, en su caso, el artículo 520 bis de la LECrim. En el caso de que sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, este resolverá en el plazo de 48 horas sobre su puesta en libertad, el desistimiento o la incoación del expediente.

A nuestro juicio, la detención preventiva constituye a su vez el principio y el fin del proceso. Es el principio en cuanto que es una fase preliminar necesaria para que éste llegue a buen puerto. Esto se ve más claramente en los supuestos en los que la detención es preceptiva para la autoridad o agente público, pues los casos de detención facultativa por parte de cualquier ciudadano son más una suerte de ayuda o agilización del proceso, más que una garantía. De no poder detener preventivamente a una persona que se halle procesada, surgirían innumerables complicaciones, pues difícilmente el procesado participará en el proceso y posiblemente se rebele y acabe causando perjuicios en alguna esfera de la sociedad. Por el contrario, también es el fin, en la medida en que, en caso de sentencia condenatoria, la finalidad del proceso es condenar al culpable a la pena correspondiente y, en su caso, privarle de libertad como medida correctiva y de protección del resto de ciudadanos. Para poder hacer todo esto es necesaria la figura de la detención preventiva.

3.1.2.2. Situaciones de conflicto

Directamente relacionado con el tema de este trabajo de investigación, y en búsqueda de la salvaguarda de los derechos fundamentales que pueden vulnerarse con la

detención preventiva, nuestra legislación ha previsto un procedimiento con este fin. Como vemos, tal es la importancia y urgencia de la protección de los derechos fundamentales, y, en particular, del derecho fundamental a la libertad reconocido en el artículo 17.4 de la Constitución Española, que hasta el mismo artículo de la Carta Magna de nuestra legislación ha previsto el procedimiento del *Habeas Corpus*. Este procedimiento se trata de una garantía reforzada del derecho a la libertad, cuyo fin es hacer posible el control judicial de la legalidad de las condiciones en las que se llevan a cabo las situaciones privativas de libertad no acordadas por el juez a través de la puesta a disposición judicial del sospechoso o de cualquier persona que considere que ha sido privada de libertad ilegalmente. Este procedimiento está desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

Del mismo modo que en el caso de la prisión provisional, el derecho fundamental con el que puede colisionar la detención preventiva es el derecho a la libertad, recogido en el artículo 17 de nuestra Carta Magna. Este artículo lleva a cabo un breve pero contundente acercamiento al dilema objeto de este trabajo. Tanto en el apartado 2 como en el 3 del mismo se hace una referencia expresa a la detención preventiva. En ambos se trata de asentar unas bases y un marco de actuación sin el cual no será posible el decreto de esta medida. En el primero de estos apartados se enuncia el plazo máximo de setenta y dos horas previamente mencionado, mientras que el apartado tercero enuncia el derecho del detenido a ser informado inmediatamente y de manera que le sea comprensible de los motivos por los que se le está deteniendo y de los derechos de los que disfruta a raíz de su detención.

A nuestro juicio, en los textos legales debería existir una definición de lo que en derecho se entiende por detención. No de la detención preventiva, sino de la detención en general. Consideramos esto importante para esclarecer qué abanico de acciones están respaldadas por el doble derecho y deber de detener. La Real Academia Española nos ofrece varias acepciones para este término. Las dos primeras: “*Impedir que algo o alguien sigan adelante*” y “*Interrumpir algo, como una acción o movimiento*” nos mencionan el fin, pero no se refieren a los medios que pueden ser utilizados para alcanzarlo. La tercera acepción nos remite al término prender: “*Dicho de una autoridad: Prender a alguien*”. La primera acepción de prender, a su vez, es “*asir, agarrar, sujetar algo*”. Aquí ya se menciona una forma de detener, que es mediante la sujeción del detenido. Delimitar las actuaciones protegidas por la detención es importante para evitar abusos. Estos abusos no

solo podrían ser realizados por agentes de la autoridad, que tendrán una formación específica para llevar a cabo detenciones; sino también por particulares en el ejercicio de su potestad de detención. Es posible que un ciudadano, con la voluntad de colaborar con la justicia, decida detener a una persona amparándose en uno de los tres supuestos que le habilitan para ello e involuntariamente se exceda en sus facultades por desconocimiento de qué puede hacer y qué no para realizar la detención de conformidad con la legalidad. Estas extralimitaciones son en la práctica muy frecuentes en países de Latinoamérica, en los cuales los ciudadanos toman acción contra los delincuentes alegando la inactividad o ineficiencia del Estado a la hora de ejercer el *ius puniendi*. Estas “detenciones” son conocidas como linchamientos populares y no pocas veces dicho remedio supone un ilícito más grave que el propio hecho por el que se pretende castigar al linchado. Desde este punto de vista, la falta de regulación juega en contra del investigado en el sentido de que la medida cautelar, pese a que pueda y *de facto* vulnerar derechos fundamentales, debe haber pasado un proceso que haga que le sea lo menos lesiva posible. Vemos que este es un caso claro en el que cuanta más regulación mayor protección del infractor.

Lo cierto es que el artículo 17 de la Constitución contiene las dos caras de la moneda. Por un lado, menciona tanto la detención preventiva como la prisión provisional desde un prisma protector. Por otra parte, no solo enuncia el derecho fundamental a la libertad sino también a la seguridad. La seguridad se concibe como el marco o soporte a partir del cual una persona podrá disfrutar de su derecho fundamental a la libertad. Se trata de un estadio o fase previa. El ejercicio de la potestad del *ius puniendi* por parte del poder público se realiza, entre otros motivos, para salvaguardar este derecho fundamental que tienen todos los individuos de la sociedad. De este modo, puede que se vulneren algunos derechos fundamentales del detenido preventivamente, pero, de no ser así, probablemente se estén vulnerando los derechos fundamentales de otras personas. Es necesario tener en cuenta la situación de los dos elementos de la balanza. Precisamente eso es lo que hace el artículo 17.

3.1.3. Libertad provisional

3.1.3.1. La libertad provisional como control

Siguiendo el orden establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procederemos al análisis de otra medida cautelar personal cuyo establecimiento puede

resultar litigioso en tanto puede chocar con algunos derechos fundamentales. Esta figura inaugura el Título VII, sobre la libertad provisional del procesado y está recogida entre los artículos 528 y 544.

Esta medida cautelar guarda una visible relación con la prisión provisional. En este sentido, la libertad provisional se puede concebir como residual respecto de la prisión provisional. Si se dan los requisitos y alguno de los supuestos necesarios para la imposición de la prisión provisional, esta será la medida cautelar aplicable. De no ser así, debido a que no hay riesgo de fuga, de reiteración delictiva o para la víctima, entraría en juego la libertad provisional. El decreto de libertad provisional puede, y suele conllevar otras consecuencias.

La primera y más clásica de ellas es la prestación de una fianza. Esta fianza obedece a dos motivos principales. El primero es asegurar que el investigado se presente en todas las actuaciones para las que se le requiera. El segundo es garantizar el abono de las cuantías procedentes en caso de una sentencia condenatoria de responsabilidad civil derivada de delito. El juez goza de gran discrecionalidad para establecer la fianza, pues puede decidir si la impone o no, y, en caso afirmativo, puede moldearla. Habrá de fijar la calidad y cantidad de la misma. Para ello atenderá a *“la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial”* (art. 531 LECrim).

La segunda de estas consecuencias realmente se podría tratar de una medida cautelar real. Si el delito ha sido cometido con motivo de la conducción de una persona autorizada para ello, esto es, con título habilitante; se le podrá privar provisionalmente de utilizarlo. Al margen de este caso se podrá intervenir también el vehículo en cuestión y no solamente el permiso de circulación cuando se requiera alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, como estatuye el artículo 764 de la misma ley.

La tercera es que tendrá obligación constituida *apud acta* de comparecer los días que se le requiera y tantas veces como lo solicite el juez o tribunal. Como “fianza” particular para asegurar estas comparecencias, se le podrá retener el pasaporte.

Contemplamos la libertad provisional como una medida de control. A diferencia de la prisión provisional, en la que se trata de contener al sospechoso, de evitar que realice

las cuatro conductas descritas en el apartado que trata el estudio de esta medida; la libertad provisional intenta controlar, desde un prisma más superficial, su actuación. Esto se debe a que no existe un riesgo de que se dificulte gravemente el desarrollo del proceso ni para la víctima. No se está conteniendo al sospechoso, sino que se pretende llevar un cierto control sobre él. En estos casos la fianza se trata de una obligación de tracto sucesivo. Está pensada para asegurar la comparecencia en todas las actuaciones en las que se le requiera, y no para asegurar que no huya, ya que de existir este riesgo debería imponerse la prisión provisional.

3.1.3.2. Situaciones de conflicto

En cuanto a la prestación de la fianza hay un detalle que, a nuestro juicio, resulta en cierto modo incongruente. Si uno de los motivos de la prestación de la fianza es asegurar que el investigado se presente en todas las actuaciones en las que el juez o tribunal considere necesario, podríamos afirmar que, realmente existe, en menor o mayor grado, riesgo de fuga. Por lo tanto, atendiendo a la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal, la medida cautelar a imponer debería ser la prisión provisional y no la libertad, si nos guiamos por los supuestos tasados para la primera. Esta incongruencia parece solventarse con el hecho de que ese no sea el único fin de la fianza, sino que también lo es el resarcimiento de los daños en concepto de responsabilidad civil derivada de delito en caso de una posible condena.

En lo relativo a la vulneración de derechos fundamentales, lo cierto es que la libertad provisional tiene una afectación similar que la prisión provisional en cuanto a derechos fundamentales afectados, pero con un efecto no tan beligerante. El derecho fundamental a la libertad recogido en el artículo 17 de la Constitución es el más afectado, en la medida en que en cierto modo el investigado debe subordinar su día a día a la posibilidad de que se le requiera y deba comparecer ante la justicia.

Otro punto controvertido, a nuestro modo de ver, es la retirada de pasaporte. Esta medida vulnera el derecho fundamental a la libre circulación recogido en el artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, esta medida es necesaria, ya que las comparecencias son periódicas, por lo que ya de primeras el investigado no podría pasar mucho tiempo fuera del territorio nacional, y el éxodo del investigado a algunos países determinados podría dañar gravemente el proceso. Respecto a esta medida cautelar, podemos hacer una

objección que guarda relación con la fianza. Como hemos dicho, el caso de la prestación de la fianza tiene carácter preventivo, en el sentido de que trata de disuadir al sujeto de no asistir a las comparecencias, pero tiene también el fin de resarcir daños provenientes de la responsabilidad civil derivada de delito. En el caso de la retirada del pasaporte, parece evidente que únicamente se trata de evitar que el acusado abandone el territorio nacional. De este modo, se está poniendo de manifiesto que no se ha abandonado el temor por la fuga. Estamos de acuerdo en que la asistencia a los reclamos del juez o el tribunal pueden ser incentivadas con la retirada del pasaporte y que dependiendo del caso podría no ser necesario el ingreso en prisión provisional para obtener este resultado. Sin embargo, en ese caso estaríamos decidiendo entre libertad provisional o prisión provisional en función de más factores además del riesgo de fuga. El artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal afirma que la prisión provisional solo podrá decretarse “*cuando objetivamente sea necesaria*”. La intención de ese precepto es acertada, pero creemos que se queda corto y el legislador debería tratar de ahondar más la diferencia de supuestos que dan lugar tanto a la prisión provisional como a la libertad provisional para que la línea entre estas dos medidas sea más amplia, ya que en la práctica la imposición de una u otra tiene consecuencias muy diferentes.

3.2. Medidas cautelares en supuestos de violencia doméstica

Para los casos en los que los hechos aparenten subsumibles en el tipo de un delito de violencia doméstica y se constate que existe un riesgo objetivo para la víctima, está prevista la figura de la orden de protección. Esta orden podrá contener medidas de carácter penal y civil. Entre las primeras encontramos la privación de libertad, una orden de alejamiento, la prohibición de comunicación con la víctima y de acercarse al lugar del delito o residencia de la víctima y la retirada de armas u otros objetos peligrosos. Entre las segundas, están las orientadas a regular la atribución del uso y disfrute de la vivienda; el régimen de custodia, visitas y comunicación con los hijos; la prestación de alimentos y las medidas para la protección de los hijos menores. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

Por lo tanto, dentro de la figura de la orden de protección, y en el ámbito de la violencia doméstica, la Ley de Enjuiciamiento Criminal recoge tres principales medidas cautelares: la prohibición de comunicarse con la víctima, su familia u otras personas; de acercarse a la víctima, su familia u otras personas; y de residencia o de acudir a ciertos

lugares. Estas medidas están contempladas como penas en el Código Penal y contempladas como medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el artículo 544 bis.

Cabe señalar que, en su caso, se ha de concretar los familiares que se van a ver resguardados por estas medidas cautelares. Dentro de la familia se puede comprender tanto la familia consanguínea como la política. También será indiferente si estamos ante un caso de matrimonio, unión de hecho o análoga relación de afectividad. Con el término otras personas se otorga discrecionalidad al juez para concretarlos.

Respecto a las dos primeras de estas medidas cautelares, todo parece indicar que la balanza entre la necesidad de la medida y el daño causado al investigado está en perfecto equilibrio. En el caso de la comunicación del sospechoso con la víctima o su familia parece totalmente necesario que se bloquee la posibilidad de que el primero pueda tener cualquier tipo de contacto, sea presencial o telemático, ya que puede intimidar, amenazar o coaccionarles. Todo lo que el investigado pueda tener que decirle a la víctima o a su familia lo podrá decir ante la justicia.

El segundo caso de la prohibición de aproximación a la víctima o a su familia, también cobra sentido, pues, en esencia hace referencia a la prohibición de aproximarse a lugares tales como los hogares de la víctima o de su familia, sus lugares de trabajo u otros sitios que sean frecuentados por ellos o donde se encuentren en cada momento. Nótese que la balanza ya no se encuentra en un equilibrio tan firme como el mencionado anteriormente, ya que la prohibición de acercarse a los lugares en los que la víctima se encuentre puede ser, por un lado, más difícil de ejecutar, y, por otro, más cuestionable. Más difícil de ejecutar porque no parece imposible que la víctima o sus familiares y el investigado coincidan accidentalmente en algún lugar fuera de los supuestos anteriores. Más cuestionable porque puede haber algún lugar que sea frecuentado tanto por la víctima o sus familiares como por el investigado. En este caso, este último será el que tenga la obligación de abandonar el lugar. Sin embargo, la balanza permanece en equilibrio debido a que, de no imponerse esta medida cautelar se podrían generar situaciones muy tensas que puedan causar disturbios. No parece que esta prohibición limite de una manera desproporcionada las posibilidades de actuación del investigado, por lo que, a nuestro juicio, es lícita.

Por último, de todas estas medidas cautelares, la que resulta más controvertida es la prohibición de residencia en ciertos lugares o de acudir a ellos. En cuanto a la prohibición de residencia en determinados lugares, reconocemos que choca frontalmente con el artículo 19 de la Constitución. Por otro lado, la prohibición de acudir a ciertos lugares parece en parte solaparse con el de prohibición de acudir a lugares frecuentados por la víctima, incluido en la prohibición de aproximarse a la víctima. Bien es cierto que la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede parecer excesiva, ya que el artículo 544 bis permite elevar la circunscripción territorial a la que no se debe acceder hasta una de tal calibre como es la Comunidad Autónoma, dependiendo del caso. No obstante, lo cierto es que la residencia en determinados lugares o el acceso a ellos puede suponer la raíz de los problemas que se tratan de solucionar con las otras dos medidas cautelares. Si el investigado vive cerca de la víctima o de su familia, será más probable que intente comunicarse o acercarse a alguno de ellos. Por otro lado, conviene recordar que esta medida cautelar, por ser impuesta como medida cautelar y no como pena, será provisional, por lo que el cambio de residencia no necesariamente tendrá que realizarse con vocación de permanencia. Deberá esperarse hasta que se condene o se absuelva al investigado. Podemos concluir que parece lícita, de igual forma que la prohibición de comunicarse y de acercarse a la víctima, ya que la balanza se encuentra equilibrada.

3.3. Medidas cautelares reales

3.3.1. Presupuestos, ejemplos y situaciones de conflicto

Al margen de la acción penal que se puede ejercitar, el damnificado puede ejercer también una acción civil encaminada a la restitución de la cosa sobre la que consta el litigio, la reparación del daño y el resarcimiento mediante una indemnización de los daños y perjuicios causados. Su objetivo es el resarcimiento de la responsabilidad civil procedente. Esta acción civil se podrá solicitar de manera conjunta con la penal.

Estas medidas cautelares reales serán impuestas sobre los bienes del encausado y se fijará el importe al que asciende la fianza que éste debe constituir. En su caso, además, procederá el embargo preventivo de bienes como medio para cubrir las mencionadas responsabilidades civiles si no se abona la fianza. (Banacloche & Zarzalejos, 2018)

Algunos ejemplos de medidas cautelares reales son la fianza, de la que hemos hablado anteriormente; la anotación preventiva; la pensión provisional; el embargo, etc.

Estas medidas atentan contra el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 33 de la Constitución. Recordamos que, pese a que este derecho se encuentre en el Capítulo II del Título I, se encuentra en la segunda sección y no en la primera, siendo esta última la que contiene los derechos fundamentales. En consecuencia, el derecho a la propiedad privada será solo sustancialmente fundamental, no un derecho fundamental en sentido estricto. Sea como fuere, en el propio artículo mediante sus apartados segundo y tercero se aclara que este derecho no es absoluto, sino que está subordinado a la función social. Esta formulación es enormemente amplia y remite la legislación en esta materia a otras leyes. No parece haber dudas de que el supuesto del establecimiento de una medida cautelar real como el embargo, si bien puede representar la máxima vulneración de este artículo, está protegido por el paraguas de la función social, en la medida en que el Estado necesita ejercer el *ius puniendi* para posibilitar que se pueda hacer justicia con el investigado en caso de que sea procedente, resarcir los daños a la víctima y proteger el interés de la sociedad en general.

Es necesario puntualizar que las medidas cautelares pueden vulnerar determinados derechos fundamentales no solo desde un prisma material -porque su contenido atente contra los derechos fundamentales, como hemos visto con artículos como el 14 y 17-, sino que también pueden hacerlo desde un plano formal, como veremos a continuación.

Además de las medidas cautelares reales mencionadas, podemos incluir en tal grupo las medidas cautelares “tributarias”. Con este término nos referimos a aquellas medidas cautelares que, en virtud del artículo 81 de la Ley General Tributaria, puede imponer la Administración Tributaria con el fin de “*asegurar el cobro de las deudas para cuya recaudación sea competente (...) cuando existan indicios racionales de que, en otro caso, dicho cobro se vería frustrado o gravemente dificultado*”.

Un posible problema que se plantea con este tipo de medidas cautelares no se manifiesta en su contenido material, sino en el formal. Víctor Moreno Catena, en su artículo “*La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal*”, cuestiona la constitucionalidad de este tipo de medidas cautelares, y lo hace por aspectos esencialmente formales. Apunta tres derechos fundamentales que están siendo vulnerados.

El primero de ellos es el derecho a la tutela judicial efectiva, recogido en el artículo 24.1. Catena apunta que está siendo vulnerado debido a que, siendo una parte parcial del proceso, en calidad de acusación particular y actor civil, se le otorga la facultad, no solo de investigación, sino también de imposición de medidas cautelares a la contraparte. Esta facultad ha sido arrebatada del juez instructor, que únicamente puede confirmar tal medida cautelar, aunque no deja de suponer que las garantías debidas han sido omitidas, ya que no se permite al investigado la imposición de recurso al respecto. Como consecuencia, también se ha lesionado el derecho fundamental a un proceso público con todas las garantías, contemplado en el artículo 24.2 del texto constitucional. Como hemos dicho, la Administración Tributaria no solo está habilitada para investigar a la parte contraria, sino también para imponerle medidas cautelares. Del artículo 81.9 de la Ley General Tributaria se desprende que para el establecimiento de esas medidas cautelares bastaría con la formalización de una denuncia o querrela. Esto ignora los presupuestos nucleares para su imposición como el *fumus boni iuris* o el *periculum in mora*, y sin haber procedido a realizar un análisis del caso concreto y de la necesidad del decreto de medidas cautelares. En palabras de Catena: “*El órgano de la Administración Tributaria opera con base en una conclusión apriorística sobre la culpabilidad del sujeto que ella misma ha denunciado*”. Por lo tanto, el tercero de los derechos fundamentales que vulnerarían las medidas cautelares tributarias es la presunción de inocencia, también reconocido en el artículo 24.2. de la Constitución (Catena, 2014).

A modo de conclusión, podemos evidenciar que las transgresiones de las medidas cautelares a los derechos fundamentales se pueden producir a la totalidad de los mismos y no solamente a aquellos de ellos que tienen un contenido que podríamos calificar de material -como el derecho a la vida o el derecho a la libertad-, sino también a aquellos de una índole más formal -derecho a la tutela judicial efectiva o a un proceso público con todas las garantías-. No obstante, existe una diferencia determinante. Las consecuencias de las vulneraciones de los segundos pueden ser remediadas con mayor facilidad que los primeros. Una compensación económica, de mayor o menor cuantía, puede ser suficiente para reparar íntegramente los efectos negativos de estas medidas. Un caso diferente es el de las primeras. Las restricciones de algunos derechos fundamentales como la libertad son por su propia naturaleza no resarcibles. Para tratar de ofrecer una compensación, se suelen brindar cantidades económicas. Esto tampoco se encuentra exento de dificultad, pues es difícil cuantificar en términos económicos el valor del tiempo perdido en prisión

o detenido. Por lo tanto, el caso anterior del órgano de la Administración Tributaria no es equiparable a todos los efectos a otros relativos a medidas cautelares personales.

3.3.2. Medidas cautelares contra personas jurídicas

Las medidas cautelares podrán recaer no solo sobre cosas o personas físicas, como hemos visto, sino también sobre personas jurídicas. El artículo 544 *quáter* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se detiene en el estudio de las medidas cautelares contra personas jurídicas, sino que remite su tipificación expresa al Código Penal. Éste, en su artículo 129.3 las especifica. También se encuentran en el artículo 33.7. Son la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de sus actividades y su intervención judicial. (Banacluche & Zarzalejos, 2018)

La justificación o la ratio de estas tres medidas cautelares se ve en el artículo 66 bis, que estatuye que para decidir sobre la imposición o la extensión de esta pena habrá que valorar:

- a) *“Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.*
- b) *Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.*
- c) *El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”.*

Observamos cómo la primera de ellas se trata de la reiteración delictiva, también presente en la medida cautelar personal de la prisión provisional. La segunda se podría comparar con la protección de la víctima, también contemplada en la prisión provisional, en el sentido de que, de no imponerse alguna o todas estas medidas cautelares, los principales perjudicados podrían ser los trabajadores. También pueden salir perjudicados otros terceros que tengan algún tipo de relación con la persona jurídica, o incluso la sociedad en su conjunto, dependiendo del tamaño que tenga la persona jurídica y de la magnitud de la infracción. En tercer lugar, habrá que atender al puesto que ocupa la persona física u órgano infractor. Será también importante a la hora de imponer o graduar la medida cautelar analizar cuál es el rol que desempeña.

Por último, del mismo modo que a las personas físicas, a las personas jurídicas podrán imponerse también medidas cautelares reales. En estos casos, éstas últimas se regirán también por las mismas reglas que las primeras.

Hasta ahora hemos visto varias situaciones de conflicto en las que determinadas medidas cautelares pueden vulnerar algunos derechos fundamentales. Nos hemos centrado exclusivamente en los derechos fundamentales y no en otros que pueden haber sido conferidos a las personas en virtud de otros cuerpos legales debido al carácter cimental de los primeros en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a las personas jurídicas, es evidente que no solamente tienen obligaciones, sino que también son titulares de derechos. Esto se desprende de varios preceptos legales, entre ellos el artículo 38 del Código Civil (CC), que dice así: “*Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución*”. Ahora bien, su relación con los derechos fundamentales es distinta. La Constitución no se pronuncia expresamente acerca de si concibe una respuesta negativa para solucionar esta disyuntiva. Como hemos mencionado con el análisis de los derechos fundamentales y el porqué de su protección primordial, la idea de derecho fundamental surge a partir de un núcleo o denominador común de todos y cada uno de ellos, que es la dignidad humana. Su reconocimiento o denegación a las personas jurídicas ha suscitado una gran controversia doctrinal al respecto que no será tratada en este trabajo de investigación por desviarse en exceso del tema principal.

4. Otras medidas restrictivas de derechos fundamentales: Las medidas de investigación

El Título VIII del Libro II trata algunas medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución. La naturaleza de estas medidas no ha estado exenta de debate, ya que no son denominadas expresamente medidas cautelares. Una parte minoritaria de la jurisprudencia sostiene que estas medidas en efecto forman parte de las medidas cautelares, por ser medidas restrictivas de derechos fundamentales dictadas antes de recaer sentencia.

La mayoría de la doctrina entiende que son medidas independientes de las medidas cautelares. Algunas de las posibles explicaciones de la distinción en la denominación son que estas medidas de investigación *a priori* pueden tener un carácter más liviano en

comparación con las medidas cautelares, o que las medidas no versan sobre los propios detenidos, sino sobre sus pertenencias. La mayoría de la doctrina desestima estos motivos y entiende que son distintas de las medidas cautelares porque se tratan de diligencias llevadas a cabo en el transcurso de la investigación. Esta opinión es compartida por nosotros, ya que estas medidas no tienen la finalidad preventiva que tienen las medidas cautelares, sino una finalidad investigadora. Su intención no es la de proteger las conclusiones obtenidas de la instrucción, sino realizar la propia instrucción.

Estas medidas de investigación, al haber sido descartadas de ser consideradas medidas cautelares, no están sujetas a la misma estricta regulación. Desaparece la necesidad de que se den los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora* y se mantiene el principio de proporcionalidad, representado, como ya hemos visto, por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Para poder decretarse medidas de investigación restrictivas de derechos fundamentales durante la instrucción del proceso, estas deben estar tipificadas legalmente. Deben cumplir con el principio de legalidad. Es por esto por lo que el legislador ha dedicado una serie de Capítulos ubicados en el Título VIII para tipificarlas y establecer el ámbito de cobertura de cada una.

A continuación, se expondrán algunas de las medidas de investigación por su conexión con las medidas cautelares y por contar también con el carácter de restrictivas de derechos fundamentales. Debido a que hemos optado por no considerar medidas cautelares estas medidas de investigación, no se realizará un extenso análisis de su regulación, sino que se enunciarán, profundizando algo más únicamente en la entrada y registro de lugares cerrados.

Antes que nada, llama la atención que se haga referencia en el propio título a los derechos fundamentales del artículo 18; que son el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En varias de las anteriores medidas cautelares no se mencionan los derechos fundamentales restringidos ni siquiera en el propio cuerpo de los artículos. Esto resulta ciertamente paradójico, ya que en las medidas cautelares las intromisiones a los derechos fundamentales son mucho más exacerbadas que en las medidas de investigación, llegando incluso a suspender completamente algunos de estos derechos.

Como acabamos de avanzar, el Capítulo primero aborda la entrada y registro de lugares cerrados. Se trata de una de las medidas de investigación más importantes, pues es la más restrictiva de derechos fundamentales dentro de esta categoría de diligencias previas. Tal es su importancia que hay una mención constitucional al respecto. La Constitución, en el artículo 18 -recordemos que está incluido en el conjunto de artículos pertenecientes a los derechos fundamentales- establece tres supuestos en los que podrá proceder la entrada a domicilios, los que considera inviolables. El primero es contando con el consentimiento del titular. El segundo es en supuestos de flagrantes delitos. Por último, el tercero es bajo el amparo de una resolución judicial. De producirse la entrada fuera de alguno de estos supuestos, tendrán lugar consecuencias graves para los infractores y se le concederán una serie de “privilegios” al sospechoso.

A este respecto, con independencia de si nos encontramos en un caso de entrada y registro ilegales, la consecuencia más sonada es la que deriva de doctrina del “fruto del árbol envenenado”, que estatuye que las pruebas obtenidas de cualquier manera ilícita no serán tenidas en consideración. No solamente se abarcan las pruebas obtenidas como consecuencia directa del hecho ilícito, sino también las que se hayan podido conseguir a través de nexos causales indirectos.

Las demás medidas de investigación previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal están recogidas a lo largo del Título VIII. El Capítulo II estudia el registro de libros y papeles. El Capítulo III está dedicado a la detención y apertura de la correspondencia escrita y telemática. Los Capítulos V y VI se centran en las medidas de investigación consistentes en la interceptación de comunicaciones telefónicas y telemáticas y a la captación y grabación de comunicaciones orales mediante dispositivos electrónicos, respectivamente. El Capítulo VII determina las medidas de investigación existentes que impliquen la captación de imagen, seguimiento y localización mediante dispositivos técnicos. Por último, el Capítulo VIII trata de las medidas de investigación que significan el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información y el Capítulo IX legisla acerca de las condiciones en las que se deben realizar los registros remotos sobre equipos informáticos.

Las medidas de investigación previstas en el Título VIII de la Ley de Enjuiciamiento Criminal necesitan una autorización judicial para su adopción. Se puede apreciar una clara concienciación y voluntad del legislador de no excederse con estas medidas, que ya en el propio nombre del Título reconoce limitativas. En relación con la

medida de investigación que podríamos considerar la más clásica de todas, la entrada y registro de lugares cerrados, parece ser la que contiene una regulación más prolija -que no necesariamente más proteccionista con el presunto victimario-. Con una gran probabilidad esto se deba a la alusión y breves pinceladas encontradas en la Constitución. Esta medida de investigación resulta ser básica si se pretende tener procesos con garantías, pues si los domicilios son inviolables sin excepciones muchas pruebas podrían ser ocultadas en ellos sin temor a represalias, lo que a su vez daría luz verde a la comisión de más delitos.

5. Breve mención a las medidas de aseguramiento

Continuando en el Título VIII, el Capítulo X prevé un nuevo tipo de medidas, las medidas de aseguramiento, distintas de las cautelares. Nótese que no son independientes de las medidas de investigación, sino que son consideradas un subtipo de ellas, pues están reguladas en el mismo Título, el octavo. En concreto, están ubicadas en el artículo 588 *octies*. Las medidas de aseguramiento se concentran en las órdenes de conservación de datos. Pretenden la guarda de determinados datos que se hallen en algún sistema informático de almacenamiento a disposición del sospechoso hasta que se obtenga una autorización judicial para su cesión.

Resulta muy llamativo el hecho de que estas medidas se encuentren reguladas en un único artículo perteneciente a un Capítulo independiente dentro de este Título VIII. Bajo nuestro punto de vista estas medidas de aseguramiento tienen un vínculo más angosto con las medidas cautelares que las medidas de investigación. Como hemos dicho en el apartado anterior, las medidas de investigación *strictu sensu* son necesarias para que la fase de instrucción se lleve a cabo satisfactoriamente, mientras que las medidas cautelares tratan de proteger el resultado de la instrucción. Las medidas de aseguramiento están a caballo entre ambas, pues son una especie de medidas cautelares sobre la propia investigación, en cuanto lo que se pretende con ellas es la salvaguarda de determinados elementos que pueden ser útiles para la instrucción. Así como la prisión provisional puede ser impuesta con el fin de proteger las pruebas, también podrá ser promulgada una medida de aseguramiento que obligue al sospechoso a no eliminar la información contenida en algún sistema informático de almacenamiento de datos a su disposición también con el móvil de que se pueda proteger la prueba. Ambas se están adoptando cautelarmente.

Nótese que las medidas de aseguramiento se encuentran en un estadio anterior aún a en el que se encuentran las medidas cautelares. Estas últimas son decretadas antes de que recaiga sentencia sobre el fondo del asunto, mientras que las medidas de aseguramiento van más allá, y son anteriores a una resolución judicial que autorice la realización de una actuación previa necesaria para completar satisfactoriamente la fase de instrucción que permitirá que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto.

En cuanto a su funcionamiento, estas son aplicables tanto a personas físicas como a personas jurídicas. La medida de aseguramiento que ordene la conservación de los datos en cuestión no podrá indicar un plazo mayor a 90 días, prorrogable únicamente una vez más por un periodo máximo de otros 90 días o hasta que la cesión sea concedida. El sospechoso tiene la obligación de guardar secreto y de colaborar con esta actividad.

Estas medidas no tienen un efecto demasiado pernicioso con los derechos fundamentales, pues solamente obligan al requerido a conservar determinados datos. Solamente dicha custodia es objeto de la medida de aseguramiento, mientras que el propio acceso a la información será materia de una medida de investigación *strictu sensu*. Es con relación a estas últimas en las que puede haber una mayor colisión con los derechos fundamentales.

6. Conclusiones

El origen de una gran parte de la problemática que surge entre medidas cautelares y derechos fundamentales es el potencial perjuicio que se puede causar al sospechoso. Se trata de una especie de coste de oportunidad que se le genera, pues no se puede recuperar el tiempo perdido o los perjuicios sufridos por restricciones a la libertad ambulatoria, por ejemplo. El foco se pone en lo que se deja de disfrutar y en el punto hasta el que se pueden resarcir los perjuicios ocasionados por la situación generada. Aun teniendo estas limitaciones, sin duda concluimos que las medidas cautelares son necesarias, ya que ni la sociedad en la actualidad ni probablemente la que exista a corto plazo se pueden permitir no contemplarlas, pues sin duda sería inviable la justicia.

Las medidas cautelares reales, por su parte, son menos problemáticas, debido a que lo que se está privando son derechos sobre las cosas. En su condición de cosas, son materiales, y los daños originados podrán ser reparados con mayor facilidad a través de una compensación económica.

En derecho, un acto jurídico puede tener consecuencias en distintas esferas. En última instancia, de lo que tratan las medidas cautelares es de hacer justicia. Lo hacen tratando de asegurar los resultados de la instrucción de los procedimientos. Si se trata de garantizar una integridad plena a unos derechos fundamentales lo más probable es que se descuiden otros. Muchas veces cuanto más limitativa es la medida cautelar, más importante es el derecho enfrentado que se está intentando preservar. Si no existiera una de las medidas cautelares más restrictivas de derechos fundamentales como es la prisión provisional, con una alta probabilidad el sospechoso se dispondría a tratar de minimizar las pruebas que le incriminasen, y, por lo tanto, dificultar, en su caso, la compensación que le correspondería a la víctima. Se estaría salvaguardando el derecho a la libertad en detrimento del derecho a un procedimiento con todas las garantías. Lo importante aquí es el grado de menoscabo de cada derecho, pues la jerarquía de importancia entre cada uno de ellos es otro asunto independiente.

Sea como fuere, no cabe duda de que las medidas cautelares tienen -y siempre tendrán- un cierto tinte de polémica. Por más que socialmente sean un recurso aceptado, tienen un fuerte carácter. Esto no significa que no sean legítimas, pues son francamente indispensables no solo para garantizar la integridad del proceso, sino para garantizar la justicia. Puede resultar paradójico, pero lo cierto es que es menester contemplar este

remedio en un ordenamiento jurídico para garantizar la legalidad. Los derechos fundamentales no son siempre absolutos e inviolables para todo el mundo en todas las situaciones, sino que a menudo chocan entre los de distintos particulares, y, para dirimir las controversias, los derechos fundamentales de una determinada persona pueden ceder a favor de los de otra u otras. Es muy importante que exista un balance. Con las medidas cautelares no se están vulnerando derechos fundamentales en vano, sino que se imponen para preservar la justicia, materializada en los derechos de otras personas o la sociedad en general. La balanza debe estar en equilibrio, y lo que no es admisible es la imposición de una medida cautelar que vulnere los derechos fundamentales de una persona arbitrariamente, es decir, sin estar protegiendo los de uno o varios terceros.

Las medidas cautelares no son ni mucho menos el único recurso legal previsto en el marco jurídico español que pueda causar tensiones con los derechos fundamentales. Estos no solo se pueden ver vulnerados cautelarmente, sino también con fines de investigación en aras de tener procesos con sólidas garantías, a través las medidas de investigación. Estas medidas no tratan de asegurar la instrucción de los procedimientos, sino directamente de realizarla correctamente. Sin ellas los procesos no podrían prosperar, y, de nuevo se estaría negando el derecho a un proceso con todas las garantías.

En cuanto a las medidas de aseguramiento, tienen un ápice de cautelares. No preservan los resultados de la instrucción, como hacen las medidas cautelares, si no que resguardan medios que posibilitan su realización. No obstante, lo que puede mermar los derechos fundamentales de manera sustancial es la propia medida cuya imposición se quiere asegurar con la medida de aseguramiento y no esta en sí.

Lo que a nuestro juicio parece indudable es que siguiendo a rajatabla los preceptos dispuestos en los cuerpos legales que legislan al respecto, el lado de la balanza de los efectos positivos que conllevan las medidas cautelares está en equilibrio con los negativos. No contar con un mecanismo que permita asegurar los resultados de la instrucción de los procedimientos mermaría los derechos fundamentales de los ciudadanos en un grado mucho mayor que la propia imposición de las medidas cautelares.

7. Bibliografía

7.1. Fuentes doctrinales

- Alcón Yustas, M. F., Álvarez Vélez, M. I., Astarloa Huarte-Mendicoa, I., Correas Sosa, I., Macías Jara, M., Méndez López, L., de Montalvo Jääskeläinen, F., & Ripollés Serrano, M. R. (2018). *Lecciones de Derecho Constitucional* (6.^a ed.). Tirant Lo Blanch.
- Banacloche Palao, J, y Zarzalejos Nieto, J. (2018). *Aspectos fundamentales del Derecho procesal penal*. (4^a ed.). La Ley.
- Beltrán, J. F. (2018). Prolegómenos para teoría sobre los estándares de prueba. El test case de la responsabilidad del Estado por prisión preventiva errónea. *Filosofía del derecho privado, Madrid (ESP)*, 401-430.
- Burzaco Samper, M., Arévalo Gutiérrez, A., Alonso Timón, A. J. (2019). Medios y formas de acción administrativa. Dykinson.
- Catena, V. M. (2014). La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal. *Diario La Ley*, (8331), 2.
- González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters.
- Jiménez, F. G. (1997). Luigi Ferrajoli. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid, Trotta, 1995. *Estudios Políticos*, (11), 186-191.
- Montoro, Á. J. G. (2002). La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista española de derecho constitucional*, (65), 49-105.

7.2. Otros materiales empleados

7.2.1. Fuentes legales

- Constitución Española de 1978.
- Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.
- Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

7.2.2. Jurisprudencia

- STC 25/1981, de 14 de julio
- STC 53/1985, de 11 de abril
- STC 242/1994, de 20 de julio
- STC 66/1995, de 8 de mayo
- STC 85/2019, de 19 de junio