
Mesures cautelars personals i reals

PID_00268264

Pablo Llarena Conde

Temps mínim de dedicació recomanat: 3 hores





Pablo Llarena Conde

Magistrat del Tribunal Suprem.

La revisió d'aquest recurs d'aprenentatge UOC ha estat coordinada pel professor: Jordi Garcia Alberó (2019)

Cinquena edició: setembre 2019
Autoria: Pablo Llarena Conde
Llicència CC BY-NC-ND d'aquesta edició, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realització editorial: FUOC



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>

Índex

Introducció	5
1. Les mesures cautelars personals	7
1.1. Principis generals	7
1.2. La detenció o l'arrest	9
1.3. La presó provisional	16
1.3.1. Pressupòsits per a l'adopció de la presó preventiva	16
1.3.2. La subsidiarietat	19
1.3.3. Provisionalitat i temporalitat	19
1.3.4. Procediment per a adoptar la mesura	21
1.3.5. La decisió	22
1.3.6. La impugnació	23
2. Les mesures cautelars reals	25
2.1. L'objecte de l'assegurament	26
2.2. Subjectes obligats	26
2.3. Moment de l'adopció	28
2.4. Forma de la resolució	29
2.5. Pressupòsits	30
2.6. Remissió a les normes de la Llei d'enjudiciament civil relatives al contingut de la mesura cautelar	32
2.6.1. L'embargament	33
2.6.2. La fiança	33
2.6.3. La pensió provisional	34
2.6.4. L'administració o intervenció judicial d'empreses	34
2.6.5. El dipòsit de cosa moble	35
2.6.6. L'anotació preventiva	35
2.7. L'aplicació penal de les normes de la Llei d'enjudiciament civil en matèria de caució substitutòria	36
2.8. La condició de part de les entitats asseguradores, dins dels límits de l'assegurament obligatori de determinades activitats ..	37
2.9. La intervenció del vehicle de motor	38
Exercicis d'autoavaluació	39
Solucionari	41
Abreviatures	42

Introducció

Les mesures cautelars són actes processals imperatius que recauen sobre les persones o els béns i estan orientats a aconseguir l'efectivitat de la sentència que pugui arribar a recaure.

Hi ha dues grans classes de mesures cautelars: **personals i reals**. Les mesures cautelars personals són les que limiten la llibertat d'activitat o moviment de l'investigat o encausat i s'orienten a garantir la subjecció d'aquest imputat al procés. Les mesures cautelars reals, en canvi, tenen per objecte conservar els béns sobre els quals s'executarà una eventual multa o indemnització o establir una garantia accessòria que l'investigat o encausat no se sostraurà al judici.

1. Les mesures cautelars personals

1.1. Principis generals

En un estat constitucional garant dels drets fonamentals, tota mesura cautelar –i particularment l’arrest i la presó preventiva pel fet que afecten la llibertat individual– han de respondre a uns principis informadors, que són aquests:

1) **El principi de legalitat.** Comporta no solament que qualsevol mesura limitativa d’un dret fonamental ha d’estar prevista en la llei i que les mesures cautelars innominades estan proscrietes, sinó que s’han d’interpretar restrictivament els supòsits legals habilitadors per a adoptar-ne i que cal que en l’adopció i manteniment de la mesura es respecti escrupolosament el procés establert legalment.

En els ordenaments processals moderns està generalitzada la previsió legal de mesures cautelars personals –com l’arrest domiciliari o la presó preventiva–; no obstant això, la major part d’aquests ordenaments configuren altres mesures que faciliten una alternativa a aquestes greus restriccions, i així es regulen mesures personals com la fiança, la prohibició de sortida a l’estranger o la intervenció del passaport, l’obligació o prohibició de residència en determinats llocs o territoris, la submissió a vigilància o control, la presentació periòdica o els moderns localitzadors electrònics.

2) **L’exceptualitat.** El principi imposa que la regla general ha de ser el ple gaudi dels drets subjectius per part de l’inculpat, i només se li pot restringir la llibertat en els supòsits en què es consideri que és pertinent en atenció a les circumstàncies del cas concret.

3) **La instrumentalitat.** El principi comporta que l’adopció d’una mesura cautelar personal només resulta procedent quan la finalitat d’aquesta mesura és la d’assegurar el resultat del judici i l’eficàcia del poder punitiu (*ius puniendi*) de l’Estat. Per la seva banda, la mesura cautelar real no solament té com a finalitat assegurar la pena pecuniària, sinó assegurar l’interès rescabatori de la víctima.

4) **La provisionalitat.** La mesura cautelar s’ha de deixar sense efecte tan aviat com sigui innecessària per a la finalitat exposada.

5) **La temporalitat.** La durada de la mesura, amb independència de la finalitat, ha de sempre limitada, i la llei ha de fixar els terminis màxims de durada de cadascuna d’aquestes mesures segons de les circumstàncies concurrents.

6) **La jurisdiccionalitat.** Les mesures cautelars personals només les pot adoptar l'òrgan jurisdiccional competent, i la decisió està sotmesa normalment al principi de justícia pregada, de manera que –ordinàriament– l'òrgan judicial ni pot adoptar la mesura d'ofici, ni pot imposar altres mesures més greument restrictives del dret fonamental que les sol·licitades.

7) **La proporcionalitat.** Les mesures cautelars comporten un sacrifici del dret afectat, de manera que estan sotmeses al fet que concorri una proporcionalitat definida per una sèrie de valors:

a) La **idoneïtat** de la mesura, és a dir que la mesura sigui adequada per al fi o objectiu que s'hi vol assolir.

b) La **subsidiarietat**, això és, que no hi hagi una altra actuació que, essent igualment operativa per a la finalitat que es vol assolir, resulti menys restrictiva dels drets individuals de qui ha d'experimentar la mesura.

c) Que sigui **proporcional** en sentit estricte o, dit d'una altra manera, que hi hagi una relació raonable entre el perjudici vinculat a la mesura i el valor jurídic que es vol assolir aplicant-la.

8) **La motivació**, l'absència real o formal de la qual determina la plena nul·litat de la decisió judicial adoptada.

Si aquests són els principis informadors, l'adopció d'una mesura cautelar en un sistema garantista exigeix a més uns pressupòsits, en els quals ha de concórrer l'acreditació indiciària; quan això s'hagi donat, han de ser exterioritzats en la motivació sobre el perquè de la mesura. Aquests pressupòsits són:

1) El ***fumus commisi delicti***. És a dir, la sospita fundada de participació de l'investigat o encausat en una determinada infracció penal o en uns fets aparentment delictius. El Tribunal Constitucional afirma que aquestes sospites fundades van més enllà de les simples conjectures o probabilitats, de manera que consisteixen en la concurrència de dades objectives que permetin un judici raonable de responsabilitat delictiva.

2) El ***periculum in mora***. O risc que una de les finalitats del procés es pugui malmetre com a conseqüència d'una inactivitat present. Així, doncs, vista la finalitat exposada abans, el perill de fugida o de sostracció de l'investigat o encausat a l'acció de la justícia és el risc de demora que justifica l'adopció de la mesura cautelar personal, sense que es pugui extreure aquest risc directament de la gravetat de la pena, sense consideració d'altres paràmetres, com ara l'arrelament al país, la importància del dany, el comportament de l'investigat o encausat durant el procediment o el temps que fa que ja s'ha adoptat la garantia mateixa.

1.2. La detenció o l'arrest

La detenció o l'arrest consisteix en la privació provisionalíssima de la llibertat d'una persona davant l'eventualitat de quedar sotmesa a un procediment penal.

La detenció està sotmesa als principis generals indicats abans, si bé amb la característica de no ser-hi predicable la jurisdiccionalitat, tenint en compte que el nostre ordenament jurídic permet que en determinats supòsits es pugui detenir una persona per qualsevol particular i considerant a més que hi ha una altra sèrie de supòsits en què l'arrest el pot acordar, no solament l'autoritat judicial, sinó el Ministeri Fiscal o qualsevol membre integrant de la Policia Judicial.

D'altra banda, la detenció és subjecta al principi de taxativitat, això és, que cadascuna de les persones autoritzades a practicar-la només ho pot fer en els supòsits que preveu expressament la llei (art. 17.1 CE).

D'aquesta manera, l'article 490 de la LECrim estableix la possibilitat que qualsevol persona –un particular– pugui fer una detenció en els supòsits que indica l'article.

Art. 490 LECrim

“1r. El qui intenti cometre un delictes, en el moment d'anar a cometre'l.

2n. El delinqüent *in fraganti*.

3r. El qui fugi de l'establiment penal en el qual es trobi extingint condemna.

4t. El qui fugi de la presó en la qual estigui esperant la translació a l'establiment penal o al lloc on hagi de complir la condemna que se li hagi imposat per mitjà d'una sentència ferma.

5è. El qui fugi en ser conduït a l'establiment o el lloc esmentats en el número anterior.

6è. El qui fugi estant detingut o pres per una causa pendent.

7è. El processat o el condemnat que estigui en rebel·lia.”

Simultàniament, l'article 492 de la llei processal permet acordar la detenció, no solament de l'autoritat judicial, sinó de l'autoritat (inclòs el Ministeri Fiscal) o qualsevol funcionari de la Policia Judicial, en els supòsits que indica l'article.

Art. 17.1 CE

“Tota persona té dret a la llibertat i a la seguretat. Ningú no podrà ser privat de la seva llibertat, sinó amb l'observança del que estableix aquest article i en els casos i en la forma previstos en la llei.”

Art. 492 de la LECrim

“1r. Qualsevol que es trobi en algun dels casos de l'article 490.

2n. El qui estigui processat per un delictes que tingui assenyalada en el Codi penal una pena superior a la de presó correccional.

3r. El processat per un delictes que tingui assenyalada una pena inferior, si els seus antecedents o les circumstàncies del fet fan presumir que no compareixerà quan el cridi l'autoritat judicial.

Del que disposa el paràgraf anterior se n'exceptua el processat que presti a l'acte una fiança suficient, segons el parer de l'autoritat o l'agent que intenti detenir-lo, per presumir racionalment que compareixerà quan el cridi el jutge o el tribunal competent.

4t. El qui estigui en el cas del número anterior, tot i que encara no es trobi processat, a condició que concorrin les dues circumstàncies següents: 1a. Que l'autoritat o l'agent tingui motius racionalment suficients per a creure en l'existència d'un fet que presenti els caràcters de delictes. 2a. Que en tingui també de suficients per a creure que la persona que intenti detenir va participar-hi.”

A tots aquests supòsits, s'hi ha d'afegir la possibilitat que la desatenció d'una ordre de citació es pugui transformar en una ordre de detenció. En aquest sentit, cal tenir en compte el que diuen els articles 486 i 487 de la LECrim.

Art. 486 LECrim

“La persona a la qual s'imputi un acte punible ha de ser citada només per a ser oïda, tret que la llei disposi el contrari o que des d'aquell moment sigui procedent detenir-la.”

Art. 487 LECrim

“Si el citat, d'acord amb el que preveu l'article anterior, no compareix ni justifica una causa legítima que li ho impedeixi, l'ordre de compareixença pot esdevenir una ordre de detenció.”

En tot cas, l'Estat de Dret reconeix un estatut jurídic inherent a la restricció de la llibertat individual de l'arrestat, i imposa unes exigències ordinàries d'actuació policial respecte d'aquest. El règim garantista de l'arrest¹ determina així un estatut jurídic caracteritzat per les notes següents:

⁽¹⁾LECrim. *et seq.* Art. 17 CE i 520

1) Documentació de les circumstàncies de l'arrest, que es configura per l'obligació d'identificació del policia actuant i de fixació del lloc, dia, hora i circumstàncies de l'arrest.

Es recull actualment en l'article 520.1 de la LECrim que, en el seu paràgraf tercer, disposa que en l'atestat haurà de reflectir-se el lloc i l'hora de la detenció i de la posada a la disposició de l'autoritat judicial o, si escau, de la posada en llibertat.

2) Queden proscriu els tractes inhumans o degradants envers l'arrestat, cosa que no solament imposa un comportament respectuós amb la dignitat humana, sinó que s'estén a l'obligació de proporcionar una atenció mèdica quan calgui².

⁽²⁾Art. 6 de la Resolució 169/34 de l'Assemblea General de les Nacions Unides.

3) Es proscriu l'ús de la força sense la concurrència de circumstàncies que la facin necessària i proporcionada (reacció violenta, fugida o fets violents), i es proscriu l'ús d'armes excepte quan la reacció de l'arrestat posi en perill la vida o la integritat física dels actuants o altres persones, o per a evitar la comissió d'altres infraccions igualment greus.

4) Queda proscriu la presentació de l'arrestat davant els mitjans de comunicació social o la comunitat, sense tenir-ne el consentiment. Prohibició que no és incompatible amb la divulgació de notes de premsa.

Art. 520.1 LECrim

“La detenció i la presó provisional s’han de practicar en la forma que menys perjudiqui la persona, la reputació i el patrimoni del detingut o el pres.”

En el mateix sentit, la LO 13/2015, ha afegit que

“Els que acordin la mesura i els encarregats de practicar-la així com dels trasllats ulteriors, vetllaran pels drets constitucionals a l’honor, intimitat i imatge d’aquells, amb respecte al dret fonamental a la llibertat d’informació”.

Una previsió que respon a què el TEDH³ ha censurat en diverses ocasions les declaracions públiques fetes per les autoritats encarregades de la investigació penal quan reflecteixen una opinió sobre la seva culpabilitat abans que aquesta hagi estat acreditada d’acord amb la llei, perquè entén que aquestes actuacions són contràries al dret a la presumpció d’innocència.

⁽³⁾STEDH sobre el cas *Allenet de Ribemont contra França*, de 10 de febrer de 1995, i sobre el cas *Butkevicius contra Lituània* de 26 de març de 2002.

5) Hi ha un deure d’informació immediata al detingut, l’abast de la qual és el següent:

a) Informació sobre els fets i motius de la detenció (art. 9.2 PIDCP i 17.3 C). El propi article 520.2 de la LECrim disposa que “Tota persona detinguda o presa serà informada per escrit, en un llenguatge senzill i accessible, en una llengua que compregui i de forma immediata, dels fets que se li atribueixin i les raons motivadores de la seva privació de llibertat”.

b) Informació el termini màxim legal de durada de la detenció fins a la posada a disposició de l’autoritat judicial i del procediment per mitjà del qual pot impugnar la legalitat de la seva detenció.

c) Informació en llenguatge comprensible i adequat a les circumstàncies personals del detingut, dels drets que li assisteixen en ocasió de la seva detenció i que són (art. 520 de la LECrim):

Art. 17.3 CE

“Tota persona detinguda ha de ser informada immediatament, i de manera que li sigui comprensible, dels seus drets i de les raons de la detenció, i no podrà ser obligada a declarar. Es garanteix l’assistència d’advocat al detingut en les diligències policials i judicials, en la forma que la llei estableixi.”

i. Dret a guardar silenci no declarant si no vol, a no contestar alguna o algunes de les preguntes que li formulin, o a manifestar que només declararà davant el jutge (art. 17.3 CE i 520.2.a LECrim).

Si el detingut tingués capacitat modificada judicialment, la informació haurà de fer-se a qui exerceixi la tutela o guarda de fet.

Aquí mereix l'atenció analitzar l'abast probatori de les declaracions espontànies del detingut, això és, les manifestacions que faci l'arrestat en els primers moments de l'arrest i que no hagin estat induïdes per tercers.

Respecte d'aquestes declaracions, la doctrina entén que s'han de distingir dos supòsits:

- Si les manifestacions es produeixen amb caràcter previ a la informació dels drets, quan el sospitós ja està privat de llibertat, s'ha d'entendre que no tenen cap valor o eficàcia probatòria.
- Quan les manifestacions es facin amb posterioritat a la informació de drets, es poden tenir en compte per a formar el convenciment judicial.

Per això, l'agent policial ha de plasmar en l'atestat policial les manifestacions concretes fetes per l'arrestat i les circumstàncies en què es van fer aquestes manifestacions.

ii. Dret a no declarar contra si mateix i a no confessar-se culpable (art. 17.3 CE i 520.2.b LECrim).

iii. Dret a designar advocat i a sol·licitar-ne la presència perquè assisteixi a les diligències policials i judicials de declaració i intervingui en tot reconeixement d'identitat de què sigui objecte.

Si a causa de la llunyania geogràfica, no fos possible una immediata assistència del lletrat, es facilitarà al detingut comunicació telefònica o per videoconferència amb l'advocat, tret que resultés impossible.

Si el detingut o pres no designa advocat, se li n'ha de designar un d'ofici.

El principi troba una excepció dependent de l'exclusiva acceptació del detingut recollida en l'article 520.8 de la LECrim.

Art. 520.8 LECrim

“El detingut o el pres pot renunciar a l'assistència de lletrat preceptiva si la detenció és per fets susceptibles de ser tipificats exclusivament com a delictes contra la seguretat del trànsit⁴ sempre que se li hagi facilitat informació clara i suficient en un llenguatge senzill i comprensible sobre el contingut d'aquest dret i les conseqüències de la renúncia”.

⁽⁴⁾Avui delictes contra la seguretat vial.

Aquesta renúncia serà revocable en qualsevol moment.

La lliure designació de lletrat defensor troba també una altra excepció. Si s'autoritza judicialment la incomunicació, l'assistència lletrada del detingut (art. 527 LECrim) l'ha de prestar necessàriament un advocat d'ofici.

iv. Dret a fer que es posi en coneixement del familiar o persona que desitgi el fet de la detenció i el lloc de custòdia en què es trobi en qualsevol moment. Els estrangers tenen dret a fer que les circumstàncies anteriors es comuniquin a l'oficina consular del seu país.

Recentment s'ha introduït també en el nostre ordenament jurídic el dret del detingut a comunicar-se telefònicament —i sense demora injustificada— amb un tercer a la seva elecció. No obstant això, aquesta comunicació es farà en presència d'un funcionari policial o —si escau— el funcionari que designi el jutge o el fiscal i, és clar, sempre que no s'hagi acordat la seva incomunicació de conformitat amb l'article 527 de la llei processal.

v. Dret a ser visitat per les autoritats consulars del seu país, a comunicar-se i a mantenir correspondència amb elles (excepte incomunicació del 527 LECrim).

vi. Dret a ser assistit gratuïtament per un intèrpret, quan es tracti d'un estranger que no entén el castellà o no en parla o quan ignori l'idioma oficial de l'actuació, o en supòsits de dificultats auditives o de llenguatge.

vii. Dret a ser reconegut pel metge forense o el seu substitut legal i, si no, pel de la institució en què es trobi, o per qualsevol altre dependent de l'Estat o d'altres administracions públiques.

Reconeixement mèdic

En relació amb aquesta intervenció, cal fixar-se en el fet que es tracta d'una actuació mèdica assistencial, de manera que la petició d'intervenció determina la documentació de la situació física o psíquica en què es troba el detingut i la prestació de l'atenció mèdica que li pugui fer falta. En l'eventualitat que es vulgui una actuació pericial medicolegal (veg. "Informar sobre la seva capacitat intel·lectual o volitiva"), es tracta d'una diligència d'investigació que l'ha de sol·licitar la part i l'ha d'acordar el jutge instructor.

viii. Dret a sol·licitar assistència jurídica gratuïta, així com el procediment per fer-ho i quines són les condicions precises per a la seva concessió.

6) S'estableix un mecanisme de control de la legalitat i oportunitat de la mesura de detenció. El control ordinari s'exerceix per mitjà de l'obligació de posar l'arrestat a la disposició del jutge en el termini previst legalment, en l'eventualitat que els agents policials no el posin directament en llibertat.

El termini d'aquesta posada a disposició judicial no és el de setanta-dues hores, com vulgarment s'entén. La durada de la detenció està sotmesa al principi d'instrumentalitat, de manera que l'arrestat ha de ser traslladat davant l'autoritat judicial tan aviat com la detenció hagi possibilitat la pràctica policial de les diligències tendents a aclarir els fets. El límit constitucional de les setanta-dues hores es fixa com un límit de segon grau.

Art. 17.2 CE

“La detenció preventiva no podrà durar més temps del que sigui estrictament necessari per a fer les indagacions per tal d'aclarir els fets i, en qualsevol cas, dins el termini màxim de setanta-dues hores, el detingut haurà de ser posat en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial.”

En aquest mateix sentit, cal tenir en compte el que diu l'article 520.1 de la LECrim.

Art. 520.1 LECrim

“La detenció preventiva no pot durar més del temps estrictament necessari per a realitzar les investigacions tendents a aclarir els fets. Dins dels terminis que estableix aquesta Llei, i, en tot cas, en el termini màxim de setanta-dues hores, s'ha de posar el detingut en llibertat o a disposició de l'autoritat judicial.”

Excepcionalment, en els supòsits de terrorisme que preveu l'article 384 *bis* de la LECrim, la detenció es pot estendre –quan la investigació ho exigeixi– fins al temps màxim de cinc dies.

Art. 520.bis.1 LECrim

“Tota persona detinguda com a presumpta partícip d'algun dels delictes a què es refereix l'article 384 *bis* ha de ser posada a disposició del jutge competent dins de les setanta-dues hores següents a la detenció. No obstant això, es pot prolongar la detenció el temps necessari per als fins investigadors, fins a un límit màxim de quaranta-vuit hores més, sempre que, sol·licitada aquesta pròrroga mitjançant una comunicació motivada dins de les primeres quaranta-vuit hores des de la detenció, el jutge l'autoritzi en les vint-i-quatre hores següents. Tant l'autorització com la denegació de la pròrroga s'han d'adoptar en una resolució motivada.”

A més, hi ha un mecanisme extraordinari per al control judicial de la legalitat de la detenció, que no és altre que el procediment d'*habeas corpus* (17.4 CE), respecte del qual hem de destacar que encara que l'advocat del detingut no apareix en la relació de persones legitimades per a interposar-lo en la Llei d'*habeas corpus*, el Tribunal Constitucional ha declarat que aquesta legitimació sí que hi és i que ha de ser reconeguda pels jutges i tribunals.

7) Existeix també una regulació legal crida de tercers que poden actuar en **defensa dels drets del detingut**.

Així, si el detingut fos estranger, s'ha de comunicar al cònsol del seu país el fet de la seva detenció i el lloc de custòdia i se li permetrà la comunicació amb l'autoritat consular. En cas que el detingut tingui dues o més nacionalitats, podrà triar a quines autoritats consulars ha d'informar-se que es troba privat de llibertat i amb qui desitja comunicar-se.

Si es tractés d'un menor, serà posat a disposició de les Seccions de Menors de la Fiscalia i es comunicarà el fet i el lloc de custòdia als qui exerceixin la pàtria potestat, la tutela o la guarda de fet del mateix, tan aviat es tingui constància de la minoria d'edat.

En cas de conflicte d'interessos amb els qui exerceixin la pàtria potestat, la tutela o la guarda de fet del menor, se li nomenarà un defensor judicial a qui es posarà en coneixement del fet i del lloc de detenció.

Si el detingut tingués la seva capacitat modificada judicialment, la informació prevista a l'apartat 2 d'aquest article es comunicarà als qui exerceixin la tutela o guarda de fet del mateix, donant compte al Ministeri Fiscal.

Si el detingut menor o amb capacitat modificada judicialment fos estranger, el fet de la detenció es notificarà d'ofici al cònsol del seu país.

8) Hi ha una detallada regulació legal del contingut concret de l'actuació lletrada respecte del detingut i que fixa l'article 520.5 i 520.6 de la LECrim.

D'una banda, l'article 520.5 disposa que l'autoritat que tingui sota la seva custòdia el detingut comunicarà immediatament al Col·legi d'Advocats el nom del lletrat designat pel detingut.

L'advocat designat ha d'acudir al centre de detenció amb la màxima urgència, sempre dins del termini màxim de tres hores des de la recepció de l'encàrrec. Si en aquest termini no comparegués, el Col·legi d'Advocats designarà un nou advocat del torn d'ofici que haurà de comparèixer al més aviat possible i sempre dins del termini indicat, sense perjudici de l'exigència de la responsabilitat disciplinària en què hagi pogut incórrer l'incompareixent.

D'altra banda, l'article 520.6 disposa que l'assistència de l'advocat consistirà en:

a) Sol·licitar, si escau, que s'informi al detingut o pres dels drets establerts a l'apartat 2 i que es procedeixi, si fos necessari, al reconeixement mèdic assenyalat en la seva lletra i).

b) Intervenir en les diligències de declaració del detingut, en les diligències de reconeixement que sigui objecte i en les de reconstrucció dels fets en què participi el detingut. L'advocat podrà sol·licitar al jutge o funcionari que haguessin practicat la diligència en la qual hagi intervingut, una vegada acabada,

Art. 17.4 CE

"La llei regularà un procediment d'*habeas corpus* per tal de posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il·legalment. També es determinarà per llei el termini màxim de durada de la presó provisional."

la declaració o ampliació dels extrems que consideri convenients, així com la consignació en l'acta de qualsevol incidència que hagi tingut lloc durant la seva pràctica.

c) Informar al detingut de les conseqüències de la prestació o denegació de consentiment a la pràctica de diligències que se li sol·licitin.

Si el detingut s'oposés a la recollida de les mostres mitjançant frotis bucal, conforme a les previsions de la Llei Orgànica 10/2007, de 8 d'octubre, reguladora de la base de dades policial sobre identificadors obtinguts a partir de l'ADN, el jutge d'instrucció, a instàncies de la Policia Judicial o del Ministeri Fiscal, podrà imposar l'execució forçosa de tal diligència mitjançant el recurs a les mesures coactives la mínimes indispensables, que hauran de ser proporcionades a les circumstàncies del cas i respectuoses amb la seva dignitat.

d) Entrevistar-se reservadament amb el detingut, fins i tot abans que se li prengui declaració per la policia, el fiscal o l'autoritat judicial, sense perjudici del que es disposa en l'article 527.

1.3. La presó provisional

Si en el sistema inquisitiu la presó provisional era la regla general i s'orientava a projectar la idea d'eficàcia de l'Estat en la clarificació i repressió del delictes, en el sistema de garanties propi d'un Estat democràtic de Dret (en el qual la llibertat es configura constitucionalment com un valor superior i en el qual el dret a la presumpció d'innocència és un dels principis essencials en matèria processal), la presó preventiva ha de ser presidida pel principi d'excepcionalitat.

Per això, el PIDCP proclama en l'article 9.3 que "la presó preventiva de les persones que hagin de ser jutjades no ha de ser la regla general".

1.3.1. Pressupòsits per a l'adopció de la presó preventiva

Hem vist que tota mesura cautelar exigeix com a pressupòsit un *fumus commisi delicti* i l'apreciació d'un *periculum in mora* que justifiqui –amb paràmetres d'idoneïtat, necessitat i proporcionalitat– l'adopció de la restricció que es vol aconseguir. L'exigència troba acomodament en la nostra pròpia regulació processal⁵.

⁽⁵⁾SSTC 128/1995 i 47/2000.

Respecte del *fumus commisi delicti*, cal tenir en compte el que imposa l'article 503.1.2 de la LECrim sobre l'adopció de la presó provisional.

503.1.2 LECrim

"Que apareguin en la causa motius suficients per creure responsable criminalment del delictes la persona contra la qual s'hagi de dictar la interlocutòria de presó"

Simultàniament s'exigeix un *periculum in mora*, que es concreta en el risc que pugui sobrevenir qualsevol de les situacions la conjuració de les quals legítimament constitucionalment adoptar aquesta mesura restrictiva de la llibertat i que no són altres que les que estableix l'article 503.1.3r. i 503.2 de la LECrim, això és:

1) Assegurar la presència de l'investigat o encausat en el procés, quan es pugui inferir racionalment un risc de fugida o ocultació a l'acció de la justícia. La llei afirma que per a valorar aquest perill cal atènyer-se alhora a la naturalesa del fet, a la gravetat de la pena que es pugui imposar a l'investigat o encausat, a la situació familiar, laboral i econòmica d'aquest, i també a la imminència de la celebració del judici oral. No obstant això, cal destacar que l'anàlisi no s'ha de fer amb aplicació de criteris automàtics com el de la gravetat dels fets o la pena imposable.

Així, doncs, s'exigeix una anàlisi de les circumstàncies concretes concurrents; el jutge ha de fer una prospecció que, si bé no pot ser un vaticini, sí que ha de permetre configurar un risc concret definit d'acord amb regles d'experiència humana, encara que és evident que l'arrelament és un element d'avaluació essencial, com ho és també la pena a què s'enfronta l'inculpat, ja que com indica el Tribunal Constitucional⁶ resulta innegable que com més gravetat del delicte, més intensa cal presumir la temptació de la fugida, i que com més gravetat de l'acció la reiteració o la falta d'enjudiciament de la qual es tem, més gran és el perjudici que, en cas de materialitzar-se la fugida, hauran d'experimentar les finalitats perseguides per la justícia.

⁽⁶⁾STC 128/1995.

2) Evitar l'ocultació, alteració o destrucció de les fonts de prova rellevants per a l'enjudiciament en els casos en què hi hagi un perill fundat i concret. L'exigència passa per un risc concret, individualment definit d'acord amb les circumstàncies del cas i sense que judicialment es pugui invocar la concurrència del risc de manera general i estereotipada. La concreció d'aquest risc se sol projectar sobre les fonts documentals de prova i sobre els testimonis, de manera que la llei mateixa diu que per a valorar l'existència d'aquest perill cal atènyer-se a la capacitat de l'investigat o encausat per a accedir per si mateix o per tercers a les fonts de prova o per a influir sobre altres investigats o encausats, testimonis o perits o els qui ho puguin ser.

3) Evitar que l'investigat o encausat pugui actuar contra béns jurídics de la víctima. Dins de la victimologia moderna, una de les garanties que s'ofereixen a la víctima d'un delicte consisteix a aportar-li la seguretat que l'exteriorització del delicte no li comportarà un risc personal, i que és l'Estat qui ha de desplegar els mitjans adequats per a la consecució d'aquesta precaució, que s'ha de fer extensiva a la seguretat de tots els que se situen en l'àmbit d'afecció o interès de la víctima mateixa.

Així es recull en la Declaració de l'Assemblea General de les Nacions Unides sobre Principis Bàsics de Justícia per a les Víctimes del Delicte i Abús de Poder, de 29 de novembre de 1985, en concret en l'article 6.d.

Article 6.d. de la Declaració de l'Assemblea General de les Nacions Unides

“S'ha de facilitar l'adequació dels procediments judicials i administratius a les necessitats de les víctimes [...] adoptant mesures per a garantir-los la seguretat, així com la dels seus familiars i la dels testimonis a favor seu.”

En els mateixos termes es pronuncia l'article 8.1 de la Decisió Marc del Consell de la Unió Europea, de 15 de març de 2001, sobre l'Estatut de la Víctima.

Article 8.1 de la Decisió Marc del Consell de la UE

“Els Estats Membres han de garantir un nivell adequat de protecció a les víctimes i, si escau, als seus familiars o persones en situació equivalent, pel que fa a la seva seguretat [...], sempre que les autoritats competents considerin que hi ha un risc greu de represàlies o clars indicis d'una intenció clara de pertorbar la seva vida privada.”

Cal fixar-se en el fet que la víctima té així una necessitat de protecció que es projecta en dos àmbits diferents:

a) La protecció de la seguretat de la víctima davant les represàlies i pressions que es puguin derivar de la seva intervenció com a font de prova en el procés, això és, en vista de la condició de testimoni de càrrec, qüestió que atén la Llei de Protecció de Testimonis.

b) La protecció de la seguretat de la víctima respecte dels atacs que se li puguin dirigir sense que responguin a la seva intervenció en el procés o hi tinguin relació de causalitat. Aquesta protecció és perquè la víctima o la seva família no puguin tornar a ser subjectes passius davant una eventual reiteració delictiva. Davant aquest risc, el Dret comparat ha reforçat els sistemes generals de protecció perfilats en els textos processals. Per a això s'han promulgat lleis que recullen un sistema integral i específic de protecció de les víctimes que presenten el risc més gran de patir atacs de morfologia idèntica al que ja s'ha denunciat, tal com passa en relació amb menors o en el cas de la violència de gènere, sobretot dins de l'àmbit familiar.

Legislació sobre violència de gènere

És exemplificativa la llei espanyola, Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

En tot cas, amb caràcter general, la dispensa de protecció queda cenyida a la implantació de vigilància policial o a la restricció de les possibilitats de reiteració delictiva de l'inculpat per mitjà de l'adopció de mesures cautelars sobre els seus drets, això és:

- la prohibició de sortida de la localitat o àmbit territorial que es fixi;
- l'obligació de presentar-se periòdicament davant el jutge;
- l'allunyament respecte de la víctima o els seus llocs de residència o treball;

- la col·locació de localitzadors electrònics; o
- la mateixa presó preventiva a què ara ens referim, l'aplicació de la qual queda limitada als supòsits en què els instruments anteriors (de menys gravamen per a l'inculpat) no siguin operatius amb vista a proporcionar la protecció.

4) Evitar el risc que l'investigat o encausat cometi altres fets delictius. Cal tornar a fixar-se en el fet que el perill de reiteració ha de ser real i tenir en compte la història personal i l'avaluació professional de la personalitat i el caràcter de l'acusat, de manera que és important sobretot constatar, entre altres elements, si el processat ha estat condemnat abans per ofenses similars, tant pel que fa a la naturalesa com a la gravetat.

No podem acabar aquesta anàlisi sense destacar que basar la presó provisional en raons d'alarma social no constitueix un fi que la legítimi constitucionalment, ja que comportaria atribuir a la presó preventiva una finalitat d'anticipació de pena, en concret l'apaivagament en el ciutadà de l'ànima vindicativa que comporta tota acció delictiva. En tot cas, s'ha de destacar que el TEDH ha admès aquesta possibilitat en els casos en què l'ordre públic està en un risc concret, puntual i greu, ben individualitzat i identificat i amb una remarcada provisionalitat que portarà a fer-ne la reforma immediata tan aviat com es calmin els moments inicials de crispació col·lectiva.

1.3.2. La subsidiarietat

El principi d'instrumentalitat esmentat (la presó s'ha d'atènyer a la consecució d'algunes de les finalitats que la legitimen constitucionalment) i el principi d'excepcionalitat comporten la plena operativitat del principi de subsidiarietat, en el sentit que no es pot adoptar la presó provisional quan la finalitat a la qual s'ha d'atènyer es pot assolir amb mesures que, essent igualment operatives per a aquesta finalitat, són menys restrictives dels drets fonamentals de qui n'està afectat.

1.3.3. Provisionalitat i temporalitat

Encara que siguin principis pròxims, tenen una projecció molt diferent.

El **principi de provisionalitat** comporta l'obligació de deixar sense efecte la mesura cautelar de presó tan aviat com desapareguin les raons que en van determinar l'adopció. Es recull en l'article 504.1 de la LE-Crim.

Art. 504.1 LECrim

“La presó provisional ha de durar el temps imprescindible per a assolir qualsevol de les finalitats que preveu l'article anterior i mentre subsisteixin els motius que van justificar-ne l'adopció.”

El **principi de temporalitat** comporta una limitació de l'extensió o durada de la mesura més enllà de la conveniència d'aquesta mesura; això és, per més que persisteixin les raons que van motivar l'adopció de la mesura cautelar, se l'ha de deixar sense efecte quan s'arribi als terminis màxims de durada fixats pel legislador en l'article 504.2 i 504.3 de la LECrim.

Concretament el temps màxim de durada de la mesura cautelar és:

1) Quan la presó es va adoptar per a conjurar els riscos de fugida, destrucció de proves o reiteració delictiva, la durada no pot excedir un any si el delictes té assenyalada pena privativa de llibertat igual o inferior a tres anys, o dos anys si la pena privativa de llibertat assenyalada per al delictes és superior a tres anys. No obstant això, si concorren circumstàncies que facin preveure que la causa no es podrà jutjar en aquests terminis, el jutge o tribunal pot acordar una sola pròrroga de fins a sis mesos o de fins a dos anys, respectivament.

Des del moment en què es dicti sentència en primera instància, si es manté la presó provisional pel fet de no ser ferma la sentència en virtut de la interposició d'un recurs d'apel·lació o cassació, la presó provisional es pot estendre fins a la meitat de la pena imposada.

2) Quan la presó s'acordi per a protecció de la víctima, la durada no pot excedir els sis mesos, sense cap possibilitat de pròrroga.

En tot cas, cal tenir en compte:

a) Que la interlocutòria que acordi la pròrroga s'ha d'haver emès en la data en què venci el temps màxim de durada de la presó provisional, sense que sigui factible iniciar el procés de pròrroga a partir d'aquesta data.

b) Que la concessió de la llibertat pel transcurs dels terminis màxims per la presó provisional no impedeix que aquesta es torni a acordar en cas que l'investigat o encausat, sense motiu legítim, deixi de comparèixer a qualsevol crida del jutge o tribunal (art. 504.4 LECrim).

c) Que el Tribunal Constitucional assenyala que, fins i tot sense depassar els límits temporals fixats en la llei, també es pugui lesionar el dret fonamental a la llibertat (art. 17.4 CE) si l'investigat o encausat roman en situació de presó provisional més enllà d'un termini que objectivament es pugui estimar que excedeix el que és raonable, segons les circumstàncies particulars concurrents.

STC 206/1991, de 30 octubre, FJ 5

“A l'efecte de determinar si la durada de la presó provisional ha excedit aquest termini raonable es fa obligat acudir a la doctrina de la integració dels estàndards que aquest Tribunal ha elaborat d'acord amb la del Tribunal Europeu de Drets Humans [...]. D'acord amb la mateixa, la valoració d'aquest termini s'ha d'estimar tenint en compte, d'una banda, la durada efectiva de la presó provisional i, de l'altra, l'examen de la complexitat de l'assumpte, l'activitat desplegada per l'òrgan judicial i el comportament del recurrent, de manera que la necessitat de perllongar la presó, a l'efecte d'assegurar la presència de l'imputat en el judici oral, no obeeixi a una conducta merament inactiva del jutge d'instrucció, ni sigui provocada per una activitat obstruccionista de la defensa, per mitjà del plantejament de recursos improcedents o d'incidents dilatoris, dirigits exclusivament a obtenir l'esgotament dels terminis de la presó provisional.”

1.3.4. Procediment per a adoptar la mesura

L'article 505 de la LECrim estableix la submissió al principi de justícia pregada, de manera que no es pot adoptar una mesura cautelar personal que no hagi estat sol·licitada per alguna de les acusacions personades, ni es pot adoptar amb una restricció de drets superior a la definida en la petició de les parts.

Pel que fa a l'acte processal, la Llei d'enjudiciament distingeix segons si el detingut és posat a la disposició del jutge que coneix o coneixerà de les actuacions o hi és posat davant qualsevol altre jutge (autor detingut en un partit judicial diferent del que porta la investigació):

a) Si és posat a la disposició del jutge que coneix de les actuacions, aquest ha de deixar sense efecte la detenció si entén que és procedent la llibertat. En cas contrari, ha de convocar les parts (Ministeri Fiscal, acusacions particulars o populars si n'hi ha i el detingut i el seu lletrat) a una compareixença que ha de tenir lloc en el termini de setanta-dues hores. Oïdes les parts, el jutge ha de resoldre la llibertat si cap de les parts no demana un assegurament personal o l'adopció d'una mesura dins dels límits fixats per la petició de les acusacions.

b) Si és posat a la disposició d'un jutge diferent d'aquell que coneixerà de les actuacions, la llei distingeix dos supòsits:

- Si el detingut no pot estar a la disposició del jutge competent en el termini de setanta-dues hores, el jutge actuant ha de practicar la mateixa compareixença i ha de resoldre sobre la mesura cautelar pertinent, sense perjudici que el jutge competent torni a oir les parts quan el pres estigui a la seva disposició i resolgui sobre la continuació o revocació de la mesura.
- Si pot estar a la disposició del jutge competent en el termini de setanta-dues hores, la llei sembla que reconeix la possibilitat que el jutge actuant

el remeti –privat de llibertat– al jutge competent, perquè sigui aquest qui practiqui la compareixença. En tot cas, el fet que es pugui prorrogar així la situació de privació de llibertat (setanta-dues hores detingut, més setanta-dues hores de conducció) fa que en la pràctica forense sempre es procedeixi en els termes més garantistes descrits en el número anterior.

No obstant això, la llei recull un supòsit en què un jutge o tribunal pot adoptar d'ofici (sense petició de part) la presó provisional, que és quan no s'ha trobat l'inculpat en el seu domicili i està en parador ignorat. En aquests supòsits, el jutge pot declarar la rebel·lia de l'inculpat i ordenar-ne la crida i cerca i l'ingrés a la presó, sense perjudici de practicar la compareixença a què ens hem referit abans en les setanta-dues hores següents al moment en què és posat a la disposició del jutge o tribunal ordenant de la presó (art. 512 LECrim).

1.3.5. La decisió

La decisió ha de revestir la forma d'interlocutòria. Aquesta motivació (art. 506.1) ha de complir els estàndards de suficiència i raonabilitat⁷.

“Entenent per això que en adoptar i mantenir aquesta mesura s'hagi ponderat la concurrència de tots els extrems que en justifiquen l'adopció i que aquesta ponderació o, si es vol, aquesta subsumció no sigui arbitrària, en el sentit que estigui d'acord amb les pautes del raonament lògic normal i, especialment, amb les finalitats que justifiquen la institució de la presó provisional.”

(7) SSTC 128/1995, de 26 de juliol; 47/2000, de 17 de febrer; 8/2002, de 14 de gener; 23/2002, de 28 de gener; 138/2002, de 3 de juny; 142/2002, de 17 de juny; 22/2004, de 23 de febrer; 191/2004, de 2 de novembre.

Per tant, és indispensable que la resolució judicial indiqui amb precisió el pressupòsit de la mesura (indicis de responsabilitat criminal) i el fi constitucionalment legítim perseguit. A més, ha d'indicar la relació que hi ha entre la mesura cautelar adoptada i el fi perseguit, és a dir, ha d'expressar fins a quin punt és útil per a les finalitats perseguides en el cas concret. La no expressió d'aquests extrems en la resolució judicial determina la insuficiència de la motivació i una lesió del dret a la llibertat personal, per la privació que se'n fa sense la concurrència d'un pressupòsit que habiliti aquesta privació.

STC 47/2000

STC 47/2000, de 17 febrer, especialment en el FJ 8è., en què censura la insuficiència de la motivació de les resolucions judicials que acordaven el manteniment de la mesura de presó provisional, i declara que “en cap cas es fa referència a la finalitat que es persegueix amb l'adopció de la mesura cautelar impugnada. Sense referència de la finalitat perseguida és obvi que tampoc no s'argumenta sobre les circumstàncies personals del recurrent en relació amb la presó acordada. No s'expressa cap judici de ponderació entre el dret a la llibertat personal i les finalitats que en legitimarien constitucionalment la limitació; no es diu res dels interessos que es protegeixen amb la resolució, ni sobre la necessitat d'aquesta. En fi, no es pot apreciar si la resolució és proporcionada o no, i encara menys si està d'acord amb les finalitats que la justifiquen.”

Pel que fa als supòsits en què s'ha decretat el secret de les actuacions, l'article 506 de la LECrim disposa que en la interlocutòria s'han d'expressar els particulars del secret que, per a preservar-ne la finalitat, s'han d'ometre de la còpia

que s'ha de notificar. No obstant això, s'imposa que en cap cas s'ha d'ometre en la notificació una succinta descripció del fet imputat i quina o quines de les finalitats que preveu l'article 503 es vol aconseguir amb la presó.

No obstant això, el TC⁸ estableix la necessitat d'una motivació discreta. Entenem que la motivació que es notifiqui –malgrat el secret de les actuacions– ha d'incloure –sense arruïnar el sigil en la investigació– una mínima aportació de les fonts de prova que permeten aconseguir el convenciment de responsabilitat i de risc en què es basa la mesura cautelar adoptada, tenint en compte que, si no es fa així, la possibilitat de discrepar i impugnar la decisió judicial és merament formal o aparent.

⁽⁸⁾STC 18/1999.

1.3.6. La impugnació

Cal fixar-se en el fet que la mesura cautelar de presó en totes les modalitats que hi ha, o la de posada en llibertat, és susceptible de recurs de reforma o apel·lació i que la resolució en apel·lació ha de passar per una vista oral obligatòria si alguna de les parts ho peticiona al Tribunal (art. 507, 518 i 766 LECrim).

D'altra banda, les mesures cautelars (o la revisió d'aquestes mesures) les poden sol·licitar les parts en qualsevol moment del procés, si bé la lògica processal condueix a fer que es faci quan les parts considerin que han mutat les circumstàncies que van motivar la situació que es mira de modificar.

La llei no diu res del període de prova. En tot cas, una pràctica forense basada en el lògic principi de defensa permet la presentació de les fonts de prova en les quals la part basa la pretensió. No és infreqüent que les parts es limitin en la compareixença a al·legar les circumstàncies concurrents (sense gaire suport probatori, fora de les seves meres afirmacions), ja que la immediatesa amb què es practica aquesta compareixença impedeix la major part de vegades proveir-se de la prova que pot justificar el posicionament de la defensa. No obstant això, la impugnació d'una ordre d'empresonament –amb fiança o sense– imposa l'esforç d'acreditar la no concurrència de les premisses en les quals s'ha fet descansar la decisió judicial. Això comporta que, quan el recurs es basa en la falta d'indicis de responsabilitat criminal en l'inculpat, la defensa ha de voler la revisió de la valoració judicial, i ha de proposar per a això que els testimonis de les actuacions (així ho imposa l'art. 766 LECrim) mostrin l'error de ponderació que s'ataca. Si no es fa així, no cal aportar al Tribunal que resolgui en alçada cap element que permeti apreciar una equivocació del jutge *a quo* (jutge que va dictar la resolució en primera instància).

Quan el recurs es basa en la no concurrència de les finalitats que s'esgrimeixen en la interlocutòria impugnada per a decretar la presó provisional, no solament s'han de proposar els testimonis de les actuacions que s'entenen conduents a la pretensió revocatòria, sinó que s'han d'aportar les fonts de prova (normalment prova documental) que permetin reelaborar una conclusió d'abast diferent respecte dels riscos que es miren de conjurar amb la mesura

que s'ataca (documents acreditatius de tinença de domicili, de si és en propietat, de tinença de família dependent, de tenir una activitat laboral i l'antiguitat d'aquesta activitat, d'escolarització de fills i l'antiguitat d'aquesta escolarització, d'antiguitat de l'arrelament, etc.).

2. Les mesures cautelars reals

Una mesura cautelar real s'entén que és aquella mesura processal que, recaient de manera exclusiva sobre el patrimoni de l'obligat legalment a fer-ne la prestació, està específicament orientada a fer realitzables les eventuais responsabilitats pecuniàries que es puguin declarar en resposta al fet punible que és objecte del procediment penal.

L'actual article 764.1 de la LECrim no diu quines són aquestes mesures d'assegurament. Aquesta indeterminació i el fet que el legislador remeti a les normes de la Llei d'enjudiciament civil en el número 2 d'aquest mateix article determina que sigui aplicable al procediment penal el que disposa l'article 726 de la Llei d'enjudiciament civil, que disposa que el Tribunal pot acordar – respecte dels béns i drets del demandat– qualsevol actuació cautelar que sigui proporcionada i adequada. Així, doncs, es produeix una alteració important en relació amb la situació anterior, ja que, si bé és cert que es podia pensar que la llibertat d'actuació ja era la realitat processal penal imperant, sempre sobre la base de la idoneïtat, necessitat i proporcionalitat, és veritat que l'adopció de mesures restrictives de drets fonamentals –com és ara el de propietat–, no previstes legalment, va ser un dels motius en què el Tribunal Suprem va basar la prevaricació judicial en la Sentència de 15 d'octubre de 1999 (*cas Gómez de Liaño*) i ha estat expressament proscria pel nostre Tribunal Constitucional⁹.

⁽⁹⁾STC 169/01, *cas Scilingo*.

Així, és transcendental apreciar la diferència entre una redacció anterior que arbitrava la fiança i l'embargament com a úniques mesures d'assegurament econòmic (tot i que es reconeixia alguna altra mesura en altres textos legals), subordinant fins i tot l'embargament a la ineficàcia de la fiança, i la nova regulació que permet al jutge assenyalar la garantia patrimonial que consideri més adequada, sense que es pugui atacar la seva decisió pel fet de no seguir-se una determinada prelación legal o per una imprevisió concreta de la mesura cautelar en la llei processal o un altre text normatiu d'aplicació directa en el procediment penal. En tot cas, que hi hagi llibertat de configuració no ha de fer obviar que les principals mesures cautelars ja són objecte d'expressa previsió legislativa per al procediment penal. Aquestes mesures són l'embargament i la fiança regulats en els articles 589 *et seq.* de la LECrim, la intervenció judicial, l'administració judicial, el dipòsit, l'inventari, l' anotació preventiva de querella, l' anotació registral, la prohibició de cessació d'activitat o la suspensió d'acords socials previstos en l'article 727 de la Llei d'enjudiciament civil, o la clausura i la suspensió temporal previstes en aquest mateix article i en l'article

129 del CP; tot plegat sense deixar de banda mesures com les que preveuen les lleis de propietat intel·lectual, patents o marques, o fins i tot el mateix article 158 del CC.

2.1. L'objecte de l'assegurament

El mateix article 764.1 de la LECrim fixa l'objecte d'assegurament. L'òrgan jurisdiccional ha d'adoptar les mesures tendents a la garantia de totes les responsabilitats pecuniàries, incloses les costes. El concepte inclou:

1) Els pronunciaments propis del procés penal (assegurament de la pena pecuniària, del comís i de les costes).

2) Els inherents al procés civil acumulat¹⁰. Això és el que l'article 109.2 del CP anomena *responsabilitat civil*. El contingut d'aquesta responsabilitat civil (art. 100 LECrim i 110 CP) obliga a adoptar cauteles que garanteixin la restitució de la cosa, la reparació del dany i la indemnització de perjudicis materials i morals derivats del fet punible.

⁽¹⁰⁾En la mesura que no s'hagi renunciat o hi hagi hagut reserva per a un exercici posterior i separat d'acord amb els articles 112 de la LECrim i 109.2 del CP.

Cal recordar que el reintegrament té caràcter prioritari i que s'ha d'adoptar encara que la cosa es trobi en poder d'un tercer i aquest l'hagi adquirida legalment i de bona fe (art. 111.1 CP). Això comporta que l'assegurament del retorn hagi de tenir la mateixa primacia i que la mesura que a aquest efecte s'adopti s'ha de dirigir no tant contra el responsable penal, sinó contra qui tingui la cosa en el seu poder excepte, és clar, en els casos en què la cosa és posseïda per un títol que la fa irreivindicable (veg. els supòsits dels articles 34 de la Llei hipotecària, 464 del Codi civil i 545 del Codi de comerç).

2.2. Subjectes obligats

L'obligació de prestar mesures cautelars reals pot incloure subjectes que tenen una posició passiva molt diferent en el procediment. El fonamental de tots aquests subjectes és l'inculpat, la responsabilitat penal del qual comporta una responsabilitat pecuniària l'assegurament de la qual imposa el mateix article 299 de la LECrim i en relació amb el qual l'article 589 de la LECrim s'ocupa d'establir que "quan del sumari resultin indicis de criminalitat contra una persona, el jutge ha de manar que presti una fiança suficient per a assegurar les responsabilitats pecuniàries".

L'exigència d'indicis racionals de criminalitat contra la persona s'ha d'entendre satisfeta des de la doctrina del nostre Tribunal Constitucional segons la qual la restricció del dret fonamental només és possible en la mesura que l'afectat es pugui tenir amb fonament com a responsable del delictes, la qual cosa va més enllà de la mera suposició o conjectura. Els indicis racionals de criminalitat comporten alguna cosa més que la mera insinuació de relació entre la persona i el delictes investigat, i es manifesten com a sospita fundada, és a dir, el suggeriment de responsabilitat basada en dades objectives que si-

⁽¹¹⁾SSTC 171/1999, 299/2000 o 14/2001, entre moltes altres.

⁽¹²⁾STEDH *cas Klass, cas Ludi*, Sentència de 15 de juny de 1992.

guin accessibles a tercers (cosa que possibilita el control de la mesura) i que a més proporcionin una base real de la qual es pugui inferir de manera lògica, seriosa i desapassionada que s'ha comès l'il·lícit penal i que se n'és responsable¹¹. La base d'aquesta inferència tant poden ser les dades fàctiques com a vegades les “bones raons” o les “ fortes presumpcions”¹².

A més, hi ha un altre grup de persones la situació de les quals en el procés penal està orientada exclusivament a respondre totalment o parcialment dels danys econòmics derivats del fet delictiu. Són els anomenats *responsables civils*, que el nostre ordenament jurídic classifica en **directes** o **subsidiaris**.

Els responsables directes han d'assumir una obligació de reparació solidària amb la mateixa obligació del responsable criminal, a diferència dels subsidiaris, per als quals l'exigència de l'obligació rescabadora queda supeditada al fet que s'acrediti i declari la insolvència dels que han de respondre civilment amb caràcter principal.

Els primers no són altres que les entitats asseguradores que tinguin assumit el risc de les responsabilitats pecuniàries derivades del fet que és objecte de punició (art. 117 CP), i també les persones que són cridades en l'article 118 del CP a la reparació civil en supòsits d'apreciació de les eximents d'alienació mental, intoxicació plena, alteració en la percepció, estat de necessitat o por insuperable.

La responsabilitat civil subsidiària està prevista per als supòsits que recullen els articles 120 i 121 del text punitiu.

No obstant això, queden dos supòsits d'un indubtable interès pràctic:

1) D'una banda, l'anomenada **participació a títol lucratiu** en els efectes del delicte. En la mesura que s'acrediti que una persona determinada ha participat (s'ha beneficiat) en els efectes d'un delicte i que s'evidenciï que aquesta participació no li ha exigít una contraprestació equivalent i que el beneficiari va actuar de bona fe o –cosa que a la pràctica és la més freqüent– que no hi ha almenys prova que demostrï la seva coparticipació en el delicte o responsabilitat per encobriment, ens trobarem amb la inexistència de responsabilitat penal en l'obligat, si bé amb una obligació civil de restitució de la cosa o de reparació del dany fins a la quantia de la seva participació o benefici. Aquesta obligació –prescrita en l'art. 122 CP– s'ha de declarar en la sentència que posi fi al procediment i l'instructor ha d'arbitrar la introducció en el procediment –com a subjecte passiu– de tothom que resultarà afectat per la decisió judicial a fi d'evitar la indefensió.

En molts supòsits, aquesta entrada es produeix en la fase d'instrucció o investigació, i l'obligat és cridat mitjançant el mecanisme de la inculpació. Cridat en aquesta consideració i en vista de les revelacions de les diligències d'investigació practicades, les acusacions a vegades no arriben a trobar base per a poder exercitar una pretensió punitiva en contra seva, sinó una mera reclamació rescabadora civil. Quan aquesta impossibilitat es manifesta abans de l'obertura del judici oral, i en tots els casos en què la investigació suggereix des del principi que l'individu va tenir una mera participació a títol lucratiu i de bona fe, la crida al procés s'ha de fer en condició de responsable civil directe¹³.

(13) SSTS de 21 de gener de 1993, de 20 de març de 1993 o d'1 de febrer de 1996.

2) D'altra banda, el segon supòsit té a veure amb els innombrables casos en què el **delicte d'alçament de béns** s'executa mitjançant la transmissió d'actius econòmics –normalment immobles– per o a favor de persones jurídiques que els transmeten o adquireixen per compravenda simulada o en dació en pagament d'un suposat crèdit anterior. En tots aquests supòsits, la persona que actua en representació de l'entitat transmissent o adquirent és una persona física i té la consideració d'inculpat en vista de la seva necessària cooperació en la forçada insolvència del deutor-transmissent. No obstant això, és constant la jurisprudència del nostre Tribunal Suprem que indica que en el delicte d'alçament de béns (insolvència fraudulenta) la reparació dels perjudicis derivats de l'il·lícit penal no consisteix en el pagament de l'import del deute eludit –ja que aquest deute no neix de l'il·lícit penal sinó que és preexistent–, sinó que exigeix la nul·litat del contracte de transmissió formalitzat il·legalment (art. 6.3 CC). Això comporta que la declaració de nul·litat afecta el patrimoni o obligacions del transmissent o adquirent representat i per tant una persona (la persona jurídica) diferent d'aquells que han estat portats al procediment com a presumptes autors de l'il·lícit penal. En aquests supòsits, si no es permet a la persona jurídica la defensa dels seus drets subjectius, ens trobarem amb una falta de litisconsorci passiu necessari que impedeix la declaració de nul·litat de la il·legal transmissió de propietat, havent-se establert per constant jurisprudència del nostre Tribunal Suprem¹⁴ la necessitat que en aquests procediments el titular demanial que pot ser desposseït en virtut de la nul·litat ha de ser portat en qualitat de responsable civil, sempre que, és clar, hi hagi una individualitat real entre el patrimoni de l'adquirent i el de qui el va representar.

(14) SSTS de 15 de febrer de 1995, de 21 d'octubre de 1998 o de 22 de juny de 1999, entre d'altres.

2.3. Moment de l'adopció

L'article 764.1 no indica res sobre el moment adequat per a l'adopció d'aquestes garanties. La pràctica demostra que no poques vegades els instructors acorden les mesures cautelars reals en el moment d'acordar l'obertura de judici oral. Així ponderen la pretensió punitiva econòmica i la reclamació rescabadora exercides per les acusacions i ho fan sobre la base de la previsió legal –avui inclosa en l'article 783.4 de la LECrim– que aquest moment és oportú per a l'adopció, modificació, suspensió o revocació de qualsevol mesura cautelar.

No obstant això, s'ha de destacar que si bé és indubtable que aquest moment és una oportunitat hàbil per a l'adopció de les cauteles, pel fet de ser precisament aquell en què l'instructor pot analitzar amb més fonament la racionalitat de l'atribució a una persona d'un fet punible i, en conseqüència, de la possible imposició d'una pena i declaració de responsabilitat patrimonial, la veritat també és que és l'article 589 de la LECrim el que marca la vertadera idoneïtat del moment.

Art. 589 LECrim

“Quan del sumari resultin indicis de criminalitat contra una persona, el jutge ha de manar que presti una fiança suficient per a assegurar les responsabilitats pecuniàries que en definitiva es puguin declarar procedents [...]”

Aquesta evidència d'indicis racionals de criminalitat s'ha d'entendre en els termes constitucionals exposats abans, i la conjunció que té amb el perill de demora és el que fixa de manera palmària el temps en què el jutge ha d'adoptar –i la part sol·licitar– les garanties, amb independència de la fase processal en què es trobi la causa; la pràctica esmentada abans és el reflex d'una indolència inacceptable, tant en vista de les funcions sumarians d'assegurament fixades en l'article 299 de la llei processal, com des de la representació que, no poques vegades, la quantia de la pena o la suspensió de l'execució de la pena fa que sigui precisament la reparació del context patrimonial pròxim al delictes la que conformi en el perjudicat i la ciutadania la imatge d'eficàcia o d'inutilitat de la justícia i els seus procediments. En tot cas, la valoració judicial de les dades i elements que determinen la necessitat de la mesura cautelar és una qüestió de legalitat ordinària que no té transcendència constitucional¹⁵.

(15)STC 27/1995.

En relació amb els responsables civils i el moment del seu assegurament, és cert que l'article 783.2 LECrim estableix que han d'atorgar fiança en la mesura que no ho hagi fet l'acusat en el termini que se li doni a aquest efecte; no obstant això, la funció cautelar de la mesura determina que no s'ha d'excloure una exigència simultània quan hi hagi un pronòstic fundat d'insuficiència de recursos en els principalment obligats i concorri amb un risc concret de pèrdua o sortida d'actius del patrimoni dels responsables civils, tot plegat sense perjudici de l'alçament d'aquests actius en cas que l'acusat arribi a prestar prou garantia.

No podem acabar aquesta anàlisi breu sense destacar que l'exigència d'assegurament als responsables civils no exigeix la petició prèvia de l'actor civil que imposa per al procediment sumari l'article 615 de la LECrim.

2.4. Forma de la resolució

La llei exigeix (art. 764 LECrim) que l'adopció de la mesura cautelar revesteixi la forma d'interlocutòria; aquesta exigència es basa en la motivació necessària que ha d'acompanyar tota limitació o restricció de l'exercici d'un dret fona-

(16)STC 26/1981 o 62/1982, entre moltes altres.

mental, tal com ha exigit des del principi Tribunal Constitucional¹⁶ i en coherència amb els continguts que per a la confecció de providències i actuacions preveu l'article 248 de la LOPJ.

L'article afegeix que aquestes mesures s'han de formalitzar en prova separada. La previsió permet dissociar perfectament les actuacions principals –tendents a la preparació del judici– d'aquelles que merament van orientades a assegurar les decisions que es puguin adoptar en l'eventual enjudiciament futur, cosa que facilita, no solament la comprensió, sinó que l'instructor pugui remetre separatament causa principal o prova (per finalització o per recurs d'apel·lació) sense que aquesta remissió perjudiqui el desenvolupament de l'altre vessant del procediment.

2.5. Pressupòsits

En matèria de pressupòsits, l'article 764.2 remet a la llei processal civil. Això comporta la remissió als pressupòsits següents:

- 1) L'aparença de bon dret (l'anomenat *fumus boni iuris*).
- 2) L'existència d'un risc derivat de la dilació inherent al procés mateix (l'anomenat *periculum in mora*).
- 3) Que el sol·licitant garanteixi el rescabament dels danys i perjudicis que es puguin causar eventualment en ocasió de l'adopció de la mesura sol·licitada.
- 4) La prèvia petició de part.

La **fiança de reparació** es mostra com un pressupòsit problemàtic. L'article 728.3 de la Llei d'enjudiciament civil disposa –tret que expressament es disposi una altra cosa– que el sol·licitant de la mesura cautelar ha de prestar caució suficient per a respondre, de manera ràpida i efectiva, dels danys i perjudicis que pugui causar al patrimoni del demandat l'adopció de la mesura cautelar; en l'article 737 del mateix text s'afegeix que la prestació de caució ha de ser sempre prèvia a qualsevol acte de compliment de la mesura cautelar acordada.

L'aplicabilitat d'aquesta exigència al procediment penal es podria extreure de la remissió de l'article 764 de la LECrim, sense que el legislador hagi fet en la nova llei processal penal l'expressa exclusió que l'article 728.3 de la Llei d'enjudiciament civil exigeix i permet.

No obstant això, considerem que la remissió en aquesta matèria no existeix, de manera que és una mera aparença i que, per tant, no fa falta exceptuar. Si bé la LECrim remet a la civil en matèria de pressupòsits per a l'adopció d'una mesu-

ra d'assegurament, la veritat és que un "pressupòsit" és la causa o raó d'alguna cosa i, com a tal, és un element precedent i determinant de la cosa mateixa. En aquest sentit, la fiança de reparació no és un pressupòsit d'aquells a què remet la llei, i això per més que aparegui prevista en l'article 728 de la LEC juntament amb el *periculum in mora* i amb el *fumus boni iuris* i per més que determinats autors (per exemple, Miguel Ángel Fernández) considerin que els tres elements són vertaders pressupòsits generals de tota mesura cautelar. La fiança de reparació no té una naturalesa precedent i determinant de la mesura cautelar i això és fàcil de veure en els articles 728 i 737 de la Llei d'enjudiciament civil. En el primer, perquè es condiona l'acord de la mesura a l'existència d'un *fumus boni iuris* i un *periculum in mora*, sense que es faci en relació amb la fiança de reparació. En el segon, amb més claredat, ja que a la fiança de reparació s'hi supedita, no l'adopció de la mesura, sinó el seu compliment o execució.

És cert que l'article 764 de la LECrim estableix que la prestació de les caucions que s'acordin s'ha de fer de la manera prevista en la Llei d'enjudiciament civil. No obstant això, considerem que aquesta disposició no condueix tampoc a l'aplicabilitat penal de l'exigència, ja que, quan el legislador diu que la prestació s'ha de fer de la manera prevista en la LEC, es refereix a la manera de portar a efecte l'assegurament cautelar una vegada és executiu, i no a un element del qual precisament es fa dependre aquesta executivitat.

Considerem que aquesta interpretació de no exigència de la fiança de reparació és l'única coherent amb el principi d'instrumentalitat –que en el procés penal està arrelat amb un interès general irrenunciable– i amb el principi d'oficialitat, que obliga els òrgans estatals –tant de l'acusació com al mateix òrgan jurisdiccional en la seva funció garant– a remoure qualsevol obstacle que s'oposi a la persecució penal i reparació de les seves conseqüències, tal com es col·legeix d'articles com el 299 o del mateix 13 de la LECrim.

Respecte a la **prèvia petició de part**, s'ha de recordar que és un principi consolidat del Dret civil –avui mantingut en l'article 721.2 de la Llei d'enjudiciament civil– que l'adopció de mesures cautelars ha de tenir caràcter pregat. L'exigència no era extrapolable a la doctrina penal. Era incontestada la consideració que l'adopció de mesures cautelars reals en la fase d'investigació del procediment penal es podia abordar d'ofici. Així s'inferia, amb caràcter general, de l'article 589 i del fet que la persecució penal depura no solament interessos particulars, sinó també pretensions públiques irrenunciabls. L'única excepció era en la fase instructora del sumari, en la que l'article 615 exigia la petició de part per a l'assegurament a càrrec de tercers responsables. Aquesta excepció inicial residia en el fet que aquests tercers responsables ho fossin només de la reparació dels interessos privats acumulats al procediment penal, sense que s'expliqui per què aquesta mateixa lògica no va tenir paral·lelisme en el procediment abreujat, en el qual l'assegurament per tercers responsables es podia acordar d'ofici.

La redacció actual de l'article 764.2 suscita el problema –que han resoldre els nostres tribunals– sobre si persisteix o ha estat eliminada aquella possibilitat generalitzada d'assegurament d'ofici en la fase d'instrucció. A favor de la subsistència es mostren les mateixes raons esgrimides abans, és a dir, no solament l'interès general afectat pel procediment penal i l'indeclinable deure dels òrgans jurisdiccionals d'assegurar les responsabilitats pecuniàries dels delinqüents (article 299), sinó el manteniment d'una redacció la literalitat de la qual recull una possibilitat d'actuació no condicionada (“el jutge o tribunal pot adoptar [...]”, diu actualment l'article 764.1). No obstant això, l'oficialitat en l'adopció troba ara arguments en contra –que abans no hi eren–, sobre la base de la remissió que es fa als pressupòsits de la Llei d'enjudiciament civil i considerant a més que el legislador ha introduït el mateix principi de justícia pregada respecte de l'assegurament personal.

La interpretació és defensable, i si bé pot semblar il·lògic que es reconegui a l'instructor un àmbit més gran d'actuació en matèria de restricció de la llibertat personal (pot acordar la detenció per si mateix o la presó en supòsits de risc de fugida) que en relació amb la propietat, la veritat és que l'antinòmia no és tal, ja que el règim concebut així assegura l'adopció de mesures cautelars personals (l'interès de les quals és primordial en el procediment penal) fins i tot en supòsits de desatenció de les parts, o d'aparició sobtada de noves circumstàncies. No obstant això, no s'explica per què es nega a l'instructor aquesta capacitat urgent d'actuació en matèria de responsabilitats pecuniàries, sobretot quan les facultats inicials de l'article 13 de la LECrim no atorguen en cap cas a l'investigador un àmbit de llibertat d'actuació en matèria de responsabilitats econòmiques semblant al que per a l'àmbit personal atorga l'article 13, el 490 i 492 o el mateix 539 de la LECrim.

Sigui quina sigui la interpretació per a la fase d'investigació, la veritat és que la qüestió està sotmesa evidentment al principi acusatori des que la causa supera la fase d'investigació. En la fase intermèdia, l'adopció de la mesura cautelar s'ha de supeditar no solament a la pertinència general que tingui, sinó a quina pugui ser la pretensió punitiva i indemnitzatòria de les acusacions, i és en aquest sentit que cal interpretar la funció judicial de resoldre “sobre l'adopció, modificació, suspensió o revocació de les garanties peticionades per les acusacions”, en els termes a què es refereixen els articles 783 i 800 de la llei processal.

2.6. Remissió a les normes de la Llei d'enjudiciament civil relatives al contingut de la mesura cautelar

L'article 764 de la LECrim preceptua que també és aplicable la normativa de la Llei d'enjudiciament civil relativa al contingut de cada mesura cautelar.

2.6.1. L'embargament

L'embargament tendeix fonamentalment a assegurar el compliment de les obligacions dineràries o de les de lliurament de coses fungibles computables a diners el compliment de les quals no es pugui preservar de manera menys onerosa per al demandat¹⁷.

⁽¹⁷⁾Art. 727.1 i 726 LEC.

La llibertat judicial en l'adopció de mesures cautelars establerta per la nova redacció legal substitueix la concepció anterior en què l'embargament es configurava com una garantia subordinada al fracàs de l'assegurament voluntari mitjançant fiança. Ara la mesura té una realitat autònoma i independent, cosa que permet adoptar-la directament –sense prèvia exigència de fiança– en els supòsits en què la prevenció de l'incompliment suggereixi la conveniència de recórrer-hi clarament, com ara en supòsits en què l'encausat és portador de certs recursos i en què la inexistència d'arrelament o fonts de riquesa pugui fer ingènua la devolució o retorn per a reclamar-los prèviament la prestació d'una fiança.

Pensem en el cas d'un estranger amb diners o efectes intervinguts en el moment de la detenció, que serà posat en llibertat i que apareix com a presumpte responsable de la destrossa d'un local nocturn.

El règim jurídic d'aquesta mesura cautelar s'acomoda a les previsions dels articles 584 *et seq.* de la LEC. Entre aquestes mesures destaquen les següents:

- 1) La possibilitat de l'envenció de béns mitjançant la consignació de la quantitat objecte d'assegurament, tal com recull l'article 585 d'aquest text legal.
- 2) Per a l'embargament en garantia d'obligació dinerària –no quan tendeixi a la restitució concreta de la cosa–, s'ha de seguir l'ordre de l'article 592 de la LEC, amb les limitacions fixades en els articles 605 a 608 de la mateixa llei.
- 3) La custòdia dels béns embargats s'ha d'ajustar al que disposen els articles 621 *et seq.* de la llei civil. No obstant això, l'interès públic compromès en el procediment penal i el caràcter inquisitiu de la fase d'instrucció sembla que han de comportar que la previsió de l'article 590.2 de la LEC, segons el qual la investigació del patrimoni de l'obligat no es pot abordar d'ofici en els supòsits en què l'executant els pugui obtenir per si mateix, no pot tenir aplicació en el procediment penal.

2.6.2. La fiança

El contingut de la fiança no el determina la LEC, cosa que comporta que el règim d'aplicació no és altre que el que articula la llei processal penal. Si bé aquest últim text legal no la defineix, de la regulació de la fiança en els arti-

cles 589 *et seq.* se'n deriva que consisteix a assegurar una obligació dinerària i que el compliment d'aquesta obligació afecta un bé o patrimoni que designa voluntàriament l'obligat, sense perjudici d'una ulterior acceptació del jutge.

D'acord amb l'article 591 de la LECrim, la fiança pot ser personal, hipotecària i pignorativa, i si bé és cert que la nova redacció del procediment abreujat omet la possibilitat de fiançament per entitat bancària, parlant només d'entitats asseguradores, és veritat també que no s'exclou, ja que la garantia bancària recollida abans per al procediment abreujat en l'article 784.5a. no era sinó una modalitat de la fiança personal de l'article 592 aplicable subsidiàriament.

Pel que fa al règim jurídic en què és aplicable de la mesura, no és altre que el que estableixen els articles 591 a 595 i les mateixes normes reguladores de la penyora, de la hipoteca i de l'aval.

2.6.3. La pensió provisional

Aquí farem referència a la pensió provisional amb intenció aclaridora o expositiva, ja que, excepte algun sector de la doctrina (per exemple, Ortells Ramos), no és considerada com a vertadera mesura cautelar, atès que, més que assegurar l'execució de l'eventual sentència condemnatòria, el que fa és anticipar-la. No obstant això, serà objecte d'una anàlisi més endavant.

2.6.4. L'administració o intervenció judicial d'empreses

Aquesta previsió és específica de l'article 727 de la LEC, que pren carta de naturalització en l'àmbit penal no solament per la remissió que fa a aquest precepte la nova redacció de l'article 764 de la LECrim, sinó per la previsió prèvia en l'article 129 del CP, a més de la previsió específica respecte de la responsabilitat penal de persones jurídiques. La disposició engloba en realitat dues mesures cautelars diferents, l'administració i la intervenció, i difereixen l'una de l'altra en el fet que en l'administració, el control judicial de la gestió empresarial inclou l'assumpció de les funcions d'administració de l'empresa, i pel contrari en la intervenció aquestes facultats queden en poder de l'encausat. La mesura vol preservar la integritat d'unitats econòmiques complexes que estan en explotació i ho han de continuar estant mentre se substancia el procediment, de manera que s'evita que els gestors puguin continuar en la perpetuació del delictes, puguin causar danys en el patrimoni de l'entitat o els seus socis o puguin instrumentalitzar l'empresa en benefici propi o d'un tercer.

La LEC no estableix res sobre la manera de nomenar l'administrador o l'interventor, ni quines poden ser les seves obligacions o quines les causes de la seva remoció. En tot cas, convé reflexionar sobre l'habitualitat amb què els jutges d'instrucció recorren per a aquestes funcions a funcionaris públics com inspectors de l'Administració tributària ja que, a vegades, l'activitat empresarial per a la gestió de la qual són nomenats s'exerceix amb infracció del règim tributari o de la Seguretat Social, de manera que la correcció d'aquesta

infracció pot alterar la mateixa viabilitat empresarial i perjudicar així, a més, els drets laborals que es volen tutelar. D'altra banda, l'experiència comptable d'aquests inspectors no és garantia d'una preparació empresarial, de manera que potser el nomenament més apropiat, en els casos en què el que es busca és la imparcialitat oficial, és el nomenament a favor de membres de la Societat Estatal de Participacions Industrials (SEPI).

2.6.5. El dipòsit de cosa moble

Aplicable per previsió específica de l'article 727.3 de la LEC, té una indubtable rellevància pràctica en tots els supòsits en què el pronunciament penal pot comportar la restitució d'una cosa que està en poder de l'inculpat. El règim jurídic del dipòsit ha d'estar d'acord amb les normes generals, per consideració a la circumstància que l'article 687 de la LEC prohibeix l'ús dels vehicles dipositats (amb l'excepció de l'art. 374.I.2^a CP) i recordant també la possible responsabilitat criminal que es pot derivar com a malversació en supòsits de dipòsit necessari (art. 435 CP).

L'inventari

L'aplicació penal d'aquesta mesura d'assegurament es basa en la remissió a l'article 727.4 de la LEC i el règim d'aplicació ha de ser determinat –per expressa previsió legal– per l'òrgan jurisdiccional mateix que l'ha acordat. Essent una mesura cautelar de caràcter residual en l'àmbit penal, la veritat és que té una importància evident en determinats procediments penals, el més evident dels quals és el de la prevenció inicial de l'abintestat que se suggereixi convenient en supòsits d'aixecament de cadàvers.

2.6.6. L' anotació preventiva

Aprofitant el principi de publicitat registral, l'anotació preventiva vol advertir tercers que hi ha un procediment judicial penal que afecta un determinat bé i que els qui contractin sobre aquest bé han de passar pel que resulti d'aquest procés.

La mesura cautelar, que recull l'article 727.5 de la LEC, té una importància fonamentalment en relació amb l'escorcoll de la propietat i particularment en tot procediment en què es vulgui la nul·litat de negocis jurídics fets sobre aquests béns, ja que aquesta cautela evita que els béns puguin ser transmesos per títol oneros a tercers de bona fe i esdevinguin irreivindicables (art. 34 de la Llei Hipotecària). Per tant, és freqüent en delictes d'alçament de béns o estafa per doble venda.

El fet que l'anotació preventiva en l'escorcoll de la propietat estigui regulada en l'article 42 de la Llei Hipotecària i que aquesta, en el número 1r., només prevegi l'anotació preventiva de demanda, ha fet que en alguna ocasió els registradors de la propietat hagin denegat la pràctica de l'anotació quan tenia l'origen en un procés penal. La qüestió va quedar definitivament salvada per les resolucions de la Direcció General de Registres d'1 d'abril de 1991 i de 9

de desembre de 1992, que estableixen la possibilitat de l'anotació preventiva sempre que la inscripció no es basi en la mera petició de la part, sinó que sigui ordenada per l'òrgan jurisdiccional obeint a la realitat d'uns indicis de responsabilitat criminal derivats de les diligències d'investigació practicades. Entenem que el requisit exigeix al jutge la confecció d'un judici indiciari lògic que s'ha d'exterioritzar i notificar a les parts per a controlar-ne la legalitat i pertinència. En canvi, en el manament dirigit al registrador n'hi ha prou de la mera indicació que de les diligències practicades se'n deriven indicis seriosos de responsabilitat delictiva, atès el caràcter secret de les actuacions per als qui no són parts i atès que la funció de qualificació del registrador no pot arribar a ponderar la suficiència il·lustrativa dels indicis recaptats.

Analitzades aquestes mesures cautelars concretes i abans d'acabar-ne el comentari relatiu al contingut, s'ha de destacar que la resta de mesures cautelars recollides o facilitades en l'article 727 de la LEC (amb excepcions com la suspensió d'acords socials del número 10 en relació amb els delictes societaris) o no incorporen gaire novetat per al procediment penal –perquè no són sinó submodalitats de les anteriors– o ja havien estat previstes específicament per a l'ordre penal. Aquest és el cas de la cessació provisional d'activitat o la prohibició temporal de la cessació d'activitat (article 727.7), mesures que, juntament amb la clausura d'empresa o els seus establiments, estava prevista en l'article 129.2 del CP, o el cas de les mesures previstes en les lleis de propietat industrial, de marques o de patents.

2.7. L'aplicació penal de les normes de la Llei d'enjudiciament civil en matèria de caució substitutòria

L'article 764 de la LECrim disposa que són igualment aplicables les normes de la LEC relatives a la caució substitutòria de les mesures cautelars. Així, el precepte reconeix la possibilitat d'enervar la mesura cautelar oferint i prestant una altra garantia que sigui tinguda com a igualment operativa per al compliment efectiu de la sentència i que no resulti tan onerosa per a l'obligat (principi de subsidiarietat recollit també en l'article 726.2 de la LEC).

La LECrim estableix d'aquesta manera l'aplicació completa de les normes civils en matèria de caució substitutòria i determina que la remissió no exclouï que s'ha d'aplicar en el procediment penal l'*iter* procedimental que recull la LEC per a l'acceptació de la garantia alternativa. Això comporta que l'obligat (d'acord amb l'article 747 de la LEC) ha de presentar la sol·licitud motivada, acompanyant-la dels documents justificatius de les seves pretensions. Amb trasllat previ a les parts, s'ha de convocar aquestes parts a una compareixença en què han de ser oïdes i en què han de ser practicades les proves proposades i que hagin estat admeses, i cal una resolució amb una interlocutòria en què s'admeti o rebutgi la caució substitutòria. El mateix article 746.2 de la LEC estableix quins són els criteris que han d'orientar el jutge en la decisió. Per acabar, s'ha de destacar que l'article 747.2 de la LEC exclou de recurs aquesta decisió, cosa que s'ha de respectar en l'àmbit penal en vista del caràcter ple de

la remissió i atès que està d'acord amb l'article 766.1 de la LECrim, que recull la possibilitat legal d'exceptuar de recurs les resolucions del jutge d'instrucció que es prevegin expressament.

2.8. La condició de part de les entitats asseguradores, dins dels límits de l'assegurament obligatori de determinades activitats

Art. 764.3 (paràgraf últim) LECrim

“L'entitat responsable de l'assegurança obligatòria no pot ser, en aquest concepte, part del procés, sense perjudici del seu dret de defensa en relació amb l'obligació de fiançar, i a aquest efecte se li ha d'admetre l'escrit que hagi presentat i s'ha de resoldre sobre la seva pretensió en la prova corresponent.”

El Tribunal Constitucional, en les sentències 4/1982, 48/1984 o 114/1988, va establir que aquesta regulació no conculca el dret de defensa de les entitats asseguradores en matèria d'assegurança obligatòria (veg. “Caça, circulació de vehicles de motor o viatgers”), sempre que tingui lloc la dació de coneixement de l'existència del procés i es brindi suficient oportunitat processal d'intervenir-hi, en el sentit de poder discutir l'obligació de pagament de la indemnització sobre la base de la vigència del contracte o l'existència d'una excepció de pagament.

Per tant, és inqüestionable que l'entitat responsable de l'assegurança obligatòria no pot ser, dins dels límits de l'assegurament obligatori, part en el procés, sense perjudici del seu dret de defensa en relació amb l'obligació d'afermar, i a aquest efecte se li ha d'admetre l'escrit que presenti i s'ha de resoldre sobre la seva pretensió en la prova corresponent.

No obstant això, que el precepte sigui constitucional no vol dir que sigui el més convenient. La regulació comporta una minoració de l'àmbit d'aplicació del principi d'audiència i defensa. El legislador ha desaprofitat l'oportunitat de dotar les entitats asseguradores –dins de l'àmbit de cobertura de l'assegurança obligatòria– de les possibilitats de defensa patrimonial que tenen en el procediment civil o en el mateix procediment penal en relació amb reparacions indemnitzatòries d'un import superior al límit de cobertura obligatòria. Tot plegat, sense que avui hi hagi cap raó que justifiqui que l'entitat asseguradora pugui ser condemnada havent estat oïda només en la prova de responsabilitat civil, excloent-se a més –per al tràmit del procediment abreujaat– la possibilitat de reproduir la seva pretensió en el judici oral en els termes fixats en l'article 621.

No hi ha cap motiu que justifiqui que hagi de ser oïda en relació amb l'obligació que té de rescabament i no sobre l'abast concret d'aquesta obligació. No es justifica que una entitat asseguradora pugui oposar la inexistència d'assegurament o de risc objecte de cobertura i que no pugui argüir sobre l'excés de la pretensió indemnitzatòria derivada; encara més essent com és que, malgrat l'objectivitat de la responsabilitat, la veritat és que moltes vegades el

que resulta controvertit és la realitat de la conseqüència danyosa o, si aquesta és evident, el que es debat és la quantificació de l'import reparatori, sobretot quan el nostre ordenament jurídic té el barem de la Llei 30/1995, que permet un ampli ventall d'actuació en la quantificació econòmica de cada seqüela i possibilita una crucial afectació basada en múltiples factors de correcció o en una responsabilitat concurrent.

El sistema legal, havent-se declarat constitucional en el seu moment, restringeix indègudament les possibilitats de defensa i genera a més molts problemes processals. Això passa quan en el tràmit de qualificació definitiva, després de la pràctica de la prova, es vol modificar l'escrit de qualificació provisional en el sentit d'eleva la reclamació indemnitzatòria per sobre del límit de l'assegurament obligatori. La pretensió comporta una alteració irreparable de la relació juridicoprocessal, ja que exigeix que l'asseguradora concorri a un procés –al qual no ha estat cridada– en la seva condició de responsable civil directa. La validesa de l'actuació i la impossibilitat d'un pronunciament que condemni l'asseguradora a un pagament superior al límit de l'assegurament obligatori, no admet altra solució processal que el desistiment de l'acció civil acumulada i la reserva d'accions civils per a exercir-les separatament, de manera que es trenca l'objectiu de consecució d'un procediment sense dilacions innecessàries.

Aquestes objeccions i problemes no es contraresten o resolen amb la pràctica –estesa en la realitat forense– de tenir per part l'asseguradora fins i tot en supòsits en què la reparació indemnitzatòria no excedeix el límit màxim de cobertura obligatòria, ja que el text que el legislador ha mantingut permet que el reclamant pugui impugnar aquesta personació “tolerada” de l'entitat i sol·licitar l'exclusió de la prova que pugui haver aportat l'asseguradora a judici (pensem en informes pericials o testificals de detectius justificatius d'una reclamació abusiva), i la part fins i tot es pot oposar a la legitimació de l'asseguradora d'impugnar una excessiva concedida en sentència.

2.9. La intervenció del vehicle de motor

L'article 764.4 de la LECrim permet la immediata intervenció judicial del vehicle, i ho faculta amb una doble finalitat:

- 1) La primera –limitada al temps estrictament indispensable– obeeix a la necessitat de practicar en el vehicle alguna investigació. La previsió és del tot aliena a l'assegurament econòmic a què es refereix l'article 764 i fa referència a les possibilitats judicials d'actuació que preveu l'article 326 i següents de la LECrim, relatius a la inspecció ocular i al cos del delictes.
- 2) La segona permet la intervenció del vehicle i del permís de circulació, per a l'assegurament de les responsabilitats pecuniàries i en tant que no consti acreditada la solvència de l'investigat o encausat o del tercer responsable civil.

Exercicis d'autoavaluació

1. Ingressat a la presó, un pres compleix quatre anys des que li van decretar la presó provisional.

- a) Ha de ser posat en llibertat, perquè no hi ha possibilitat legal que la presó provisional superi aquest temps.
- b) Es pot acordar la presó provisional per un any més, sempre que no s'hagi culminat l'enjudiciament.
- c) Només es pot mantenir la presó provisional si hi ha escrit d'acusació. En aquest cas, la presó provisional pot arribar fins a la meitat de la pena que es demana per a l'acusat.
- d) No hi ha cap inconvenient si la pròrroga és proporcional al delictes de què és acusat i la interlocutòria està motivada.

2. Es va decretar la presó provisional de l'inculpat com a presumpte autor d'un delictes de robatori amb violència i ús d'armes. A l'hora de decretar-se la presó es va acordar taxar els béns que van ser sostrets a la víctima. Al cap de sis mesos, demanem la llibertat adduint que des de la data inicial no s'ha fet cap actuació processal.

- a) No hi ha motiu per acordar la llibertat si perduren els motius que en van basar l'adopció, ja que no ha passat el termini legal de dos anys.
- b) És procedent deixar l'inculpat en llibertat, tenint en compte que no s'ha aprofitat la privació de llibertat per a avançar l'actuació investigadora.
- c) Si el delictes no ha prescrit, ha de continuar la presó i la investigació.
- d) És obligatori convocar les parts a una compareixença per a oir la resta de les parts, abans que el jutge pugui resoldre sobre la llibertat peticionada.

3. La presó provisional es pot acordar...

- a) sempre que el jutge consideri que és pertinent.
- b) quan l'inculpat té antecedents penals.
- c) quan el jutge afirmi que hi ha risc de fugida, reiteració delictiva o que l'inculpat pot perjudicar la investigació.
- d) quan hi ha indicis de responsabilitat en l'inculpat i que concorre alguna de les finalitats que legitimen constitucionalment la presó segons l'article 503 de la LECrim.

4. En un municipi de 1.500 habitants, en B va agafar el cotxe quan tothom li deia que no estava en condicions de conduir per una important ingesta alcohòlica. Quan anava a casa seva, va atropellar un grup d'escolars que travessaven el pas de vianants. Com a conseqüència del sinistre, van morir dos nens i van haver d'amputar els dos braços d'un altre. En B va ser detingut i presentat davant el jutge com a presumpte autor d'un delictes de conducció temerària i delictes d'homicidi imprudent i lesions imprudents. El clam ciutadà és evident i hi ha una important aglomeració a les portes del jutjat.

- a) No es pot acordar mai la presó provisional, perquè no hi ha motiu constitucional que ho legítimi.
- b) L'acció més procedent és decretar la presó preventiva adduint que hi ha un risc de reiteració delictiva.
- c) Excepcionalment i transitòriament, cal adoptar la presó provisional per alarma social, encara que no s'aprecii risc de fugida o reiteració delictiva.
- d) Si el fiscal ho demana, és procedent acordar la presó provisional.

5. El principi de justícia pregada en matèria de mesures cautelars personals comporta...

- a) que la justícia ha de fer el que se li demana.
- b) que no hi pot haver justícia, si no es demana.
- c) que no es pot adoptar cap mesura cautelar que no es demani expressament.
- d) que no es pot adoptar cap mesura cautelar de més gravamen que la que sol·licitin les acusacions.

6. Les manifestacions d'un detingut a la policia...

- a) no són mai vàlides.
- b) només són vàlides si es produeixen en la seva declaració, assistit d'un lletrat.

- c) son vàlides sempre, encara que no sigui present el lletrat.
- d) són vàlides si es fan sense el lletrat, sempre que siguin espontànies i després d'instruir-lo en els drets que té com a detingut.

7. Una personada detinguda...

- a) queda incomunicada fins a la declaració judicial.
- b) té dret a fer una trucada amb ple respecte a la seva intimitat.
- c) té dret a demanar que la policia participi la detenció a la persona que determini aquesta persona detinguda.
- d) té dret a demanar que es comuniqui la detenció a un advocat d'ofici.

8. L'estranger que manifesti que no entén l'idioma espanyol i sol·liciti un intèrpret...

- a) té dret a demanar que l'intèrpret l'assisteixi en les declaracions i sempre que el lletrat ho demani per a preparar la defensa amb el seu client.
- b) no té dret a l'intèrpret, si s'aprecia que parla prou bé l'espanyol.
- c) no té dret a un intèrpret si és resident a Espanya.
- d) té dret a l'intèrpret en els moments en què se li hagi de prendre declaració.

9. La policia té l'obligació de presentar el detingut davant l'autoritat judicial...

- a) al cap de setanta-dues hores de la detenció.
- b) al cap de cinc dies de la detenció.
- c) just després de la detenció i declaració policial.
- d) tan aviat com s'hagin practicat les diligències que la policia consideri necessàries per a aclarir els fets.

10. Las mesures cautelars reals són...

- a) les que s'adopten contra algun dels membres de la família reial.
- b) les mesures cautelars que comporten vertaderament una restricció de drets de l'inculpat.
- c) les que s'adopten per a garantir els pronunciaments econòmics de la sentència.
- d) la fiança i l'embargament.

11. En garantia de les responsabilitats civils...

- a) es pot decretar la presó amb fiança de l'inculpat.
- b) no es pot decretar altra mesura que la fiança o l'embargament.
- c) només són possibles les mesures que regula expressament la LECrim, ja que la propietat és un dret fonamental de l'individu.
- d) la LECrim autoritza el jutge a adoptar qualsevol mesura que consideri adequada per a les finalitats que es persegueixen.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. a

2. b

3. c

4. c

5. d

6. d

7. c

8. a

9. d

10. c

11. d

Abreviatures

CE Constitució espanyola

CP Codi penal

ITS Interlocutòria del Tribunal Suprem

LECrim Llei d'Enjudiciament Criminal

LOPJ Llei Orgànica del Poder Judicial

PIDCP Pacte Internacional dels Drets Civils i Polítics

RCL Repertori Cronològic de Legislació Aranzadi

RTC Repertori del Tribunal Constitucional

SSTC Sentències del Tribunal Constitucional

STC Sentència del Tribunal Constitucional

STEDH Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans

STS Sentència del Tribunal Suprem

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeu de Drets Humans