
Medidas cautelares personales y reales

PID_00268272

Pablo Llarena Conde

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 4 horas





Pablo Llarena Conde

Magistrado del Tribunal Supremo.

La revisión de este recurso de aprendizaje UOC ha sido coordinada por el profesor: Jordi Garcia Alberó (2019)

Quinta edición: septiembre 2019
Autoría: Pablo Llarena Conde
Licencia CC BY-NC-ND de esta edición, FUOC, 2019
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC



Los textos e imágenes publicados en esta obra están sujetos –excepto que se indique lo contrario– a una licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 España de Creative Commons. Podéis copiarlos, distribuirlos y transmitirlos públicamente siempre que citéis el autor y la fuente (FUOC. Fundació para la Universitat Oberta de Catalunya), no hagáis de ellos un uso comercial y ni obra derivada. La licencia completa se puede consultar en <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.es>

Índice

| | |
|---|-----------|
| Introducción..... | 5 |
| 1. Las medidas cautelares personales..... | 7 |
| 1.1. Principios generales | 7 |
| 1.2. La detención o el arresto | 9 |
| 1.3. La prisión provisional | 16 |
| 1.3.1. Presupuestos para la adopción de la prisión preventiva | 17 |
| 1.3.2. La subsidiariedad | 20 |
| 1.3.3. Provisionalidad y temporalidad | 20 |
| 1.3.4. Procedimiento para su adopción | 21 |
| 1.3.5. La decisión | 23 |
| 1.3.6. La impugnación | 24 |
| 2. Las medidas cautelares reales..... | 25 |
| 2.1. El objeto del aseguramiento | 26 |
| 2.2. Sujetos obligados | 26 |
| 2.3. Momento de la adopción | 28 |
| 2.4. Forma de la resolución | 30 |
| 2.5. Presupuestos | 30 |
| 2.6. Remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al contenido de la medida cautelar | 33 |
| 2.6.1. El Embargo | 33 |
| 2.6.2. La fianza | 34 |
| 2.6.3. La pensión provisional | 34 |
| 2.6.4. La administración o intervención judicial de empresas | 34 |
| 2.6.5. El depósito de cosa mueble | 35 |
| 2.6.6. La anotación preventiva | 35 |
| 2.7. La aplicación penal de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de caución sustitutoria | 36 |
| 2.8. La condición de parte de las entidades aseguradoras, dentro de los límites del aseguramiento obligatorio de determinadas actividades | 37 |
| 2.9. La intervención del vehículo de motor | 39 |
| Ejercicios de autoevaluación..... | 41 |
| Solucionario..... | 43 |
| Abreviaturas..... | 44 |

Introducción

Las medidas cautelares son actos procesales imperativos que recaen sobre las personas o los bienes y están orientados a lograr la efectividad de la sentencia que pudiera llegar a recaer.

Existen dos grandes clases de medidas cautelares: **personales y reales**. Medidas cautelares personales son las que limitan la libertad de actividad o movimiento del investigado o encausado y se orientan a garantizar su sujeción al proceso. Por su parte, las medidas cautelares reales tienen por objeto conservar los bienes sobre los cuales se ejecutaría una eventual multa o indemnización o a establecer una garantía accesoria de que el investigado o encausado no se sustraerá al juicio.

1. Las medidas cautelares personales

1.1. Principios generales

En un Estado constitucional garante de los derechos fundamentales, toda medida cautelar –y particularmente el arresto y la prisión preventiva por afectar a la libertad individual– deben responder a unos principios informadores, siendo estos:

1) El **principio de legalidad**. Entraña no solo que cualquier medida limitativa de un derecho fundamental debe estar prevista en la ley y que están proscritas las medidas cautelares innominadas, sino que, además, deberán interpretarse restrictivamente los supuestos legales habilitantes para su adopción y que será preciso que en la adopción y mantenimiento de la medida se respete escrupulosamente el proceso legalmente establecido.

En los ordenamientos procesales modernos está generalizada la previsión legal de medidas cautelares personales –como el arresto domiciliario o la prisión preventiva–; no obstante, la mayor parte de ellos configuran otras medidas que facilitan una alternativa a estas graves restricciones, regulándose medidas personales como la fianza, la prohibición de salida al extranjero o la intervención del pasaporte, la obligación o prohibición de residencia en determinados lugares o territorios, el sometimiento a vigilancia o control, la presentación periódica o los modernos localizadores electrónicos.

2) La **excepcionalidad**. El principio impone que la regla general ha de ser el pleno disfrute de los derechos subjetivos por parte del inculcado, pudiendo únicamente restringirse su libertad en los supuestos en los que se considere su pertinencia en atención a las circunstancias del caso concreto.

3) La **instrumentalidad**. El principio entraña que la adopción de una medida cautelar personal solo resultará procedente cuando su finalidad sea la de asegurar el resultado del juicio y la eficacia del *ius puniendi* del Estado. Por su parte, la medida cautelar real no solo tiene como finalidad el aseguramiento de la pena pecuniaria, sino el aseguramiento del interés resarcitorio de la víctima.

4) La **provisionalidad**. La medida cautelar habrá de dejarse sin efecto tan pronto como devenga innecesaria para la finalidad expuesta.

5) La **temporalidad**. Su duración, con independencia de su finalidad, será siempre limitada, debiendo fijar la ley los plazos máximos de duración de cada una de ellas en función de las circunstancias concurrentes.

6) **La jurisdiccionalidad.** Las medidas cautelares personales solo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente, estando normalmente sometida la decisión al principio de justicia rogada, de suerte que –de ordinario– el órgano judicial ni puede adoptar la medida de oficio, ni puede imponer otras medidas más gravemente restrictivas del derecho fundamental que las solicitadas.

7) **La proporcionalidad.** Las medidas cautelares entrañan un sacrificio del derecho afectado, de suerte que están sometidas a que concurra una proporcionalidad definida por una serie de valores:

a) La **idoneidad** de la medida, es decir, que la medida sea adecuada al fin u objetivo que con ella se pretende.

b) **Subsidiariedad**, esto es, que no exista otra actuación que, siendo igualmente operativa para la finalidad que se pretende, resulte menos restrictiva de los derechos individuales de quien soporta la medida.

c) Que sea **proporcional** en sentido estricto, o lo que es lo mismo, que exista una relación razonable entre el perjuicio vinculado a la medida y el valor jurídico que de su aplicación se pretende.

8) **La motivación.** Cuya ausencia real o formal determinará la plena nulidad de la decisión judicial adoptada.

Si estos son los principios informadores, la adopción de una medida cautelar en un sistema garantista exige además unos presupuestos, cuya indiciaria acreditación debe concurrir y que en cuanto tal deberán ser exteriorizados en la motivación sobre el porqué de la medida. Estos presupuestos son:

1) El ***fumus commisi delicti***. Es decir, la fundada sospecha de participación del investigado o encausado en una determinada infracción penal o en unos hechos aparentemente delictivos. El TC afirma que estas fundadas sospechas van más allá de las simples conjeturas o probabilidades, y que consisten en la concurrencia de datos objetivos que permitan un juicio razonable de responsabilidad delictiva.

2) El ***Periculum in mora***. O riesgo de que una de las finalidades del proceso pueda malograrse como consecuencia de una inactividad presente. Vista pues la finalidad antes expuesta, el peligro de fuga o de sustracción del investigado o encausado a la acción de la Justicia será precisamente el riesgo de demora que justifica la adopción de la medida cautelar personal, sin que pueda extraerse este riesgo directamente de la gravedad de la pena, sin consideración a otros parámetros, cuales pueden ser el arraigo en el país, la importancia del daño, el comportamiento del investigado o encausado durante el procedimiento o el tiempo que lleva ya adoptada la propia garantía.

1.2. La detención o el arresto

La detención o el arresto consiste en la privación provisionalísima de la libertad de una persona ante la eventualidad de quedar sometida a un procedimiento penal.

La detención está sometida a los principios generales antes indicados, exceptuando el de jurisdiccionalidad, habida cuenta de que nuestro ordenamiento jurídico permite que en determinados supuestos pueda procederse a la detención de una persona por cualquier particular y considerando además que existen otra serie de supuestos en los que el arresto puede acordarse no solo por la autoridad judicial, sino por el Ministerio Fiscal o por cualquier miembro integrante de la Policía Judicial.

De otro lado, la detención está sujeta al principio de taxatividad, esto es, que cada una de las personas autorizadas solo podrá practicar el arresto en los supuestos expresamente previstos en la ley (art. 17.1 de la CE).

Artículo 17.1 CE

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.”

De este modo, el artículo 490 de la LECrim establece la posibilidad de que cualquier persona –un particular– pueda realizar una detención en los supuestos que indica el artículo.

Artículo 490 de la LECrim

- “1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. Al delincuente, *in fraganti*.
3. Al que se fugare del establecimiento penal en el que se halle extinguiendo condena.
4. Al que se fugare de la cárcel en la que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.”

Paralelamente, el artículo 492 de la Ley Procesal permite acordar la detención, no solo a la autoridad judicial, sino a la autoridad (incluido el Ministerio Fiscal) o cualquier funcionario de la Policía Judicial, en los supuestos que indica el artículo.

Artículo 492 de la LECrim

“1. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

2. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.

3. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza suficiente, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el juez o tribunal competente.

4. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:

a. Que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente suficientes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito.

b. Que los tenga también suficientes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.”

A todos estos supuestos, debe añadirse la posibilidad de que la desatención de una orden citación pueda transformarse en orden de detención. En tal sentido, hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 486 y 487 de la LECrim.

Artículos 486 de la LECrim

“La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada solo para ser oída, a no ser que la ley disponga lo contrario, o que desde luego proceda su detención.”

Artículo 487 de la LECrim

“Si el citado con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.”

En cualquier caso, el Estado de Derecho reconoce un estatuto jurídico inherente a la restricción de la libertad individual del arrestado, e impone unas exigencias ordinarias de actuación policial respecto del mismo. El régimen garantista del arresto¹ determina así un estatuto jurídico caracterizado por las siguientes notas:

⁽¹⁾Art. 17 de la CE y 520 y ss de la LECrim

1) **Documentación de las circunstancias del arresto**, que se configura por la obligación de identificación del policía actuante y de fijación del lugar, día, hora y circunstancias del arresto.

Se recoge actualmente en el artículo 520.1 de la LECrim, que, en su párrafo tercero, dispone que en el atestado deberá reflejarse el lugar y la hora de la detención y de la puesta a disposición de la autoridad judicial o, en su caso, de la puesta en libertad.

2) **Quedan proscritos los tratos inhumanos o degradantes para con el arrestado**, lo cual no solo impone un comportamiento respetuoso con la dignidad humana, sino que se extiende a la obligación de proporcionar una atención médica cuando sea precisa².

⁽²⁾Art. 6 Resolución 169/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

3) **Se prohíbe el uso de la fuerza sin la concurrencia de circunstancias que la hagan necesaria y proporcionada** (reacción violenta, fuga o hechos violentos); proscribiéndose el uso de armas salvo cuando la reacción del arrestado ponga en peligro la vida o la integridad física de los actuantes u otras personas, o para evitar la comisión de otras infracciones igualmente graves.

4) **Queda proscrita la presentación del arrestado ante los medios de comunicación social o la comunidad sin su consentimiento**. Prohibición que no es incompatible con la divulgación de notas de prensa.

Artículo 520.1 de la LECrim

“La detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.”

En el mismo sentido, la LO 13/2015, ha añadido que “Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información”.

Una previsión que responde a que el TEDH³ en diversas ocasiones ha censurado las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades encargadas de la investigación penal cuando reflejan una opinión acerca de su culpabilidad antes de que la misma haya sido acreditada conforme a ley, por entender que estas actuaciones son contrarias al derecho a la presunción de inocencia.

⁽³⁾SSTEDH caso ALLENET DE RIBEMONT contra Francia, de 10 febrero 1995; caso BUTKEVICIUS contra Lituania, de 26 marzo 2002

5) **Existe un deber de información inmediata al detenido**, cuyo alcance es el siguiente:

a) Información sobre los hechos y motivos de su detención (art. 9.2 del PIDCP y 17.3 de la CE). El propio artículo 520.2 de la LECrim dispone que “Toda persona detenida o presa será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad”

Art. 17.3 de la CE

“Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.”

b) Información del plazo máximo legal de duración de la detención hasta la puesta a disposición de la autoridad judicial y del procedimiento por medio del cual puede impugnar la legalidad de su detención.

c) Información en lenguaje comprensible y adecuado a las circunstancias personales del detenido, de los derechos que le asisten con ocasión de su detención y que son (art. 520 de la LECrim):

i. Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez (art. 17.3 CE y 520.2.a LECrim).

Si el detenido tuviera capacidad modificada judicialmente, la información deberá hacerse a quien ejerza la tutela o guarda de hecho.

Merece aquí atención analizar el alcance probatorio de las declaraciones espontáneas del detenido, esto es, aquellas manifestaciones que haga el arrestado en los primeros momentos del arresto y que no hayan sido inducidas por terceros.

Respecto a ellas, la doctrina entiende que deben distinguirse dos supuestos:

- Si las manifestaciones se producen con carácter previo a la información de los derechos, estando ya el sospechoso privado de libertad, ha de entenderse que no tendrán ningún valor o eficacia probatoria.
- Cuando dichas manifestaciones se realicen con posterioridad a la información de derechos, en tal caso podrán ser tenidas en cuenta para formar el convencimiento judicial.

Por ello, el agente policial deberá plasmar en el atestado policial las manifestaciones concretas realizadas por el arrestado y las circunstancias en que las mismas se realizaron.

ii. Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art. 17.3 CE y 520.2.b LECrim).

iii. Derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si debido a la lejanía geográfica, no fuere posible una inmediata asistencia del letrado, se facilitará al detenido comunicación telefónica o por videoconferencia con el abogado, salvo que resultara imposible.

Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio.

El principio encuentra una excepción dependiente de la exclusiva aceptación del detenido recogida en el artículo 520.8 de la LECrim.

Artículo 520.8 de la LECrim

“El detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de letrado si su detención lo fuere por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente, como delitos contra la seguridad del tráfico⁽⁴⁾ siempre que se le haya facilitado información clara y suficiente en un lenguaje sencillo y comprensible sobre el contenido de dicho derecho y las consecuencias de la renuncia.”

(4) Hoy delitos contra la seguridad vial

Esta renuncia será revocable en cualquier momento.

La libre designación de letrado defensor encuentra también otra excepción. Si se autorizara judicialmente la incomunicación, la asistencia letrada del detenido (art. 527 LECrim) será prestada necesariamente por un abogado de oficio.

iv. Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que el detenido desee el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país.

Recientemente se ha introducido también en nuestro ordenamiento jurídico el derecho del detenido a comunicarse telefónicamente –y sin demora injustificada– con un tercero a su elección. No obstante, esta comunicación se hará a presencia de un funcionario policial o –en su caso– el funcionario que designe el juez o el fiscal y, claro está, siempre y cuando no se haya acordado su incomunicación de conformidad con el artículo 527 de la Ley Procesal.

v. Derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas (salvo incomunicación del 527 LECrim).

vi. Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano, o cuando ignore el idioma oficial de la actuación, o en supuestos de dificultades auditivas o de lenguaje.

vii. Derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el de la institución en la que se encuentre, o por cualquier otro médico, dependiente del Estado o de otras administraciones públicas.

Reconocimiento médico

Con relación a esta intervención, debe observarse que se trata de una actuación médica asistencial, de suerte que su petición determina la documentación de la situación física o psíquica en la que se encuentra el detenido y prestarle la atención médica que pudiera serle precisa. En la eventualidad de que se pretenda una actuación pericial médico-legal (vg., informar sobre su capacidad intelectual o volitiva), se trata de una diligencia de investigación que habrá de ser interesada por la parte y acordada por el juez instructor.

viii. **Derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita**, así como el procedimiento para hacerlo y cuáles son las condiciones precisas para su concesión.

6) **Se establece un mecanismo de control de la legalidad y oportunidad de la medida de detención.** El control ordinario se ejerce a través de la obligación de poner al arrestado a disposición del juez en el plazo legalmente previsto, en la eventualidad de que los agentes policiales no procedan directamente a su puesta en libertad.

El plazo de esta puesta a disposición judicial no es el de 72 horas, como vulgarmente se entiende. La duración de la detención está sometida al principio de instrumentalidad, de suerte que el arrestado deberá ser trasladado ante la autoridad judicial tan pronto como la detención haya posibilitado la práctica policial de las diligencias tendentes al esclarecimiento de los hechos. El límite constitucional de las 72 horas se fija como un límite máximo de segundo grado.

Artículo 17.2 CE

“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.”

En el mismo sentido, hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 520.1 de la Ley Procesal.

Artículo 520.1 de la LECrim

“La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dentro de los plazos establecidos en la presente ley y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.”

Excepcionalmente, en los supuestos de terrorismo previstos en el artículo 384 bis de la LECrim, la detención puede extenderse –cuando la investigación lo exija– hasta el tiempo máximo de 5 días.

Artículo 520 Bis.1 de la LECrim

“Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el artículo 384 bis será puesta a disposición del juez competente dentro de las 72 horas siguientes a la detención.

No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras 48 horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras 48 horas desde la detención, sea autorizada por el juez en las 24 horas siguientes. Tanto la autorización cuanto la denegación de la prórroga se adoptarán en resolución motivada”.

Existe además un mecanismo extraordinario para el control judicial de la legalidad de la detención, que no es otro que el procedimiento de *habeas corpus* (17.4 de la CE), respecto del cual debemos destacar que aunque el abogado del detenido no aparece en la relación de personas legitimadas para su interposición en la Ley de Habeas Corpus, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta legitimación sí existe y debe ser reconocida por los jueces y tribunales.

Artículo 17.4 CE

“La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

7) Existe también una regulación legal **llamamiento de terceros** que pueden actuar **en defensa de los derechos del detenido**.

Así, si el detenido fuere extranjero, se debe comunicar al cónsul de su país el hecho de su detención y el lugar de custodia, y se le permitirá la comunicación con la autoridad consular. En caso de que el detenido tenga dos o más nacionalidades, podrá elegir a qué autoridades consulares debe informarse de que se encuentra privado de libertad y con quién desea comunicarse.

Si se tratare de un menor, será puesto a disposición de las Secciones de Menores de la Fiscalía y se comunicará el hecho y el lugar de custodia a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del mismo, tan pronto se tenga constancia de la minoría de edad.

En caso de conflicto de intereses con quienes ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho del menor, se le nombrará un defensor judicial a quien se pondrá en conocimiento del hecho y del lugar de detención.

Si el detenido tuviere su capacidad modificada judicialmente, la información prevista en el apartado 2 de este artículo se comunicará a quienes ejerzan la tutela o guarda de hecho del mismo, dando cuenta al Ministerio Fiscal.

Si el detenido menor o con capacidad modificada judicialmente fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al cónsul de su país.

8) Existe una pormenorizada **regulación** legal del contenido concreto de la **actuación letrada respecto del detenido** y que viene fijada en el artículo 520.5 y 520.6 de la LECrim.

Por un lado, el artículo 520.5 dispone que la autoridad que tenga bajo su custodia al detenido comunicará inmediatamente al Colegio de Abogados el nombre del letrado designado por el detenido.

El abogado designado debe acudir al centro de detención con la máxima premura, siempre dentro del plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciera, el Colegio de Abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio, que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado, sin perjuicio de la exigencia de la responsabilidad disciplinaria en que haya podido incurrir el incompareciente.

Por otro lado, el artículo 520.6 dispone que la asistencia del abogado consistirá en:

"a. Solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el apartado 2 y que se proceda, si fuera necesario, al reconocimiento médico señalado en su letra i).

b. Intervenir en las diligencias de declaración del detenido, en las diligencias de reconocimiento de que sea objeto y en las de reconstrucción de los hechos en que participe el detenido. El abogado podrá solicitar al juez o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en la que haya intervenido, una vez terminada ésta, la declaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica.

c. Informar al detenido de las consecuencias de la prestación o denegación de consentimiento a la práctica de diligencias que se le soliciten.

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.

d. Entrevistarse reservadamente con el detenido, incluso antes de que se le reciba declaración por la policía, el fiscal o la autoridad judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 527".

1.3. La prisión provisional

Si en el sistema inquisitivo la prisión provisional era la regla general y se orientaba a proyectar la idea de eficacia del Estado en la clarificación y represión del delito, en el sistema de garantías propio de un Estado democrático de Derecho (en el que la libertad se configura constitucionalmente como un valor superior y en el que el derecho a la presunción de inocencia es uno de los principios esenciales en materia procesal), la prisión preventiva debe estar presidida por el principio de excepcionalidad.

Por ello, el PIDCP proclama en su artículo 9.3 que "la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general".

1.3.1. Presupuestos para la adopción de la prisión preventiva

Hemos visto que toda medida cautelar exigirá como presupuesto un *fumus commisi delicti* y la apreciación de un *periculum in mora* que justifique –bajo parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad– la adopción de la restricción que se pretende. La exigencia encuentra acomodo en nuestra propia regulación procesal⁵.

⁽⁵⁾SSTC 128/1995 y 47/2000

Respecto del *fumus commisi delicti*, hay que tener en cuenta lo que impone el artículo 503.1.2 de la LECrim impone sobre la adopción de la prisión provisional.

503.1.2 de la LECrim

“Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión”.

Paralelamente se exige un *periculum in mora*, que se concreta en el riesgo de que puedan sobrevenir cualquiera de las situaciones cuya conjuración legitima constitucionalmente la adopción de esta medida restrictiva de la libertad y que no son otras que las establecidas en el artículo 503.1.3.º y 503.2 de la LECrim, esto es:

1) **Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso, cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga u ocultación a la acción de la justicia.** La ley afirma que para valorar este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de este, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral. No obstante, debe destacarse que el análisis no debe realizarse con aplicación de criterios automáticos, como el de la gravedad de los hechos o la pena imponible.

Se exige pues un análisis de las circunstancias concretas concurrentes, debiendo el juez realizar una prospección, que si bien no puede ser un vaticinio, sí permita configurar un riesgo concreto definido conforme a reglas de experiencia humana, aunque es evidente que el arraigo es un elemento de evaluación esencial, como lo es también la pena a la que se enfrenta el inculpado, ya que, como indica el Tribunal Constitucional⁶, resulta innegable que a mayor gravedad del delito, más intensa cabe presumir la tentación de la huida, y que a mayor gravedad de la acción cuya reiteración o cuya falta de enjuiciamiento se teme, mayor será el perjuicio que, en el caso de materializarse la fuga, sufrirían los fines perseguidos por la Justicia.

⁽⁶⁾STC 128/1995

2) **Evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.** La exigencia pasa por un riesgo concreto, individualmente definido conforme a las circunstancias del caso y sin que judicialmente pueda invocarse la concurrencia del riesgo de manera general y estereotipada.

Su concreción se suele proyectar sobre las fuentes documentales de prueba y sobre los testimonios, de suerte que la propia ley habla de que, para valorar la existencia de este peligro, se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí solo o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo.

3) Evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Dentro de la victimología moderna, una de las garantías que se ofrecen a la víctima de un delito consiste en aportarle la seguridad de que la exteriorización del delito no le supondrá un riesgo personal, debiendo desplegar el Estado los medios adecuados para la consecución de esta precaución, que habrá de hacerse extensiva a la seguridad de todos aquellos que se sitúan en el ámbito de afección o interés de la propia víctima.

Así se recoge en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos de Justicia para las Víctimas del Delito y Abuso de Poder, de 29 de noviembre de 1985, en concreto en su artículo 6.d.

Artículo 6.d. de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones

“Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas... adoptando medidas para garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor.”

En iguales términos se pronuncia el artículo 8.1 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, de 15 de marzo del 2001, sobre el Estatuto de la Víctima.

Artículo 8.1 de la Decisión Marco del Consejo de la UE sobre el Estatuto de la Víctima.

“Los Estados miembros garantizarán un nivel adecuado de protección a las víctimas y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente por lo que respecta a su seguridad..., siempre que las autoridades competentes consideren que existe un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención clara de perturbar su vida privada.”

Debe observarse que la víctima tiene así una necesidad de protección que se proyecta en dos planos diferentes:

a) La protección de la seguridad de la víctima ante las represalias y presiones que puedan derivarse de su intervención como fuente de prueba en el proceso, esto es, a la vista de su condición de testigo de cargo; cuestión que atiende la Ley de Protección de Testigos.

b) La protección de la seguridad de la víctima respecto de aquellos ataques que puedan dirigirse sin que respondan o tengan relación de causalidad con su intervención en el proceso. Es esta una protección de que la víctima o su familia puedan ser de nuevo sujeto pasivo ante una eventual reiteración delictiva. Ante este riesgo, el Derecho comparado ha reforzado los sistemas generales de protección perfilados en los textos procesales. Para ello se han promulgado leyes que recogen un sistema integral y específico de protección de aquellas víctimas que presentan el mayor riesgo de sufrir ataques de morfología idéntica al ya denunciado, tal y como ocurre con relación a menores o en el caso de la violencia de género, fundamentalmente dentro del ámbito familiar.

Legislación sobre violencia de género

Es ejemplar la ley española, Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

En todo caso, con carácter general la dispensa de protección queda constreñida a la implantación de vigilancia policial o a la restricción de las posibilidades de reiteración delictiva del inculcado a través de la adopción de medidas cautelares sobre sus derechos, esto es,

- La prohibición de salida de la localidad o ámbito territorial que se fije.
- La obligación de presentación periódica ante el juez.
- El alejamiento respecto de la víctima o sus lugares de su residencia o trabajo.
- La colocación de localizadores electrónicos.
- La propia prisión preventiva a la que ahora nos referimos, cuya aplicación quedará limitada a los supuestos en los que los instrumentos anteriores (de menor gravamen para el inculcado) no sean operativos en orden a proporcionar la protección.

4) Evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos. Nuevamente debe observarse que el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado, resultando especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

No puede terminarse este análisis sin destacar que el asentamiento de la prisión provisional en razones de alarma social no constituye un fin que la legitime constitucionalmente, pues supondría atribuir a la prisión preventiva una finalidad de anticipación de pena, en concreto el apaciguamiento en el ciudadano del ansia vindicativa que toda acción delictiva trae consigo. En todo caso, debe destacarse que el TEDH ha admitido tal posibilidad en aquellos casos en los que el orden público está en concreto, puntual y grave riesgo, ple-

namente individualizado e identificado y con una remarcada provisionalidad que llevará a su reforma inmediata tan pronto como se calmen los iniciales momentos de crispación colectiva.

1.3.2. La subsidiariedad

El principio de instrumentalidad referido (la prisión ha de atender a la consecución de algunos de los fines que constitucionalmente la legitiman) y el principio de excepcionalidad traen consigo la plena operatividad del principio de subsidiariedad, en el sentido de que no puede adoptarse la prisión provisional cuando la finalidad a la que atiende pueda alcanzarse con otras medidas, que siendo igualmente operativas para tal fin, sean menos restrictivas de los derechos fundamentales del afectado por ellas.

1.3.3. Provisionalidad y temporalidad

Aunque sean principios cercanos, tienen una proyección muy diferente.

El **principio de provisionalidad** supone la obligación de dejar sin efecto la medida cautelar de prisión tan pronto como desaparezcan las razones que determinaron su adopción. Se recoge en el artículo 504.1 de la LECrim.

Artículo 504.1 LECrim

“La prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos en el artículo anterior y en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción.”

El **principio de temporalidad** supone una limitación de la extensión o duración de la medida, más allá de su conveniencia; esto es, por más que persistan las razones que motivaron la adopción de la medida cautelar, esta deberá dejarse sin efecto cuando se alcancen los plazos máximos de duración fijados por el legislador en el artículo 504.2 y 504.3 de la LECrim.

Concretamente, el tiempo máximo de duración de la medida cautelar será:

1) Cuando la prisión se adopta para conjurar los riesgos de fuga, destrucción de pruebas o reiteración delictiva, la duración no podrá exceder de un año si el delito tuviere señalada pena privativa de libertad igual o inferior a tres años, o de dos años si la pena privativa de libertad señalada para el delito fuera superior a tres años. No obstante, si concurren circunstancias que hagan prever que la causa no podrá ser juzgada en esos plazos, el juez o tribunal podrá acordar una sola prórroga de hasta seis meses o de hasta dos años respectivamente.

Desde el momento en que se dicte sentencia en primera instancia, si se mantiene la prisión provisional por no ser firme la sentencia en virtud de la interposición de un recurso de apelación o casación, la prisión provisional podrá extenderse hasta la mitad de la pena impuesta.

2) Cuando la prisión se acuerde para protección de la víctima, la duración no podrá exceder de seis meses, sin posibilidad de prórroga ninguna.

En todo caso, debe observarse:

a) Que el auto acordando la prórroga deberá haberse emitido a la fecha en la que venza el tiempo máximo de duración de la prisión provisional, sin que sea factible iniciar el proceso de prórroga a partir de dicha fecha.

b) Que la concesión de la libertad por el transcurso de los plazos máximos para la prisión provisional no impedirá que esta se acuerde de nuevo en el caso de que el investigado o encausado, sin motivo legítimo, dejare de comparecer a cualquier llamamiento del juez o tribunal (art. 504.4 LECrim).

c) Que el Tribunal Constitucional señala que aun sin rebasar los límites temporales fijados en la ley, puede también lesionarse el derecho fundamental a la libertad (art. 17.4 CE) si el investigado o encausado permanece en situación de prisión provisional más allá de un plazo que objetivamente pueda estimarse que excede de lo razonable, en función de las particulares circunstancias concurrentes.

STC 206/1991, de 30 octubre, fj. 5

“A los efectos de determinar si la duración de la prisión provisional ha excedido de dicho plazo razonable, se hace obligado acudir a la doctrina de la integración de los estándares que este Tribunal ha elaborado en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... Conforme a la misma, la valoración de dicho plazo ha de estimarse teniendo en cuenta, de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, no obedezca ni a una conducta meramente inactiva del juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional.”

1.3.4. Procedimiento para su adopción

El artículo 505 de la LECrim establece la sumisión al principio de justicia rogada, de suerte que no se puede adoptar una medida cautelar personal que no haya sido interesada por alguna de las acusaciones personadas, ni puede adoptarse con una restricción de derechos superior a la definida en la petición de las partes.

En cuanto al acto procesal, la Ley de Enjuiciamiento Civil distingue según el detenido sea puesto a disposición del juez que conozca o vaya a conocer de las actuaciones o lo sea ante cualquier otro juez (detenido en un partido judicial distinto del que lleva la investigación):

a) Si es puesto a disposición del juez que conozca de las actuaciones, este dejará sin efecto la detención si entendiere que es procedente la libertad. En caso contrario, debe convocar a las partes (Ministerio Fiscal, acusación particulares o populares si las hay y el detenido y su letrado) a una comparecencia que tendrá lugar en el término de 72 horas. Oídas las partes, el juez resolverá la libertad si ninguna de las partes pidiera un aseguramiento personal o la adopción de una medida dentro de los límites fijados por la petición de las acusaciones.

b) Si fuera puesto a disposición de un juez distinto a aquel que vaya a conocer de las actuaciones, la ley distingue dos supuestos:

- Si el detenido no pudiera estar a disposición del juez competente en el término de 72 horas, el juez actuante practicará idéntica comparecencia y resolverá sobre la medida cautelar pertinente, sin perjuicio de que el juez competente vuelva a oír a las partes cuando el preso esté a su disposición y resuelva sobre la continuación o revocación de la medida.
- Si pudiera estar a disposición del juez competente en el término de 72 horas, la ley parece reconocer la posibilidad de que el juez actuante lo remita –privado de libertad– al juez competente, para que sea este quien practique la comparecencia. En todo caso, el hecho de que pueda prorrogarse así la situación de privación de libertad (72 horas detenido, más 72 horas de conducción), hace que en la práctica forense siempre se proceda en los términos más garantistas descritos en el número anterior.

No obstante, la ley recoge un supuesto en el que un juez o tribunal puede adoptar de oficio (sin petición de parte) la prisión provisional, que es cuando el inculcado no fuera habido en su domicilio y se encontrara en paradero ignorado. En tales supuestos, el juez podrá declarar la rebeldía del inculcado y ordenar la busca, captura e ingreso en prisión del presunto reo, sin perjuicio de practicar la comparecencia a que antes nos hemos referido en las 72 horas siguientes al momento en que sea puesto a disposición del juez o tribunal ordenante de la prisión (art. 512 LECrim).

1.3.5. La decisión

La decisión deberá revestir la forma de auto. Esta motivación (art. 506.1) debe cumplir con los estándares de suficiencia y razonabilidad⁷

“entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional”.

⁽⁷⁾SSTC 128/1995, de 26 julio; 47/2000, de 17 febrero; 8/2002, de 14 enero; 23/2002, de 28 enero; 138/2002, de 3 junio; 142/2002, de 17 junio; 22/2004, de 23 febrero; 191/2004, de 2 noviembre

Será indispensable, por tanto, que la resolución judicial indique con precisión el presupuesto de la medida (indicios de responsabilidad criminal) y el fin constitucionalmente legítimo perseguido. Además deberá indicarse la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta qué punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto. La no expresión de tales extremos en la resolución judicial determina la insuficiencia de la motivación y una lesión del derecho a la libertad personal, por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante de la misma.

STC 47/2000

STC 47/2000, de 17 febrero, especialmente FJ. 8.º, en donde censura la insuficiencia de la motivación de las resoluciones judiciales que acordaban el mantenimiento de la medida de prisión provisional, declarando que “en ningún caso se hace referencia a la finalidad que se persigue con la adopción de la medida cautelar impugnada. Sin referencia del fin perseguido es obvio que tampoco se argumenta sobre las circunstancias personales del recurrente en relación con la prisión acordada. No se expresa juicio de ponderación alguno entre el derecho a la libertad personal y los fines que constitucionalmente legitimarían su limitación, nada se dice de los intereses que se protegen con la resolución, ni sobre la necesidad de la misma. En fin, no se puede apreciar si la misma es o no proporcionada, y mucho menos si es acorde con los fines que la justifican”.

Con respecto a los supuestos en los que se haya decretado el secreto de las actuaciones, el artículo 506 de la LECrim dispone que en el auto se expresarán los particulares del mismo, que para preservar la finalidad del secreto hayan de ser omitidos de la copia que haya de notificarse. No obstante, se impone que en ningún caso se omitirá en la notificación una sucinta descripción del hecho imputado y de cuál o cuáles de los fines previstos en el artículo 503 se pretende conseguir con la prisión.

No obstante, el TC⁸ establece la necesidad de una motivación discreta. Se entiende que la motivación que se notifique –pese al secreto de las actuaciones– deberá incluir –sin arruinar el sigilo en la investigación– una mínima aportación de las fuentes de prueba que permiten alcanzar el convencimiento de responsabilidad y de riesgo en el que se asienta la medida cautelar adoptada, habida cuenta que, en caso de no hacerse así, la posibilidad de discrepar e impugnar la decisión judicial será meramente formal o aparente.

⁽⁸⁾STC 18/1999

1.3.6. La impugnación

Debe observarse que la medida cautelar de prisión en todas sus modalidades, o la de puesta en libertad, es susceptible de recurso de reforma y/o apelación y que la resolución en apelación pasará por una vista oral obligatoria si se peticiona al tribunal por alguna de las partes (art. 507, 518 y 766 de la LECrim).

De otro lado, las medidas cautelares (o su revisión) pueden ser interesadas por las partes en cualquier momento del proceso, si bien la lógica procesal conduce a que lo sean cuando las partes consideren que han mutado las circunstancias que motivaron la situación que trata de modificarse.

Nada dice la ley en cuanto al periodo de prueba. En todo caso, una práctica forense asentada en el lógico principio de defensa permite la presentación de las fuentes de prueba en las que la parte asiente su pretensión. No es infrecuente que las partes se limiten en la comparecencia a alegar las circunstancias concurrentes (sin gran respaldo probatorio, fuera de sus meras afirmaciones), pues la inmediatez con que se practica esta comparecencia impide en la mayor parte de las ocasiones pertrecharse de la prueba que puede justificar el posicionamiento de la defensa. No obstante, la impugnación de un auto de prisión –con o sin fianza– impone el esfuerzo de acreditar la no concurrencia de las premisas en las que se ha hecho descansar la decisión judicial. Ello supone que cuando el recurso se asiente en la falta de indicios de responsabilidad criminal en el inculpado, la defensa deberá pretender la revisión de la valoración judicial, proponiendo para ello los testimonios de las actuaciones (así lo impone el artículo 766 de la LECrim) que muestren el error de ponderación que se ataca. De no hacerse así, no se aportará al tribunal que resuelva en alzada ningún elemento que permita apreciar una equivocación del juez *a quo* (juez que dictó la resolución en primera instancia).

Cuando el recurso se asiente en la no concurrencia de los fines que se esgrimen en el auto impugnado para decretar la prisión provisional, no solo deberán proponerse los testimonios de las actuaciones que se entiendan conducentes a la pretensión revocatoria, sino que deberán aportarse aquellas fuentes de prueba (normalmente prueba documental) que permitan reelaborar una conclusión de diferente alcance respecto de los riesgos que tratan de conjurarse con la medida que se ataca (documentos acreditativos de tenencia de domicilio, de si es en propiedad, de tenencia de familia dependiente, de contar con una actividad laboral y su antigüedad, de escolarización de hijos y su antigüedad, de antigüedad del arraigo, etc.).

2. Las medidas cautelares reales

Medida cautelar real se entiende que es aquella medida procesal que, recayendo de forma exclusiva sobre el patrimonio del legalmente obligado a su prestación, está específicamente orientada a hacer realizables las eventuales responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse en respuesta al hecho punible que es objeto del procedimiento penal.

No dice el actual artículo 764.1 de la LECrim cuáles serán estas medidas de aseguramiento. Esta indeterminación y el hecho de que el legislador remita a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el número 2 de este mismo artículo determina que sea aplicable al procedimiento penal lo dispuesto en el artículo 726 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual dispone que el tribunal puede acordar –respecto de los bienes y derechos del demandado–, cualquier actuación cautelar que se muestre proporcionada y adecuada. Se produce así una importante alteración con relación a la situación anterior, pues si bien es cierto que pudiera pensarse que la libertad de actuación era ya la realidad procesal penal imperante, siempre sobre la base de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es lo cierto que la adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales –como lo es el de propiedad– no previstas legalmente, fue uno de los motivos en los que el Tribunal Supremo asentó la prevaricación judicial en su Sentencia de 15-10-1999 (caso Gómez de Liaño) y ha sido expresamente proscrita por nuestro Tribunal Constitucional⁹.

⁽⁹⁾STC 169/01, caso Scilingo

Resulta así trascendental apreciar la diferencia entre una redacción anterior que arbitraba la fianza y el embargo como únicas medidas de aseguramiento económico (aun cuando se reconociera alguna otra medida en otros textos legales), subordinando incluso el embargo a la ineficacia de la fianza, con la nueva regulación que permite al juez señalar la garantía patrimonial que considere más adecuada, sin que su decisión pueda ser atacada por no seguirse una determinada prelación legal o por una imprevisión concreta de la medida cautelar en la ley procesal u otro texto normativo de directa aplicación en el procedimiento penal. En cualquier caso, que la libertad de configuración exista no debe hacer obviar que las principales medidas cautelares son ya objeto de expresa previsión legislativa para el procedimiento penal, siendo estas: el embargo y la fianza regulados en los artículos 589 y ss. de la LECrim, la intervención judicial, la administración judicial, el depósito, el inventario, la anotación preventiva de querrela, la anotación registral, la prohibición de cesación de actividad o la suspensión de acuerdos sociales previstas en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o la clausura y la suspensión temporal

previstas en este mismo artículo y en el artículo 129 del CP; todo ello sin olvidar medidas como las previstas en las leyes de Propiedad Intelectual, Patentes o Marcas, o incluso en el propio artículo 158 del Código civil.

2.1. El objeto del aseguramiento

El propio artículo 764.1 de la LECrim fija el objeto de aseguramiento. El órgano jurisdiccional debe adoptar las medidas tendentes a la garantía de todas las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas. El concepto abarca tanto:

1) Los pronunciamientos propios del proceso penal (aseguramiento de la pena pecuniaria, del comiso y de las costas).

2) Los inherentes al proceso civil acumulado¹⁰. Es lo que el artículo 109.2 del Código penal llama responsabilidad civil. El contenido de esta responsabilidad civil (artículo 100 de la LECrim y 110 del Código penal) obligará a adoptar cautelas que garanticen la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales derivados del hecho punible.

⁽¹⁰⁾En la medida en que no se haya renunciado o haya existido reserva para un ejercicio posterior y separado conforme con los artículos 112 de la LECrim y 109.2 del Código penal

Debe recordarse que el reintegro tiene carácter prioritario y que ha de ser adoptado aun cuando la cosa se encuentre en poder de tercero y este lo haya adquirido legalmente y de buena fe (artículo 111.1 del CP). Ello entraña que el aseguramiento del retorno deba tener igual primacía y que la medida que al efecto se adopte deberá dirigirse no tanto contra el responsable penal, sino contra quien tenga la cosa en su poder, salvo, claro está, en aquellos casos en los que la cosa es detentada por título que la hace irreivindicable (v.g., los supuestos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, 464 del Código civil, 545 del Código de Comercio).

2.2. Sujetos obligados

La obligación de prestar medidas cautelares reales puede alcanzar a sujetos que tienen una muy diferente posición pasiva en el procedimiento. El fundamental de todos ellos es el inculpado, cuya responsabilidad penal traerá consigo una responsabilidad pecuniaria cuyo aseguramiento impone el propio artículo 299 de la LECrim y con relación al cual el artículo 589 de la LECrim se ocupa de establecer que “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza suficiente para asegurar las responsabilidades pecuniarias”.

La exigencia de indicios racionales de criminalidad contra la persona ha de entenderse satisfecha desde la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional de que la restricción del derecho fundamental solo es posible en la medida en que el afectado pueda ser tenido fundadamente como responsable del delito, lo cual va más allá de la mera suposición o conjetura. Los indicios racionales de criminalidad suponen algo más que la mera insinuación de relación entre la persona y el delito investigado, manifestándose como sospecha fundada, es

⁽¹¹⁾SSTC 171/1999, 299/2000 o 14/2001 entre muchas otras

⁽¹²⁾SSTEDH caso Klass, caso Ludi, Sentencia de 15 de junio de 1992

decir, la sugerencia de responsabilidad asentada en datos objetivos que sean accesibles a terceros (lo que posibilita el control de la medida) y que además proporcionen una base real de la que pueda inferirse de forma lógica, seria y desapasionada que se ha cometido el ilícito penal y que se es responsable de él¹¹. Pudiendo ser base de tal inferencia tanto los datos fácticos, como en ocasiones las “buenas razones” o las “fuertes presunciones¹²”.

Existe además otro grupo de personas cuya situación en el proceso penal está orientada exclusivamente a responder total o parcialmente de los daños económicos derivados del hecho delictivo. Son los llamados responsables civiles, que nuestro ordenamiento jurídico clasifica en directos o subsidiarios.

Los responsables directos soportan una obligación de reparación solidaria con la propia obligación del responsable criminal, a diferencia de los subsidiarios, para quienes la exigencia de su obligación resarcitoria queda supeditada a que se acredite y declare la insolvencia de quienes deben responder civilmente con carácter principal.

Los primeros no son otros que las entidades aseguradoras que tengan asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho que es objeto de punición (artículo 117 del CP), así como las personas que son llamadas en el artículo 118 CP a la reparación civil en supuestos de apreciación de las eximentes de enajenación mental, intoxicación plena, alteración en la percepción, estado de necesidad o miedo insuperable.

La responsabilidad civil subsidiaria viene prevista para los supuestos recogidos en los artículos 120 y 121 del texto punitivo.

Restan sin embargo dos supuestos de indudable interés práctico:

1) De un lado la llamada **participación a título lucrativo** en los efectos del delito. En la medida en que se acredite qué persona determinada ha participado (se ha beneficiado) en los efectos de un delito y que se evidencie que esa participación no le ha exigido una contraprestación equivalente y que el beneficiario actuó de buena fe o –lo que es en la práctica más frecuente– que no existe al menos prueba que demuestre su coparticipación en el delito o responsabilidad por recepción, nos encontraremos con la inexistencia de responsabilidad penal en el obligado, si bien con una obligación civil de restitución de la cosa o de reparación del daño hasta la cuantía de su participación o beneficio. Tal obligación –prescrita en el artículo 122 del CP– deberá ser declarada en la sentencia que ponga fin al procedimiento y el instructor debe arbitrar la introducción en el procedimiento –como sujeto pasivo del mismo– de todo aquel que va a resultar afectado por el fallo judicial en aras a evitar su indefensión.

En muchos supuestos esta entrada se producirá en la fase de instrucción o investigación, siendo llamado el obligado mediante el mecanismo de la inculpación. Llamado en tal consideración y a la vista de las revelaciones de las diligencias de investigación practicadas, las acusaciones en ocasiones no llegan a encontrar base para poder ejercitar una pretensión punitiva contra él, sino una mera reclamación resarcitoria civil. Cuando esta imposibilidad se manifiesta antes de la apertura del juicio oral, y en todos aquellos casos en los que investigación sugiere desde el inicio que el individuo tuvo una mera participación a título lucrativo y de buena fe, la llamada al proceso habrá de hacerse en condición de responsable civil directo¹³.

(¹³) STS de 21-1-1993, 20-3-1993 o 1-2-1996

2) El segundo tiene que ver con los innumerables supuestos en los que el **delito de alzamiento de bienes** se ejecuta mediante la transmisión de activos económicos –normalmente inmuebles– por, o a favor, de personas jurídicas que los transmiten o adquieren por compraventa simulada o en dación en pago de un supuesto crédito anterior. En todos estos supuestos la persona que actúe en representación de la entidad transmitente o adquirente, será una persona física y tendrá la consideración de inculpado a la vista de su necesaria cooperación en la forzada insolvencia del deudor-transmitente. No obstante, es constante la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que indica que en el delito de alzamiento de bienes (insolvencia fraudulenta) la reparación de los perjuicios derivados del ilícito penal no consistirá en el pago del importe de la deuda eludida –pues esta deuda no nace del ilícito penal sino que es preexistente al mismo–, sino que exigirá la nulidad del contrato de transmisión ilegalmente efectuado (artículo 6.3 del CC.). Ello comporta que la declaración de nulidad afectará al patrimonio u obligaciones del transmitente o adquirente representado y por tanto, a persona (la persona jurídica) distinta de aquellos que han sido traídos al procedimiento como presuntos autores del ilícito penal. En tales supuestos, de no permitirse a la persona jurídica la defensa de sus derechos subjetivos, nos encontraremos ante una falta de litisconsorcio pasivo necesario que impide la declaración de nulidad de la ilegal transmisión de propiedad, habiéndose establecido por constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo¹⁴ la necesidad de que en tales procedimientos el titular demanial que puede ser desposeído en virtud de la nulidad ha de ser traído en calidad de responsable civil, claro está, siempre y cuando exista una real individualidad entre el patrimonio del adquirente y el de quien lo representó.

(¹⁴) STS de 15-2-1995, 21-10-1998 ó 22-6-1999 entre otras

2.3. Momento de la adopción

Nada indica el artículo 764.1 sobre el momento adecuado para la adopción de estas garantías. La práctica demuestra que en no pocas ocasiones los instructores acuerdan las medidas cautelares reales al momento de acordar la apertura de juicio oral. Ponderan así la pretensión punitiva económica y la reclamación resarcitoria ejercidas por las acusaciones y lo hacen sobre la base de la

previsión legal –hoy incluida en el artículo 783.4 de la LECrim– de ser este un momento oportuno para la adopción, modificación, suspensión o revocación de cualquier medida cautelar.

Debe destacarse, no obstante, que si bien es indudable que este momento es una oportunidad hábil para la adopción de las cautelas, por ser precisamente aquel en el que el que instructor puede analizar con mayor fundamento la racionalidad de la atribución a una persona de un hecho punible y, en consecuencia, de la posible imposición al mismo de una pena y declaración de responsabilidad patrimonial, lo cierto también es que es el artículo 589 de la LECrim el que marca la verdadera idoneidad del momento.

Artículo 589 LECrim

“Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el juez que preste fianza suficiente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes.”

Esta evidencia de indicios racionales de criminalidad debe entenderse en los términos constitucionales antes expuestos, y su conjunción con el peligro de demora es el que fija de forma palmaria el tiempo en que el juez debe adoptar –y la parte interesar– las garantías, con independencia de la fase procesal en la que la causa se encuentre; siendo la práctica antes referida el reflejo de una indolencia inaceptable, tanto a la luz de las funciones sumariales de aseguramiento fijadas en el artículo 299 de la Ley Procesal, cuanto desde la representación de que, en no pocas ocasiones, la cuantía de la pena o la suspensión de su ejecución hará que sea precisamente la reparación del contexto patrimonial cercano al delito la que conforme en el perjudicado y la ciudadanía la imagen de eficacia o de inutilidad de la justicia y sus procedimientos. En cualquier caso, la valoración judicial de los datos y elementos que determinan la necesidad de la medida cautelar es una cuestión de legalidad ordinaria que carece de trascendencia constitucional¹⁵.

(15)STC 27/1995

Con relación a los responsables civiles y el momento de su aseguramiento, cierto es que el artículo 783.2 establece que habrán de afianzar en la medida en que no se haya hecho por el acusado en el plazo que se le dé al efecto, no obstante, la función cautelar de la medida determina que no deba excluirse una exigencia simultánea cuando exista un pronóstico fundado de insuficiencia de recursos en los principalmente obligados y concurra con un riesgo concreto de pérdida o salida de activos del patrimonio de los responsables civiles, todo ello sin perjuicio de su alzamiento en caso de que el acusado llegue a prestar garantía suficiente.

No puede terminarse este breve análisis sin destacar que la exigencia de aseguramiento a los responsables civiles no exige la previa petición del actor civil que se impone para el procedimiento sumario el artículo 615.

2.4. Forma de la resolución

La ley exige (art. 764) que la adopción de la medida cautelar revista la forma de auto, asentándose la exigencia en la necesaria motivación que ha de acompañar a toda limitación o restricción del ejercicio de un derecho fundamental, tal y como ha exigido desde su inicio el Tribunal Constitucional¹⁶ y en coherencia con los contenidos que para la confección de providencias y autos prevé el artículo 248 de la LOPJ.

(16)STC 26/1981 o 62/1982 entre muchas otras

Añade el artículo que estas medidas se formalizarán en pieza separada. La previsión permite disociar perfectamente las actuaciones principales –tendientes a la preparación del juicio– de aquellas que meramente van orientadas a asegurar las decisiones que pudieran adoptarse en el eventual enjuiciamiento futuro, facilitando así, no solo la comprensión sino que el instructor pueda remitir por separado causa principal o pieza (por finalización o por recurso de apelación) sin que tal remisión perjudique el desarrollo de la otra vertiente del procedimiento.

2.5. Presupuestos

En materia de presupuestos, el artículo 764.2 remite a la Ley Procesal Civil. Ello supone la remisión a los siguientes presupuestos:

- 1) La apariencia de buen derecho (el llamado *fumus boni iuris*).
- 2) La existencia de un riesgo derivado de la dilación en el tiempo inherente al proceso mismo (el llamado *periculum in mora*).
- 3) Que el solicitante garantice el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran eventualmente causarse con ocasión de la adopción de la medida interesada.
- 4) La previa petición de parte.

La **fianza de reparación** se muestra como un presupuesto problemático. El artículo 728.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que –salvo que expresamente se disponga otra cosa–, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los daños y perjuicios que la adopción de la medida cautelar pudiera causar al patrimonio del demandado; añadiéndose en el artículo 737 del mismo texto que la prestación de caución será siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada.

La aplicabilidad de esta exigencia al procedimiento penal podría extraerse de la remisión del artículo 764 de la LECrim, sin que el legislador haya realizado en la nueva Ley Procesal Penal la expresa exclusión que el artículo 728.3 de la LEC exige y permite.

Consideramos, no obstante, que la remisión en esta materia no existe, siendo una mera apariencia que, por lo tanto, no hace falta excepcionar. Si bien la LECrim remite a la civil en materia de presupuestos para la adopción de una medida de aseguramiento, es lo cierto que un “presupuesto” es la causa o razón de algo y, en cuanto tal, es un elemento precedente y determinante de la cosa misma. En tal sentido, la fianza de reparación no sería un presupuesto de aquellos a los que la ley se remite, y ello por más que aparezca prevista en el artículo 728 de la LEC junto con el *periculum in mora* y del *fumus boni iuris* y por mucho que determinados autores (por ejemplo, Miguel Angel Fernandez) consideren que los tres elementos son verdaderos presupuestos generales de toda medida cautelar. La fianza de reparación no tiene una naturaleza precedente y determinante de la medida cautelar y eso es de fácil observación en los artículos 728 y 737 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero por cuanto se condiciona el acuerdo de la medida a la existencia de un *fumus boni iuris* y un *periculum in mora*, sin que se haga con relación a la fianza de reparación. En el segundo con más claridad puesto que de la fianza de reparación se supedita, no la adopción de la medida, sino su cumplimiento o ejecución.

Es cierto que el artículo 764 de la LECrim establece que la prestación de las cauciones que se acuerden sea hecha en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, considero que tampoco esta disposición conduzca a la aplicabilidad penal de la exigencia, pues cuando el legislador habla de que la prestación se haga en la forma prevista en la LEC, a lo que se está refiriendo es a la manera de llevar a efecto el aseguramiento cautelar una vez que es ejecutivo, y no a un elemento del que precisamente se hace depender esa ejecutividad.

Considero que esta interpretación de no exigencia de la fianza de reparación es la única coherente con el principio de instrumentalidad –que en el proceso penal está enraizado con un interés general irrenunciable–, y con el principio de oficialidad que obliga a los órganos estatales –tanto de la acusación, como al propio órgano jurisdiccional en su función garante– a remover cualquier obstáculo que se oponga a la persecución penal y reparación de sus consecuencias, tal y como se colige de artículos como el 299 o del propio artículo 13 de la LECrim.

Respecto a la **previa petición de parte**, debe recordarse que es principio asentado del Derecho civil –hoy mantenido en el artículo 721.2 de la LEC– que la adopción de medidas cautelares ha de tener carácter rogado. La exigencia no era extrapolable a la doctrina penal. Era incontestada la consideración de que la adopción de medidas cautelares reales en la fase de investigación del procedimiento penal podía abordarse de oficio. Así se infería, con carácter ge-

neral, del artículo 589 y del hecho de que la persecución penal depura no solo intereses particulares, sino también pretensiones públicas irrenunciables. La única excepción era en la fase instructora del sumario, cuyo artículo 615 exigía la petición de parte para el aseguramiento con cargo a terceros responsables. Esta inicial excepción residía en ser estos terceros responsables únicamente de la reparación de los intereses privados acumulados al procedimiento penal; sin que se explique por qué esta misma lógica no tuvo paralelismo en el procedimiento abreviado, en el que el aseguramiento por terceros responsables podía ser acordado de oficio.

La actual redacción del artículo 764.2 suscita el problema –que habrá de ser resuelto por nuestros tribunales– sobre si persiste o ha sido eliminada aquella posibilidad generalizada de aseguramiento de oficio en la fase de instrucción. A favor de su subsistencia se muestran las mismas razones antes esgrimidas, es decir, no solo el interés general afectado por el procedimiento penal y el indeclinable deber de los órganos jurisdiccionales de asegurar las responsabilidades pecuniarias de los delincuentes (artículo 299), sino el mantenimiento de una redacción cuya literalidad recoge una posibilidad de actuación no condicionada (“el juez o tribunal podrá...” dice actualmente el artículo 764.1). No obstante, la oficialidad en la adopción encuentra ahora argumentos de contrario –que antes no existían–, sobre la base de la remisión que se hace a los presupuestos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y considerando además que el legislador ha introducido el mismo principio de justicia rogada respecto del aseguramiento personal.

La interpretación es defendible, y si bien puede parecer ilógico que se reconozca al instructor un mayor ámbito de actuación en materia de restricción de la libertad personal (puede acordar la detención por sí mismo o la prisión en supuestos de riesgo de fuga) que con relación a la propiedad, es lo cierto que la antinomia no sería tal, pues el régimen así concebido aseguraría la adopción de medidas cautelares personales (cuyo interés es el primordial en el procedimiento penal) aun en supuestos de desatención de las partes, o de aparición súbita de nuevas circunstancias. No obstante, no se explicaría por qué se niega al instructor esta capacidad urgente de actuación en materia de responsabilidades pecuniarias, máxime cuando las facultades iniciales del artículo 13 de la LECrim en ningún caso otorgan al investigador un ámbito de libertad de actuación en materia de responsabilidades económicas semejante al que para lo personal otorga el artículo 13, el 490 y 492 o el propio 539 de la LECrim.

Sea cual sea la interpretación para la fase de investigación, es lo cierto que la cuestión está evidentemente sometida al principio acusatorio desde que la causa supere la fase de investigación. En la fase intermedia, la adopción de la medida cautelar habrá de supeditarse no solo a su general pertinencia, sino a cuál pueda ser la pretensión punitiva e indemnizatoria de las acusaciones, siendo en este sentido en el que hay que interpretar la función judicial de

resolver “sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las garantías peticionadas por las acusaciones”, en los términos a los que se refieren los artículos 783 y 800 de la Ley Procesal.

2.6. Remisión a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativas al contenido de la medida cautelar

El artículo 764 de la LECrim preceptúa que también será aplicable la normativa de la LEC relativa al contenido de cada medida cautelar.

2.6.1. El Embargo

El embargo tiende fundamentalmente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones dinerarias o de las de entrega de cosas fungibles computables a dinero, cuyo cumplimiento no pueda preservarse de forma menos onerosa para el demandado¹⁷.

⁽¹⁷⁾Artículo 727.1 y 726 de la LEC

La libertad judicial en la adopción de medidas cautelares establecida por la nueva redacción legal viene a sustituir la concepción anterior, en la que el embargo se configuraba como una garantía subordinada al fracaso del aseguramiento voluntario mediante fianza. La medida tiene ahora una realidad autónoma e independiente, lo que permitirá su adopción directa –sin previa exigencia de fianza– en aquellos supuestos en los que la prevención del incumplimiento sugiera la conveniencia de recurrir claramente a él, como por ejemplo en supuestos en los que el encausado es portador de ciertos recursos y en los que la inexistencia de arraigo o fuentes de riqueza pueda hacer ingenua la devolución o retorno para reclamarles previamente la prestación de una fianza.

Piénsese en el caso de un extranjero con dinero o efectos intervenidos al momento de su detención, que va a ser puesto en libertad y que aparece como presunto responsable del destrozo de un local nocturno.

El régimen jurídico de esta medida cautelar se acomodará a las previsiones de los artículos 584 y ss. de la LEC, destacando entre ellas:

- 1) La posibilidad de su enervación mediante la consignación de la cantidad objeto de aseguramiento, tal y como se recoge en el artículo 585 de dicho texto legal.
- 2) Para el embargo en garantía de obligación dineraria –no cuando tienda a la restitución concreta de la cosa– deberá seguirse el orden del artículo 592 de la LEC, con las limitaciones fijadas en los artículos 605 a 608.
- 3) La custodia de los bienes embargados se ajustará a lo dispuesto en los artículos 621 y ss. de la ley civil. No obstante, el interés público comprometido en el procedimiento penal y el carácter inquisitivo de la fase de instrucción

parece que han de comportar que la previsión del artículo 590.2 de la LEC de que la investigación del patrimonio del obligado no puede ser abordada de oficio en los supuestos en los que el ejecutante pueda obtenerlos por sí mismo, no puede tener aplicación en el procedimiento penal.

2.6.2. La fianza

Su contenido no viene determinado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que entraña que su régimen de aplicación no sea otro que el articulado en la ley procesal penal. Si bien este texto legal no la define, de su regulación en los artículos 589 y ss. se deriva que consiste en asegurar una obligación dineraria afectando a su cumplimiento un bien o patrimonio que se designa voluntariamente por el obligado, sin perjuicio de una ulterior aceptación por el juez.

Conforme con el artículo 591 de la LECrim, la fianza puede ser personal, hipotecaria y pignoratícia, y si bien es cierto que la nueva redacción del procedimiento abreviado omite la posibilidad de afianzamiento por entidad bancaria, hablando únicamente de entidades aseguradoras, es lo cierto también que esta no se excluye, pues la garantía bancaria antes recogida para el procedimiento abreviado en el artículo 784.5, no era sino una modalidad de la fianza personal del artículo 592 de subsidiaria aplicación.

En cuanto al régimen jurídico de aplicación de la medida, no será otro que el establecido en los artículos 591 a 595 y las propias normas reguladoras de la prenda, hipoteca y del aval.

2.6.3. La pensión provisional

Referenciamos aquí la pensión provisional con intención aclaratoria o expositiva, puesto que salvo por algún sector de la doctrina (por ejemplo, Ortells Ramos), no es considerada como verdadera medida cautelar, dado que más que asegurar la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, lo que hace es anticiparla. No obstante, será objeto de análisis posterior.

2.6.4. La administración o intervención judicial de empresas

Es esta una previsión específica del artículo 727 de la LEC, que toma carta de naturaleza en el ámbito penal no solo por la remisión que a este precepto hace el nuevo redactado del artículo 764 de la LECrim, sino por la previsión ya existente en el artículo 129 del Código penal, amén de la previsión específica respecto de la responsabilidad penal de personas jurídicas. La disposición engloba en realidad dos medidas cautelares distintas, difiriendo la administración de la intervención en que en aquella el control judicial de la gestión empresarial alcanza a la asunción de las funciones de administración de la empresa, mientras que en esta tales facultades quedan en poder del encausado. La medida busca preservar la integridad de unidades económicas complejas que están en explotación y deben seguir estándolo mientras se sustancia el

procedimiento, evitando así que los gestores puedan seguir en la perpetuación del delito, puedan causar daños en el patrimonio de la entidad o sus socios o puedan instrumentalizar la empresa en beneficio propio o de un tercero.

Nada establece la LEC sobre cómo nombrar al administrador o al interventor, ni cuáles pueden ser sus obligaciones o cuáles las causas de su remoción. En cualquier caso, conviene reflexionar sobre la habitualidad con que los jueces de instrucción recurren para estas funciones a funcionarios públicos como inspectores de la Administración Tributaria pues, en ocasiones, la actividad empresarial para cuya gestión son llamados se desempeña con infracción del régimen tributario o de seguridad social, de suerte que su corrección puede alterar la propia viabilidad empresarial y perjudicar así, además, los derechos laborales que se pretenden tutelar. De otro lado, la experiencia contable de estos inspectores no es garantía de una preparación empresarial, de suerte que quizás el nombramiento más apropiado, en aquellos casos en los que los que se busca la imparcialidad oficial, sería el nombramiento a favor de miembros de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI).

2.6.5. El depósito de cosa mueble

Aplicable por previsión específica del artículo 727.3 de la LEC, tendrá indudable relevancia práctica en todos aquellos supuestos en los que el pronunciamiento penal pueda comportar la restitución de una cosa que se haya en poder del inculpado. El régimen jurídico del depósito será conforme a las normas generales, con consideración a la circunstancia de que el artículo 687 de la LEC prohíbe el uso de los vehículos depositados (con la excepción del artículo 374.I.2ª del CP) y recordando también la posible responsabilidad criminal que puede derivarse como malversación en supuestos de depósito necesario (artículo 435 del CP).

2.6.6. La anotación preventiva

Aprovechando el principio de publicidad registral, la anotación preventiva pretende advertir a terceros que existe un procedimiento judicial penal que afecta a un determinado bien y que quienes contraten sobre tal bien, habrán de pasar por lo que de dicho proceso resulte.

La medida cautelar, recogida en el artículo 727.5 de la LEC, tendrá importancia fundamentalmente con relación al registro de la propiedad y particularmente en todo procedimiento en el que se pretenda la nulidad de negocios jurídicos realizados sobre estos bienes, pues tal cautela evitará que los bienes puedan ser transmitidos por título oneroso a terceros de buena fe y devengan irrevindicables (artículo 34 LH). Es pues frecuente en delitos de alzamiento de bienes o estafa por doble venta.

El inventario

La aplicación penal de esta medida de aseguramiento toma su asiento en la remisión al artículo 727.4 de la LEC y cuyo régimen de aplicación ha de ser determinado –por expresa previsión legal– por el propio órgano jurisdiccional que lo ha acordado. Siendo una medida cautelar de carácter residual en el ámbito penal, es lo cierto que tendrá evidente importancia en determinados procedimientos penales, siendo el más evidente de todos ellos el de la inicial prevención del *abintestato* que se sugiera conveniente en supuestos de levantamiento de cadáveres.

El hecho de que la anotación preventiva en el registro de la propiedad venga regulada en el artículo 42 de la LH. y que esta, en su primer número, solo prevea la anotación preventiva de demanda, ha llevado a que en alguna ocasión los registradores de la propiedad hayan denegado la práctica de la anotación cuando tenía su origen en un proceso penal. La cuestión quedó definitivamente salvada por Resolución de la Dirección General de Registros de 1 de abril de 1991 y 9 de diciembre de 1992, que vienen a establecer la posibilidad de la anotación preventiva siempre y cuando la inscripción no se asiente en la mera petición de la parte, sino que sea ordenada por el órgano jurisdiccional obedeciendo a la realidad de unos indicios de responsabilidad criminal derivados de las diligencias de investigación practicadas. Entendemos que el requisito exigirá al juez la confección de un juicio indiciario lógico, que habrá de exteriorizarse y notificarse a las partes para control de su legalidad y pertinencia. Por el contrario, en el mandamiento dirigido al registrador bastará la mera indicación de que de las diligencias practicadas se derivan indicios serios de responsabilidad delictiva, dado el carácter secreto de las actuaciones para quienes no son partes y puesto que la función de calificación del registrador no puede alcanzar a ponderar la suficiencia ilustrativa de los indicios recabados.

Analizadas estas medidas cautelares concretas y antes de terminar el comentario relativo a su contenido, debe destacarse que el resto de medidas cautelares recogidas o facilitadas en el artículo 727 de la LEC (con excepciones como la suspensión de acuerdos sociales del número 10 con relación a los delitos societarios) o incorporan poca novedad para el procedimiento penal –pues no son sino submodalidades de las anteriores– o ya habían sido específicamente previstas para el orden penal. Es el caso de la cesación provisional de actividad o la prohibición temporal de su cesación (artículo 727.7), medidas que, junto con la clausura de empresa o sus establecimientos, venía prevista en el artículo 129.2 del Código penal, o el caso de las medidas previstas en la Ley de Propiedad Industrial, de Marcas o de Patentes.

2.7. La aplicación penal de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de caución sustitutoria

El artículo 764 de la LECrim dispone que serán igualmente aplicables las normas de la LEC relativas a la caución sustitutoria de las medidas cautelares. El precepto reconoce así la posibilidad de enervar la medida cautelar, ofreciendo y prestando otra garantía que sea tenida como igualmente operativa para el efectivo cumplimiento de la sentencia y que resulte menos gravosa para el obligado (principio de subsidiariedad igualmente recogido en el artículo 726.2 de la LEC).

El que la LECrim establezca de este modo la aplicación completa de las normas civiles en materia de caución sustitutoria determina que la remisión no excluya que debe aplicarse en el procedimiento penal el “iter procedimental” que recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil para la aceptación de la garantía alternativa. Ello supone que el obligado (de conformidad con el artículo 747 de

la LEC) deberá presentar su solicitud motivada, acompañándola de los documentos justificativos de sus pretensiones. Previo traslado a las partes, se convocará a estas a una comparecencia en la que serán oídas y donde se practicarán las pruebas propuestas y que fueran admitidas, resolviéndose con un auto en el que se admita o rechace la caución sustitutoria. El propio artículo 746.2 de la LEC establece cuáles son los criterios que han de orientar al juez en su decisión. Debe destacarse, para terminar, que el artículo 747.2 de la LEC excluye de recurso esta decisión, lo que habrá de ser respetado en el ámbito penal visto el carácter pleno de la remisión y dado que es conforme con el artículo 766.1 de la LECrim, que recoge la posibilidad legal de excepcionarse de recurso las resoluciones del juez de Instrucción que expresamente se prevean.

2.8. La condición de parte de las entidades aseguradoras, dentro de los límites del aseguramiento obligatorio de determinadas actividades

Artículo 764.3 LECrim (párrafo último)

“La entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, en tal concepto, ser parte del proceso, sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente.”

El Tribunal Constitucional en Stcias. 4/1982, 48/1984 o 114/1988, estableció que esta regulación no conculca el derecho de defensa de las entidades aseguradoras en materia de seguro obligatorio (vg., caza, circulación de vehículos de motor o viajeros), siempre que tuviera lugar la dación de conocimiento de la existencia del proceso y se brindara suficiente oportunidad procesal de intervenir en él, en el sentido de poder discutir la obligación de pago de la indemnización sobre la base de la vigencia del contrato o la existencia de una excepción de pago.

Resulta por tanto incuestionable que la entidad responsable del seguro obligatorio no podrá, dentro de los límites del aseguramiento obligatorio, ser parte en el proceso; sin perjuicio de su derecho de defensa en relación con la obligación de afianzar, a cuyo efecto se le admitirá el escrito que presentare, resolviéndose sobre su pretensión en la pieza correspondiente.

No obstante, que el precepto sea constitucional no significa que sea el más conveniente. La regulación comporta una minoración del ámbito de aplicación del principio de audiencia y defensa. El legislador ha desaprovechado la ocasión de dotar a las entidades aseguradoras –dentro del ámbito de cobertura del seguro obligatorio– de las posibilidades de defensa patrimonial que le asisten en el procedimiento civil o del que tienen en el propio procedimiento penal con relación a reparaciones indemnizatorias de montante superior al límite de obligatoria cobertura. Todo ello, sin que exista hoy ninguna razón que justifique que la entidad aseguradora pueda ser condenada sin ser oída más

que en la pieza de responsabilidad civil, excluyéndose además –para el trámite del procedimiento abreviado– la posibilidad de reproducir su pretensión en el juicio oral en los términos fijados en el artículo 621.

Ningún motivo justifica que deba oírse con relación a su obligación de resarcimiento y no sobre el concreto alcance de tal obligación. No se justifica que una entidad aseguradora pueda oponer la inexistencia de aseguramiento o de riesgo objeto de cobertura y que no pueda argüir sobre lo excesivo de la pretensión indemnizatoria derivada; más aún siendo como es que, pese a la objetividad de la responsabilidad, es lo cierto que en numerosas ocasiones lo que resulta controvertido es la realidad de la consecuencia dañosa o, siendo esta evidente, lo debatido es la cuantificación del importe reparatorio, máxime cuando nuestro ordenamiento jurídico cuenta con el baremo de la Ley 30/95, que permite un amplio abanico de actuación en la cuantificación económica de cada secuela y posibilita una crucial afectación asentada en múltiples factores de corrección o en una responsabilidad concurrente.

El sistema legal, habiéndose declarado en su día constitucional, restringe indebidamente las posibilidades de defensa y genera además múltiples problemas procesales. Así ocurrirá cuando en el trámite de calificación definitiva, tras la práctica de la prueba, se pretenda la modificación del escrito de calificación provisional en el sentido de elevar la reclamación indemnizatoria por encima del límite del aseguramiento obligatorio. La pretensión comportaría una alteración irreparable de la relación jurídico procesal, pues exigiría que la aseguradora concurriera a un proceso –al que no ha sido llamada– en su condición de responsable civil directo. La validez de lo actuado y la imposibilidad de un pronunciamiento que condene a la aseguradora a un pago superior al límite del aseguramiento obligatorio no admitirá otra solución procesal que el desistimiento de la acción civil acumulada y la reserva de acciones civiles para su ejercicio separado; con quebranto así del objetivo de consecución de un procedimiento sin dilaciones innecesarias.

Tales objeciones y problemas no se contrarrestan o resuelven con la práctica –extendida en la realidad forense– de tener por parte a la aseguradora aun en supuestos en los que la reparación indemnizatoria no exceda del límite máximo de cobertura obligatoria, pues el texto que el legislador ha mantenido permite que el reclamante pueda impugnar esa personación “tolerada” de la entidad e interesar la exclusión de la prueba que pudiera haber aportado la aseguradora a juicio (piénsese en informes periciales o testificales de detectives justificativos de una reclamación abusiva); pudiendo incluso oponerse la parte a la legitimación de la aseguradora de impugnar una excesiva concedida en sentencia.

2.9. La intervención del vehículo de motor

El artículo 764.4 de la LECrim permite la inmediata intervención judicial del vehículo, y lo faculta con una doble finalidad:

1) Una primera –limitada al tiempo estrictamente indispensable– obedece a la necesidad de practicar en el vehículo alguna investigación. La previsión es totalmente ajena al aseguramiento económico al que se refiere el artículo 764 y se refiere a las posibilidades judiciales de actuación previstas en el artículo 326 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos a la inspección ocular y al cuerpo del delito.

2) La segunda permite la intervención del vehículo y del permiso de circulación del mismo, para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias y en tanto no conste acreditado la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil.

Ejercicios de autoevaluación

1. Ingresado en prisión, se cumplen cuatro años desde que se decretó su prisión provisional.

- a) El preso debe ser puesto en libertad, por no existir posibilidad legal de que la prisión provisional supere ese tiempo.
- b) Puede acordarse la prisión provisional por tiempo de un año más, siempre que no haya podido culminarse el enjuiciamiento.
- c) Solo se puede mantener la prisión provisional si hay escrito de acusación. En ese caso la prisión provisional puede llegar hasta la mitad de la pena que se pide para el acusado.
- d) No hay inconveniente si la prórroga es proporcional al delito del que se le acusa y el auto está motivado.

2. Se decretó la prisión provisional del inculpado como presunto autor de un delito de robo con violencia y uso de armas. Al tiempo de decretarse la prisión se acordó tasar los bienes que fueron sustraídos a la víctima. A los seis meses, pedimos la libertad aduciendo que desde la fecha inicial no se ha realizado ninguna actuación procesal.

- a) No tiene por qué acordarse la libertad si perduran los motivos que asentaron su adopción, pues no ha pasado el plazo legal de dos años.
- b) Procede dejar al inculpado en libertad, habida cuenta de que no se ha aprovechado la privación de libertad para avanzar la actuación investigadora.
- c) Si el delito no ha prescrito, debe continuar la prisión y la investigación.
- d) Es obligatorio convocar a las partes a una comparecencia en la que se oiga al resto de las partes, antes de que el juez pueda resolver sobre la libertad peticionada.

3. La prisión provisional puede acordarse...

- a) siempre que el juez considere su pertinencia.
- b) cuando el inculpado tiene antecedentes penales.
- c) cuando el juez afirme que hay riesgo de fuga, reiteración delictiva o que el inculpado puede perjudicar la investigación.
- d) cuando hay indicios de responsabilidad en el inculpado y de que concurre alguno de los fines que legitiman constitucionalmente la prisión según el artículo 503 de la LECrim.

4. En un pequeño municipio de 1.500 habitantes, B se puso a los mandos de su vehículo cuando todos le decían que no estaba en condiciones de conducir por su importante ingesta alcohólica. Al acercarse a su casa, atropelló a un grupo de escolares que cruzaban por el paso de peatones. Dos niños han muerto como consecuencia del siniestro y otro ha sufrido la amputación de ambos brazos. B es detenido y presentado ante el juez como presunto autor de un delito de conducción temeraria y sendos delitos de homicidio imprudente y lesiones imprudentes. El clamor ciudadano es evidente y existe una importante aglomeración en las puertas del juzgado.

- a) Nunca podrá acordarse su prisión provisional, porque no hay motivo constitucional que lo legitime.
- b) Lo mejor sería decretar su prisión preventiva aduciendo que existe un riesgo de reiteración delictiva.
- c) Excepcional y transitoriamente, cabe adoptar la prisión provisional por alarma social, aún cuando no se aprecie riesgo de fuga o reiteración delictiva.
- d) Si el fiscal lo pide, procede acordar su prisión provisional.

5. El principio de justicia rogada en materia de medidas cautelares personales supone...

- a) que la justicia debe hacer lo que se le pide.
- b) que no puede haber justicia, si no se pide.
- c) que no puede adoptarse ninguna medida cautelar que no se pida expresamente.
- d) que no podrá adoptarse ninguna medida cautelar de mayor gravamen que la que se solicite por las acusaciones.

6. Las manifestaciones de un detenido a la policía...

- a) nunca son válidas.
- b) solo son válidas si se producen en su declaración, asistido de letrado.

- c) son válidas siempre, aunque no esté presente su letrado.
- d) serán válidas si se hicieron sin su letrado, siempre que fueran espontáneas y tras instruirle de sus derechos como detenido.

7. Una personada detenida...

- a) queda incomunicada hasta su declaración judicial.
- b) tiene derecho a efectuar una llamada con pleno respeto a su intimidad.
- c) tiene derecho a que la policía participe la detención a la persona que determine el detenido.
- d) tiene derecho a que se comunique la detención a un abogado de oficio.

8. El extranjero que manifieste no entender el idioma español y solicite un intérprete...

- a) tiene derecho a que el intérprete le asista en las declaraciones y siempre que el letrado lo pida para preparar la defensa con su cliente.
- b) no tiene derecho al intérprete si se aprecia que habla suficientemente el español.
- c) no tiene derecho a un intérprete si es residente en España.
- d) tiene derecho al intérprete en aquellos momentos en los que se le vaya a tomar declaración.

9. La policía tiene obligación de presentar al detenido ante la autoridad judicial...

- a) a las 72 horas de su detención.
- b) a los 5 días de su detención.
- c) inmediatamente después de su detención y declaración policial.
- d) tan pronto como se hayan practicado las diligencias que la policía considere precisas para esclarecer los hechos.

10. Las medidas cautelares reales son...

- a) las que se adoptan contra alguno de los miembros de la familia real.
- b) las medidas cautelares que entrañan verdaderamente una restricción de derechos del inculpado.
- c) las que se adoptan para garantizar los pronunciamientos económicos de la sentencia.
- d) la fianza y el embargo.

11. En garantía de las responsabilidades civiles...

- a) puede decretarse la prisión con fianza del inculpado.
- b) no puede decretarse más medida que la fianza o el embargo.
- c) solo caben las medidas expresamente reguladas en la LECrim, pues la propiedad es un derecho fundamental del individuo.
- d) la LECrim autoriza a que el juez pueda adoptar cualquier medida que considere adecuada para los fines que se persiguen.

Solucionario

Ejercicios de autoevaluación

1. a

2. b

3. c

4. c

5. d

6. d

7. c

8. a

9. d

10. c

11. d

Abreviaturas

ATS Auto del Tribunal Supremo

CE Constitución española

CP Código penal

LECrím Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ Ley Orgánica del Poder Judicial

PIDCP Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

RCL Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi

RTC Repertorio del Tribunal Constitucional

SSTC Sentencias del Tribunal Constitucional

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STS Sentencia del Tribunal Supremo

TC Tribunal Constitucional

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos