



**universidad
de león**

**Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015-2016**

**EL ESTUDIO SOBRE LA DETENCIÓN DENTRO DEL
RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO
PENAL.**

*The study on detention within the regime of precautionary
measures in criminal proceedings*

Realizado por la alumna Dña. Ana Melón Martínez

Tutorizado por el profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Índice

Abreviaturas	3
Metodología.....	5
Resumen	6
BLOQUE PRIMERO	9
LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL	9
1. Concepto, fundamentos y finalidad	9
2. Presupuestos de las medidas cautelares	11
2.1 “Fumus boni iuris”	11
2.2 Periculum in mora	13
3. Principio rectores que imperan en las medidas cautelares.....	14
3.1 Instrumentalidad.....	15
3.2 Provisionalidad.....	16
3.3 Homogeneidad	17
3.4 Jurisdiccionalidad.....	17
3.5 Proporcionalidad	18
4. Tipología de medidas cautelares. Una exigencia de la homogeneidad.....	19
4.1 Medidas cautelares reales.....	19
4.1.1 La fianza	21
4.1.2 El embargo	22
4.1.3 La responsabilidad civil de terceras personas	23
4.2 Medidas cautelares personales en el proceso penal	24
4.2.1 La citación	26
4.2.2 La prisión provisional.....	26
4.2.3 La libertad provisional.....	30
4.2.4 La detención	32
4.3 Otras medidas cautelares.....	33

4.3.1 La privación provisional del permiso de conducir	34
4.3.1 Prohibición de acudir o residir en determinados lugares	34
4.3.3 Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica	36
BLOQUE SEGUNDO	38
II. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL	38
2. Clases de detención	41
2.1 La detención por los particulares	44
2.1.1 Concepto y notas esenciales	44
2.2 La detención policial	46
2.2.1 Concepto y notas esenciales	46
2.2.2 Presupuestos	47
2.2.3 Plazo de detención	48
2.2.4 Entrega del detenido a disposición judicial	51
2.3 La detención judicial	52
2.3.1 Concepto y requisitos	52
3. Orden europea de detención y entrega	54
3.1 Concepto y fundamento	54
3.2 Competencia	58
3.3 Emisión y ejecución de una orden europea	59
3.3.1 La emisión de una orden europea	59
3.3.2 Procedimiento y ejecución de una orden europea	61
4. Garantías del detenido	65
4.1 Las garantías y derechos del detenido en el inicio de la detención	67
4.1.1 El derecho a ser informado	67
4.2 Derechos y garantías del detenido durante el desarrollo de la detención	68
4.2.1 El derecho a no declarar	69
4.2.2 Derecho a asistencia letrada	70
4.2.3 Derecho a ser reconocido por un médico forense	73
4.2.4 Derecho a la comunicación: la incomunicación	74
4.2.5 El derecho al <i>habeas corpus</i>	75
4.3 Garantías procesales que se derivan del interrogatorio policial	79
Conclusiones	81
Bibliografía	87

Abreviaturas

AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
art.	artículo
arts.	Artículos
cap.	capítulo
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
Cit.	Cita
CP	Código Penal
Ed.	Edición
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECRim.	Ley de enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
MF	Ministerio Fiscal
núm.	número
núms.	números
Pág.	Página
Págs.	Páginas
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
Vol.	Volumen

Objeto del trabajo

La medida de detención supone una incidencia en el derecho fundamental de la libertad de las personas, pero también constituye una excepción a lo que se recoge al respecto en nuestra Constitución Española.

Durante la primera parte de este trabajo expongo a modo general las medidas cautelares de nuestro ordenamiento jurídico, analizando sus características, sus presupuestos, y las distintas manifestaciones que se contemplan de las mismas, tanto en el ámbito patrimonial como en el personal, ya que no solamente se permite la detención.

En la segunda parte del trabajo me focalizo en realizar un análisis detallado de la detención, de su repercusión directa sobre el derecho fundamental de la libertad y de las diversas formas de detención que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite, basándome en los artículos 489 a 501, así como en el principal texto de nuestro ordenamiento, la Constitución Española.

A lo largo de este análisis se pone de manifiesto las cuestiones que han sido objeto de debate y estudio por parte de doctrina y jurisprudencia, así como todas aquellas cuestiones y manifestaciones que revisten especial interés en torno a las medidas cautelares, en general, y a la detención en particular.

En definitiva, lo que se pretende con este estudio, es dar a conocer esta institución y explicar cada una de las situaciones que se pueden derivar de ella, ya que puede vulnerar uno de los principios fundamentales más importantes que existen en la actualidad, como es el derecho a la libertad, con sus respectivas consecuencias.

Metodología

La metodología que se ha utilizado para la elaboración de este estudio ha sido la siguiente:

En primer lugar, se ha realizado la elección del tema a consejo del tutor, y dentro de los previstos en el área de Derecho Procesal, eligiendo finalmente “*Las medidas cautelares en el proceso penal. La detención*” considerando la repercusión que tiene en la práctica y en la actualidad.

En segundo lugar, y antes de comenzar a escribir sobre el mismo, se procedió a la realización de un índice, con vistas a una mejor comprensión, recopilando información de varios manuales que tratan sobre el tema, y estableciendo así los puntos básicos en torno a los que giraría este trabajo. Por ello, se ha dividido el mismo en dos partes; el primer bloque que está dirigido a proyectar una serie de ideas básicas y generales respecto a las medidas cautelares, y en segundo lugar, nos centramos en el estudio y análisis de una de esas medidas cautelares, la detención, detallando su tratamiento y sus diversas manifestaciones.

En tercer lugar, se ha procedido a la búsqueda y selección de información sobre los temas a tratar a través de diversas y variadas fuentes, tanto normativas, como monográficas, así como en manuales y en numerosos artículos de revistas relacionados con la materia procesal. Todos estos medios nos han servido para sintetizar, desarrollar, completar y analizar todo el contenido de las leyes, pudiendo obtener de ellas otro medio de investigación en el objeto de este trabajo.

En cuarto lugar, y como soporte a esta información extraída de las diversas fuentes previamente citadas, a lo largo del trabajo se ha hecho referencia, y se han analizado, varias resoluciones y sentencias dictadas por juzgados y tribunales, las cuales se han considerado fundamentales para una mejor comprensión de la detención, teniendo en cuenta que son el fiel reflejo de todo lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico al respecto. Esta

jurisprudencia viene recogida en páginas web de organismos oficiales, así como plataformas de bases de datos como Westlaw y Aranzadi.

Por último no hay que olvidar que el presente trabajo ha estado apoyado y supervisado por un tutor del área de Derecho Procesal especializado en la materia.

Resumen

La detención es una institución muy común a nivel práctica y que adquiere gran importancia en la actualidad, dada la relevancia que posee a la hora de garantizar el buen funcionamiento de los procesos, y sobre todo, debido al derecho fundamental sobre el que incide, pudiendo verse los ciudadanos afectados ante una mala práctica por parte de los poderes públicos.

Por todo ello, a lo largo del presente estudio, se ha tratado de analizar de manera detallada y clara, todas y cada una de las partes que conforman la detención, así como sus diversas manifestaciones, tratando de darle explicación a las cuestiones que pueden surgir en la práctica y que son objeto de controversia, sin olvidar todos los derechos y principios que se derivan de esta institución, y que se asientan como un pilar fundamental dentro de ella para un buen funcionamiento y mantenimiento de la misma.

Palabras clave

Detención – privación de libertad – derecho fundamental – medida cautelar – provisionalidad – aseguramiento – policial – particular – judicial.

Abstract

Detention is a common institution have a practical level and is great importance today, given the importance that possesses ensuring the smooth operation of the processes , everything and due to the Law on fundamental incident , may Affected Citizens verse to bad practical by public authorities.

Therefore all, throughout this study, we have tried to analyze v detailed and clear way, each and every contradictory that make up the detention and its various manifestations, trying to give Explained That Matters they may arise in practice and son controversial, not to mention all the rights and principles resulting of this institution and settle as a fundamental pillar within it paragraph a good operation and maintenance of it.

Key words

Detention - imprisonment - fundamental right - injunction - provisional - insurance - police - especially - court.

BLOQUE PRIMERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

1. Concepto, fundamentos y finalidad

Como bien conocemos, en nuestro ordenamiento jurídico no está permitida la realización del juicio oral el mismo día de la incoación del juicio penal¹, ya que de ser así no sería necesaria la utilización de medida cautelar alguna a lo largo del procedimiento. Pero como todo proceso humano consume tiempo en su puesta en escena², encontramos que la inutilización de medidas cautelares es algo utópico, ya que el juicio oral requiere su preparación a través de la fase instructora, en la cual se invierte, un excesivamente dilatado periodo de tiempo, durante el cual se pone en peligro, por un lado, la eficacia de éste, en cuanto no sea posible celebrar el juicio ante la ausencia del acusado; y por otro, la eficacia de la sentencia, si no resulta factible cumplir la condena que en ella se impone³.

El proceso penal exige la adopción de determinadas medidas cautelares que pretenden asegurar la eficacia del fallo de la sentencia para que pueda dictarse e impedir las consecuencias que para los fines del proceso pueda originar la duración del mismo⁴. Por ello se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse

¹Según recoge GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal*. Madrid, 2004. pág. 481 “así acontece con los procedimientos simplificados de citación directa o por “flagrante delito” del derecho comparado”.

²RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal*. Barcelona 1999. pág. 323.

³MANZANARES CASTILLEJO, Raquel. *El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal nº 26 /2011 parte Doctrina. “Es esta circunstancia la que hace necesaria la previsión de medidas cautelares, por medio de las cuales se trata de asegurar tanto que el proceso se produzca, a pesar de la voluntad de las actuaciones en contrario del acusado, como que la sentencia se pueda llegar a cumplir, impidiendo la resistencia que el acusado pudiera oponer”.

⁴Esta postura ha sido sostenida por ALMAGRO NOSETE, José. y TOMÉ PAULE José. *Lecciones de Derecho Procesal*. Madrid, 2º edición, 1999.

como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario⁵.

Por todo ello pueden definirse las medidas cautelares, siguiendo a GIMENO, como aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adaptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado, y de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia⁶. En el uso de las medidas cautelares está uno de los correctivos más eficaces de la disfunción, que, en sí mismo, entraña la existencia del proceso⁷. Buscan conservar los elementos concretos para poder dictar una resolución lo más correcta posible⁸

Pese a este uso correctivo de las medidas y su buena eficacia, es importante destacar que no cabe acordar medidas que produzcan consecuencias que nunca podrían derivarse de la resolución final, dado su carácter accesorio respecto a la pretensión principal formulada en la demanda⁹. Tampoco hay que olvidar, que aunque estas medidas se centren en restricciones de derechos fundamentales, lo cierto es que no pueden ser confundidas, ni en su naturaleza, ni en su fundamento, ni en su finalidad con la pena¹⁰.

Sin embargo el conflicto planteado por la comisión de un delito se sustrae- en el caso de los delitos públicos- a la disposición de las partes que lo protagonizaron (el agresor y la víctima), dada la naturaleza de los hechos y bienes jurídicos que resultan afectados. Por ello

⁵ Esta premisa viene recogida por FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier. *Las medidas cautelares. Publicación: Grandes Tratados. Practicum Proceso Contencioso - Administrativo 2015. BIB 2014\3299, Enero de 2014*. Recogiendo además que esta forma de entender las medidas cautelares como garantía de la sentencia y como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, es la forma en la que han sido entendidas, y la que conforma la doctrina jurisprudencial que sobre ellas se ha establecido sentencia y como parte del derecho a la tutela judicial efectiva, es la forma en la que han sido entendidas, y la que conforma la doctrina jurisprudencial que sobre ellas se ha establecido.

⁶ MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios Volumen II*. Valencia 2000. pág. 1535, establece que también es importante, que a esto ha de añadirse la posible adopción, aunque sólo sea de medidas cautelares reales, contra personas distintas del imputado (terceros) cuando legalmente se indique su responsabilidad civil ex delicto directa o subsidiariamente.

⁷ SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. *“La reforma del proceso penal (algunas observaciones) en estudios penales y criminológicos VIII”*. Santiago de Compostela. 1985. pág. 194.

⁸ VELASCO NÚÑEZ, Eloy. *Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente. Diario la Ley*. Madrid, 2013, pág.1. Hay que diferenciarlas de las medidas anticipativas, que son aquellas que suponen una anticipación de la resolución judicial que pondrá fin al proceso.

⁹ STC 118/2007 de 13 de Junio de 2007, AP 5ª, (RJ 2007\258861).

¹⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *“La prisión preventiva ¿Pena anticipada, medida cautelar o medida de seguridad?”*. Diario la Ley, número 2, 1984. pág. 1056.

el art.13 de la LECrim considera como primeras diligencias, que han de ser practicarse en el proceso penal, la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares u otras personas.

Con esta finalidad se disponen en la ley *las medidas de protección*, con las que se pretende dar amparo a las víctimas mientras que se sustancia el proceso penal y se dicta la sentencia que establezca con carácter definitivo las correspondientes responsabilidades y determine las consecuencias accesorias¹¹.

Por último, cabe recordar una tercera medida que se da junto con las dos anteriormente citadas y de las que hay que diferenciar. Esta medida se da con fines de protección a la sociedad y es lo que llamamos *tutela anticipada*, que es una especie de tutela con virtualidad propia y diferente de la cautelar. Esta tutela anticipada es conocida en el proceso civil pero ajena al proceso penal, donde tradicionalmente se ha considerado que el contenido de la STC de condena, la pena, no puede anticiparse a base de meros indicios¹².

2. Presupuestos de las medidas cautelares

La potestad cautelar que se atribuye al órgano jurisdiccional para ser utilizada en el proceso penal en tutela de los perjudicados por el delito, no es, en modo alguno una potestad indeterminada o autónoma, sino, una potestad vinculada.

Clasificaremos esta potestad de vinculada, ya que para usarla, el órgano jurisdiccional deberá de acreditar la concurrencia de dos requisitos que normativamente resultan exigibles para ello. El “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”¹³.

2.1 “Fumus boni iuris”

¹¹MORENO CATENA, Víctor. *Derecho Procesal Penal 4ª Edición*. Valencia, 2010 pág. 262. Aunque ambas medidas (cautelares y de protección) se encuentren reguladas en el mismo artículo, art.503 LECrim, persiguen objetivos diferentes. Se trata de dos realidades distintas tanto conceptualmente como en razón de los presupuestos exigibles en uno y otro caso.

¹²MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal...* op.cit... pág. 263.

¹³ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal Español*. 1991 Barcelona. pág. 21. Además de la concurrencia de estos dos requisitos, la potestad también es vinculada porque el Juez, a la hora de decretar la tutela cautelar, no puede disponer de más medidas que aquellas que estén previstas en el caso concreto.

El primer aspecto que, como elemento fundamental, se hace preciso considerar en el sistema de medidas cautelares es el que se produce por el mero transcurso del tiempo sin que se adopte decisión alguna, es el humo o apariencia del buen derecho¹⁴ “*Fumus boni iuris*”¹⁵. Hay que referirse a él como al hecho delictivo del que puede derivarse la responsabilidad penal, y ha de obtenerse de los elementos objetivos, contrastados y significativos de los que se puede deducir la posibilidad racional de que el hecho haya ocurrido tal como se imputa, y la persona a la que se imputa aparezca, con igual grado de racionalidad, como autora de los mismos¹⁶.

La apariencia de buen derecho supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina ha permitido valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar¹⁷. Al respecto, no basta con una simple petición para que se conceda una medida cautelar, sino que se precisa de algo más¹⁸. Esto se refiere a la necesidad de que una medida cautelar ha de ir precedida, según CALAMANDREI, de un cálculo de probabilidades sobre lo que podrá ser el contenido de la futura resolución principal, cálculo del que el órgano jurisdiccional pueda extraer la conclusión de que la resolución final declarará el derecho en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar¹⁹.

El *fumus boni iuris* está representado por la imputación motivada y verosímil, es decir, por la atribución de responsabilidad penal por unos concretos hechos delictivos contra una

¹⁴ De este modo FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier, *Las medidas cautelares...* op.cit, apunta que el *fumus boni iuris* se convierte en el criterio o presupuesto legal para la adopción de cualquier medida cautelar cuya adopción se solicite.

¹⁵ La expresión obedece, según CONIGLIO, Antonio. “Il sequestro giudiziario e conservativo”, 3ª Edición. Milano 1949. págs. 96 y 97, a la traducción que los escritores italianos dieron a lo que la doctrina medieval denominaba “*cognitio prima facie*”, expresión que precisaba terminológicamente la naturaleza sumaria de la *cognitio* del juez al decretar el “sequestro”.

¹⁶ PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Derecho procesal penal 3ª Edición*. Pamplona 2014. pág. 427.

¹⁷ La doctrina de la *apariencia del buen derecho* ha sido objeto de construcción en los Tribunales que la han ido depurando y conformando, configurando una serie de criterios que permiten determinar ese juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión que se deduce a los meros efectos de la tutela cautelar. «Valorar» sin «prejuzgar», pues en caso contrario se vulneraría el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías de contradicción y prueba, ya que el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

¹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona, 2004, pág.48, justifica la exigencia del *fumus boni iuris* en el carácter oneroso o restrictivo para los derechos del demandado o afectado por la adopción de la medida cautelar, lo que justifica que no se puede adoptar de manera automática con la sola petición.

¹⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*. Padova 1936. págs. 58 a 64.

determinada persona²⁰. De este juicio de “verosimilitud” y “probabilidad”, CALAMANDREI, resalta su carácter hipotético²¹, carácter que está íntimamente unido a la naturaleza misma de la medida cautelar, constituyendo además, un aspecto necesario de su instrumentalidad²².

En base a todo ello, y en conclusión, el tribunal del que depende la adopción de la medida deberá cerciorarse de que el conflicto jurídico cuyo enjuiciamiento se le somete no es artificial o irreal sino incierto, y de que la petición esgrimida por el solicitante de la medida cautelar se encuentra, en apariencia, debidamente fundamentada en cuanto a hechos y a Derecho²³.

2.2 Periculum in mora

El segundo presupuesto de las medidas cautelares es el comúnmente designado por la doctrina procesal con la expresión “periculum in mora”, utilizado con la necesidad de conjurar el riesgo derivado de una resolución tardía, que pudiera provocar la ineficacia de la resolución definitiva.

Este *periculum in mora* se concreta en la posible desaparición del imputado, pues sino se encuentra a disposición del proceso no se podría celebrar el juicio ni, por supuesto, hacer efectiva la pena personal que se le hubiese impuesto. También se contempla ante una posible ocultación o desaparición de los bienes de modo que las responsabilidades civiles no se pudieran satisfacer²⁴. Se trata de evitar que la tutela judicial²⁵ no sea efectiva. En la

²⁰ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal 3ª Edición*. pág.265. Por este motivo, se ha de sostener sobre un fundamento al menos indiciario de que se han producido unos hechos delictivos y que la persona contra quien la medida se decreta es responsable de los mismos, sea ésta responsabilidad penal, o se trate exclusivamente de responsabilidad civil.

²¹ Como advierte RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho procesal civil VOL.II 3ª Edición*. Barcelona 1986. Pág. 950, la medida cautelar se concede no porque el solicitante ostente un derecho indiscutido sobre el objeto del proceso, sino porque simplemente “prima facie” su petición aparece como tutelable con la medida cautelar.

²² CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*. págs. 58 a 64.

²³ GARBERÍ LLOBREGAT, José. *Las medidas cautelares...op.cit...pág.48*, apunta que en caso contrario si dicho examen arroja un resultado negativo, la medida cautelar se vendrá denegada.

²⁴ No obstante, MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal 3º*. op.cit... pág.266, recoge que si no existe el referido peligro de que el desarrollo del proceso o el cumplimiento de la sentencia puedan padecer por la demora en la resolución, falta el segundo de los presupuestos para ordenar la medida cautelar

²⁵ CHAMORRO BERNAL, Francisco. *La tutela judicial efectiva*. Editorial Bosch, Barcelona, 1994. pág.277. Se contempla en esta obra que la efectividad es algo consustancial al derecho, ya que como ha reiterado el TC, una tutela que no fuera efectiva, no sería tutela.

jurisprudencia del Tribunal Constitucional la pérdida de esta utilidad no hace referencia a la duración del proceso, sino a los perjuicios que se derivan de la ejecución del acto que es objeto de impugnación y la dificultad para su reparación. Esta dificultad se identifica con el concepto de «irreparabilidad» o «irreversibilidad», esto es, con la imposibilidad de restituir el bien jurídico lesionado²⁶.

De este modo, si no apareciese alguno de los peligros previamente citados, no va a concurrir este segundo presupuesto, lo cual no quita para que se puedan acordar otras medidas ya explicadas anteriormente como por ejemplo las de protección a la sociedad.

Cuanta mayor sea la probabilidad de que una persona imputada resulte acusada, juzgada, condenada y consiguientemente penada por un hecho delictivo, porque el procedimiento avanza y la sospecha inicial se robustece progresivamente; y cuanto más grave sea la pena asignada al delito; mayor será, también la tentación de arriesgarse a afrontar el desarraigo y la clandestinidad que suponen ponerse fuera del alcance del aparato jurisdiccional. Cuanto más tengan que perder (relaciones familiares, entorno social, trabajo estable, ingresos económicos regulares), mayor será la resistencia a ceder a la tentación de la fuga o de la ocultación, o a la de exponerse a una sanción adicional si se descubre el intento de alteración de las fuentes de prueba²⁷.

3. Principio rectores que imperan en las medidas cautelares

Una vez delimitado el contenido y el alcance de los dos presupuestos que informan la adopción de las medidas cautelares en el proceso penal, nos ocuparemos, a continuación, de la exposición y análisis de las características de dichas medidas, ya que estas inciden directamente sobre el derecho a la libertad personal que se recoge en la Constitución, concretamente en su artículo 17. Por ello se hace necesario el establecimiento de una serie de principios o notas que sirvan como guía en su aplicación y que sean comunes a cualquier derecho fundamental.

²⁶ Podemos ver, al respecto y como ejemplo, STC, de 5 de Noviembre de 2002, del Tribunal Supremo. En esta sentencia el Alto Tribunal considera que la ejecutoriedad de una decisión administrativa sólo se puede suspender en el caso de que se produzcan daños irreversibles, puesto que la actuación administrativa se sustenta en el interés general.

²⁷ Auto de 5 de Noviembre de 2015, Juzgado central de instrucción, (RJ 2015/274130).

3.1 Instrumentalidad

Esta característica constituye una de las más peculiares y significativas de las medidas cautelares. A CALAMANDREI se debe la formulación más acertada, quien lo concibe como una nota distintiva que supone que estas medidas cautelares “no son nunca fin en sí mismas, sino que están indefectiblemente pre ordenadas a la emanación de una ulterior resolución definitiva, cuya fructuosidad práctica aseguran preventivamente”²⁸.

Esta característica supone una vinculación directa de la medida cautelar a la pendencia de ese proceso principal; por tanto, una vez que éste finaliza, se produce la extinción de la medida cautelar, que no puede mantenerse en adelante, de tal manera que se ha de alzar o sustituir por la actuación ejecutiva²⁹. Es fundamental que las medidas que se adopten deben estar en función de las circunstancias que se planteen en el proceso principal; en consecuencia una modificación de los hechos o circunstancias tenidos en cuenta en el momento de la solicitud de las medidas, podrá comportar la adopción de las medidas (si hubieran sido inicialmente denegadas) o, en otro caso, su modificación o alzamiento si fuera procedente. Esta instrumentalidad está vinculada a que sea el tribunal con competencia el que deba adoptar la medida cautelar³⁰.

MAURICIO OTTOLENGHI, citado por MONROY GÁLVEZ, explica que con el instituto cautelar se atiende más que a la finalidad de actuar el derecho, a conseguir el efecto inmediato de asegurar la eficacia práctica de las providencias definitivas; de tal manera que la tutela cautelar es con relación al derecho sustancial una tutela inmediata, puesto que más que hacer justicia, contribuye o garantizar el eficaz funcionamiento de ésta³¹. Por conclusión, lo que se pretende decir, es que si el fallo definitivo hace efectivo el derecho material o sustantivo, la medida cautelar es el medio a través del cual el fallo definitivo se convierte en eficaz.

²⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione...* op.cit... pág. 21.

²⁹ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal...* op.cit... pág.298. En tal sentido, se presume que será indiferente para la finalización del proceso que se haga bien mediante sentencia o bien mediante un auto de sobreseimiento.

³⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal*. Justicia, 2015, nº1. Págs. 143-196. Este carácter instrumental se ve destacado por el art. 150 CP a través del principio de jurisdiccionalidad en el que se exige que las medidas cautelares sean establecidas por el Tribunal competente en pieza separada.

³¹ OTTOLENGHI, Mauricio A. “*Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*”. 1946. Pág. 513.

3.2 Provisionalidad

MONROY GÁLVEZ sostiene que esta característica es la más definitiva y propia de las medidas cautelares y que la entendemos mejor si distinguimos los conceptos de temporalidad y provisoriedad. El primero es aquello que no dura siempre, vale decir tiene una duración limitada; en cambio, lo provisorio es aquello que está destinado a durar hasta tanto no ocurra un hecho sucesivo y esperado³².

Entenderemos pues que las medidas cautelares son provisionales, ya que han de permanecer solamente durante el tiempo que permanezca pendiente el proceso principal, aunque también pueden finalizar o transformarse en otras medidas en el caso en que se modifiquen los presupuestos y circunstancias sobre las que se fundamenta su adopción. Para autores como CALAMANDREI, consiste en la limitación de la duración de los efectos que dimanen de la resolución cautelar³³.

Están, pues, sometidas a la regla *rebus sic stantibus*³⁴, tan solo han de permanecer, en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado³⁵. De cualquier modo, y ya al margen de estas precisiones terminológicas, la realidad es que la provisionalidad de las medidas cautelares no es más que una consecuencia de la instrumentalidad que las caracteriza y que se expresa en la duración limitada de sus efectos en el tiempo estando destinada a desaparecer, una vez haya recaído la resolución final, en virtud del vínculo de instrumentalidad que liga indefectiblemente a ambas resoluciones, provisional - la cautelar - , y la definitiva - la final -³⁶.

³² MONROY GÁLVEZ “Características de las medidas cautelares”. *Revista La Razón. La Gaceta Jurídica*. 2012. http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/la_gaceta_juridica/Caracteristicas-medida-cautelar_0_1720628027.html.

³³ Para CALAMANDREI, Piero, *Introduzione allo...op.cit...pág.9 y ss*, la diferencia entre la provisionalidad y la temporalidad es que en la primera significa que está destinada a durar hasta que sobrevenga un evento posterior en base y en atención al cual el estado de provisionalidad permanezca en el tiempo, en tanto que la temporalidad se refiere a que no dura siempre, tiene en sí duración limitada.

³⁴ “Aplicado a este contexto, esta regla quiere decir que las medidas cautelares desarrollan sus efectos en un determinado plazo de tiempo y están expuestas al acaecimiento de hechos futuros, lo que supone que deban ser revisadas jurídicamente para que se vayan adaptando a la realidad de las cosas”.

³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente. *Lecciones de Derecho procesal Penal 1ª Edición*. 2001. Pág.265.

³⁶ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas... op.cit... pág. 80*.

3.3 Homogeneidad

Otra nota tipificadora de las medidas cautelares es la homogeneidad. Si la función de estas medidas consiste en el aseguramiento del derecho discutido en el proceso, a fin de mantenerlo íntegro en fase ejecutiva, una vez recaída la sentencia judicial reconociendo tal derecho, lógicamente la medida cautelar deberá revestir cualitativamente las mismas características que las ejecutivas³⁷.

De tal manera, que al estar íntimamente pre ordenadas a la ejecución, supone una cierta homogeneidad entre ellas y las ejecutivas, aunque no significa, en modo alguno, la identidad entre ambas categorías.

3.4 Jurisdiccionalidad

El carácter jurisdiccional de las medidas cautelares, es otra de las notas caracterizadoras de estas medidas y como tal ha sido destacada por la doctrina. Este carácter jurisdiccional se evidencia con sólo recordar la nota de instrumentalidad que, de igual modo, tipifica estas medidas³⁸.

Que estas medidas se caractericen por una instrumentalidad supone que estén subordinadas a un proceso y a la posterior sentencia, que de este, habrá de recaer. De ello se deriva que si las medidas cautelares son “*instrumentos del instrumento*”³⁹, esto supondrá que la naturaleza de estas medidas venga determinada por la jurisdiccionalidad de la resolución principal⁴⁰. Este carácter jurisdiccional de las medidas proviene de su propia naturaleza y fin.

³⁷ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Las medidas cautelares en el proceso civil*. 1974. pág.19

³⁸ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas...* op.cit... Pág.87

³⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introuzione...* op.cit... pág.22.

⁴⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. *Las medidas cautelares...* op.cit... pág.31.

Por todo ello y por ser actos de naturaleza jurisdiccional, la adopción de la medida solo compete a los jueces y Tribunales de manera exclusiva⁴¹. No obstante, y de manera excepcional, ciertas medidas cautelares, como por ejemplo la detención, podrán ser impuestas por la Policía⁴², siempre y cuando estén vinculadas a la existencia de un procedimiento penal que esté abierto.

3.5 Proporcionalidad

Esta característica está basada en el llamado “principio de adecuación”, conforme al cual la medida adoptada ha de ser adecuada o apta para alcanzar el objetivo pretendido. El término proporcionalidad es frecuentemente manejado por nuestro TC, que habla de la exigida adecuación o “congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho bien constitucionalmente relevante”⁴³, es decir, las medidas cautelares deben guardar lógica proporción de medio a fin⁴⁴. Al tratarse estas medidas de restricción de derechos fundamentales, debe tratarse con especial cuidado la debida proporción entre la limitación de dichos derechos y los fines que se pretenden conseguir con la adopción de la medida⁴⁵

Pendiente esta clarificación por parte de nuestro TC, hemos de concluir con la importancia decisiva de esta característica en las medidas cautelares y destacar, también, que esta proporcionalidad siempre ha estado presente a lo largo de toda la regulación que sobre esta materia se efectúa en nuestros textos positivos.

⁴¹ARCILA SALAZAR, Beatriz. *Las medidas cautelares en el procedimiento ambiental*. Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Vol. 12, N°. 23, 2013, pág.18. Viene a recordarnos que lo que se quiere indicar es que por más que haya certeza de la existencia del derecho y que sea evidente el peligro que corre el mismo por el transcurso del tiempo, no les está permitido a los particulares que bajo el modelo de un Estado de derecho actúen por su propia mano y realicen directamente los actos conducentes a garantizar la sentencia.

⁴²DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La detención por delito*. Pamplona, 1999. Se recoge en esta obra que esta función es una de las que se le atribuyen de manera general al personal de la policía, y que está encaminada al auxilio de Los juzgados, tribunales y el Ministerio Fiscal en la averiguación de delitos y en el descubrimiento e investigación de los delincuentes, con el objetivo de ponerlos a disposición de la autoridad judicial.

⁴³ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Teoría general de las medidas...* op.cit... pág. 125

⁴⁴ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. *Medidas cautelares frente a autoridades públicas. Derecho administrativo: tendencias actuales*. N° 269-270, pág.64. Destaca que el fin de las medidas es asegurar la eficacia del proceso, no resolverlo en el instante que se despacha la providencia cautelar.

⁴⁵ BARONA VILAR, Silvia. *¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?*. Poder judicial, núm. Especial 2006, págs.237-265. Dispone que es especialmente significativa la exigencia de proporción cuando la medida cautelar incide directamente sobre el derecho fundamental de libertad y el de presunción de inocencia.

Como conclusión en base a lo anterior, se denegará la medida cautelar que se solicite cuando sea posible sustituirla por otra con la misma eficacia, pero menos gravosa o perjudicial para el afectado⁴⁶; por lo que se busca es la adopción de la medida menos gravosa que mejor encuadre con las circunstancias del caso.

4. Tipología de medidas cautelares. Una exigencia de la homogeneidad.

Como bien sabemos, toda medida cautelar tiende, pues, a asegurar la ejecución de un eventual fallo condenatorio, y como en el proceso penal el contenido del mismo puede ser doble: uno *penal*, cifrado en la imposición de una o más penas o medidas de seguridad, y otro *civil* consistente en la condena a la reparación, las medidas cautelares que se adopten pueden dirigirse a asegurar uno u otro. Desde esta perspectiva nos encontramos con que las medidas que pueden adoptarse podrían clasificarse en medidas cautelares reales, que son las que afectan al patrimonio, y medidas cautelares personales que afectarían al ejercicio de los derechos del imputado.

4.1 Medidas cautelares reales

Las medidas cautelares reales tienden en el proceso penal a garantizar con carácter general la responsabilidad civil dimanante del delito o , lo que es lo mismo, el contenido meramente civil de la sentencia de condena, y también ciertos contenidos penales del mismo, concretamente la pena de multa y las costas procesales⁴⁷ . Coloquialmente estas medidas también son denominadas como medidas cautelares patrimoniales ya que recaen sobre bienes muebles o inmuebles⁴⁸ . Comparten su naturaleza con las medidas de carácter

⁴⁶ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal...*op.cit...pág. 299.

⁴⁷ Dicho de otro modo, MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal, Doctrina, jurisprudencia...*op.cit...pág.1778, justifica la presencia de medidas cautelares reales en el proceso penal por la condena en costas, o porque el delito sea de los que lleven aparejada pena de multa, o por último, como consecuencia de la acumulación de la pretensión civil restitutoria o indemnizatoria a la pretensión punitiva dentro de aquel.

⁴⁸ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal...*op.cit... pág.319. Característica ésta que hace posible su estudio conjunto, desde un punto de vista dogmático, pues como veremos a lo largo del tema su naturaleza y función son en ambos casos supuestos completamente distintos.

general, por responder a un marcado fin económico y además tienen ocasión de poder ser acordadas en todo proceso penal.

Según ORTELLS, estas medidas cautelares reales son susceptibles de la siguiente clasificación: *medidas cautelares reales propias del proceso penal*, que tienen por objeto la garantía de la efectividad de los pronunciamientos de naturaleza penal y procesal penal de la STC que se dicte y que posean un contenido patrimonial⁴⁹ y *medidas cautelares propias del proceso civil acumulado*, que son las que tienden a asegurar la ejecución de los pronunciamientos de naturaleza civil y contenido patrimonial de la STC que se dicte y que, como es sabido, comprende la restitución de cosas determinadas, la reparación del daño y la indemnización de daños y perjuicios.

En cuanto a los presupuestos que condicionan la adopción de estas medidas cautelares reales, nos encontramos en primer lugar con lo que constituye el “*fumus boni iuris*”, que en el proceso penal hace referencia a la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada o, lo que es lo mismo, en la existencia en la instrucción de “*indicios racionales de criminalidad*”⁵⁰. Además de la necesaria atribución del hecho punible a una persona, se requiere también, que los indicios racionales de criminalidad lo sean de un ilícito penal y de otro que tales indicios evidencian una relación de causalidad con el sujeto contra el que se adoptan, bien sea el imputado o terceras personas civilmente responsables⁵¹.

En segundo lugar las medidas personales reales han de someterse al presupuesto del “*periculum in mora*”, o lo que es lo mismo, a la probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento civil de la condena⁵².

Por último, la LECRim contempla diferentes tipos de medidas cautelares reales tendentes a lograr el aseguramiento de las eventuales responsabilidades pecuniarias en las que pueda incurrir el sujeto pasivo de un proceso penal. Nos encontramos pues con *la fianza, el embargo y la responsabilidad civil de terceras personas*.

⁴⁹ Se refiere al relativo a las penas de multa y de comisión, así como al pago de las costas procesales.

⁵⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal...op.cit...* pág.563, dicta la diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en donde el cumplimiento de este presupuesto suele ir ligado a la existencia de un documento justificativo del derecho subjetivo material.

⁵¹ Así lo recoge GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal penal...op.cit...*pág.564.

⁵² Por esta razón cuando la solvencia, honestidad y arraigo del imputado estuvieran acreditadas en la instrucción, decae y no se justifica la práctica de estas medidas, cuya adopción podría revestir carácter sancionador, al tender el responsable civil innecesariamente que sufragar sus gastos económicos.

4.1.1 La fianza

El artículo 589 LECRim recoge que “cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”. Es una medida del aseguramiento directo que busca la disponibilidad del dinero de forma inmediata o a través de la afección de bienes muebles o inmuebles de fácil realización y del valor conocido.

La cuantía de dicha fianza será fijada por el juez con un límite, ya que la cantidad que dictamine no podrá ser inferior a una tercera parte del posible importe de las responsabilidades económicas.

Esta medida cautelar real puede hacerse efectiva de diversas formas:

- Personal: Este tipo de fianza puede ser prestada, según los términos del artículo 592 del texto procesal penal, por una persona que reúna los siguientes requisitos: ser español, tener vecindad en territorio nacional, estar en plenitud en el ejercicio de sus derechos civiles y políticos y tener solvencia bastante.
- Hipotecaria: Este tipo de fianza es equivalente a la caución prevista en el artículo 592.3.2º Ley de enjuiciamiento Civil. Se configura una fianza cuya principal característica es la rápida ejecución de la misma a través de la reclamación a la entidad de crédito que la ha prestado y que por ello reúne la garantía de solvencia necesaria para el cumplimiento de los fines previstos cuando se solicita la constitución de la fianza. Es una fórmula abierta que abarca como mecanismo principal el aval bancario, al que se somete al cumplimiento de las condiciones de ser de duración indefinida y pagadera al primer requerimiento, pero que queda abierto igualmente a cualquier otro tipo de garantía crediticia que se pueda ofrecer, siempre que reúna la exigencia de su inmediata disponibilidad⁵³.

⁵³ Guías jurídicas de Wolters Kluwer: *Fianza en el proceso penal*. Disponible en: <http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000012720/20080708/Fianza-en-el-proceso-penal>.

- Pignoraticia: En este caso se pondrá a disposición judicial, a fin de satisfacer las responsabilidades económicas. Se ponen a disposición del Juzgado o Tribunal a fin de satisfacer las aludidas responsabilidades económicas, *efectos públicos*⁵⁴, ya sean del encausado o de otra persona, valores mercantiles e industriales cuya cotización en bolsa haya sido debidamente autorizada.

4.1.2 El embargo

El embargo es una medida subsidiaria de la fianza, ya que se procederá a su realización siempre que no se haya satisfecho la cantidad de la misma, embargando los bienes del responsable. Se llevará a cabo la ejecución del embargo de manera automática por el transcurso del plazo de veinticuatro horas sin que se haya prestado la fianza.

Esta medida cautelar supone la congelación de los bienes, es decir, si estamos hablando de dinero, el imputado no podrá hacer uso del mismo, gastarlo; si son bienes podrán ser vendidos, incluso se da la opción de arrendarlos, pero el importe de dichas transacciones quedará afectado por el embargo.

Para que se pueda llevar a cabo y esté perfectamente trabado es necesario el cumplimiento del dos requisitos: primero que los bienes sobre los que recaiga el embargo sean del imputado y que tengan un contenido patrimonial, así como que la ley no establezca su inalienabilidad, total o parcial⁵⁵.

La relación de los bienes que pueden ser afectados por esta medida cautelar, vienen recogidos en el artículo 592 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge que “ *el secretario judicial responsable de la ejecución embargarán los bienes del ejecutado procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado*”. Sí lo dispuesto en este artículo no pudiese llevarse a cabo la ley fija el orden en el que deberán de embargarse los bienes “...a) *Dinero o cuentas corrientes*

⁵⁴ La Bolsa de Madrid la define como “Títulos de Deuda pública, representativos de créditos contra el Estado o instituciones afines. También se llama así a los valores emitidos por gobiernos extranjeros”. Disponible en: <http://www.bolsamadrid.es/esp/bolsamadrid/cursos/dicc/e.asp>.

⁵⁵ Con ello se persigue la individualización y adscripción de bienes suficientes del patrimonio del imputado para garantizar las eventuales responsabilidades civiles derivadas de la comisión de un hecho punible.

de cualquier clase. b) Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores. c) Joyas y objetos de arte. d) Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo. e) Intereses, rentas y frutos de toda especie. f) Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales. g) Bienes inmuebles. h) Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas. i) Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo”. En último lugar cabe también la posibilidad de embargar empresas.

4.1.3 La responsabilidad civil de terceras personas

Esta tercera medida cautelar real nace de la existencia de un vínculo, generado, obviamente, por razón de algún interés recíproco o la persecución de un beneficio. Vínculo que no tiene que ser jurídico ni responder a la morfología propia de alguna figura típica de contrato, pues puede ser fáctico; bastando con que él mismo dé lugar a cierta posición preeminente de uno de los implicados, que coloque a la contraparte bajo alguna forma de dirección o dependencia⁵⁶. Esta medida cautelar se da cuando el imputado no presta la fianza ni designa bienes suficientes para cubrir las eventuales responsabilidades pecuniarias. En ese momento, el Juez debe efectuar las gestiones necesarias para investigar el patrimonio del imputado y su entorno, así como iniciar las pesquisas oportunas para el caso que el imputado haya distraído su patrimonio en favor de terceros al objeto de frustrar el aseguramiento efectivo de su eventual responsabilidad civil.

La reparación del daño ocasionado podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer algo, y se determinará por el Juez atendiendo a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales y económicas del culpable⁵⁷. Para que contra ese tercero se

⁵⁶ SAAVEDRA RUIZ, Juan. *Responsabilidad civil*. Publicación: Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. BIB 2009/4216, Enero de 2009.

⁵⁷ Así se recoge en el artículo *La responsabilidad civil derivada del delito* de <http://iabogado.com/guia-legal/ante-la-justicia-penal/la-responsabilidad-civil-derivada-del-delito>, puntualizando además que la indemnización de perjuicios comprenderá no solo los ocasionados al agraviado, sino también a sus familiares o a terceros. Si la víctima, por medio de su conducta, hubiera contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido, podrá disminuirse el importe de su indemnización.

pueda acordar la prestación de una fianza o se puedan embargar sus bienes, será necesario que previamente se haya declarado la insolvencia del responsable directo⁵⁸.

4.2 Medidas cautelares personales en el proceso penal

También conocidas como “accesorias”, “interdictivas” o *contra societatem*⁵⁹, las medidas cautelares personales son expresión del poder coercitivo del Estado y se dirigen contra alguien al que se considera, y proclama, inocente, en base a la presunción de inocencia. Se entienden pues, como aquellas medidas destinadas a la sujeción del imputado al proceso, y en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio. La finalidad de la medida cautelar personal estriba en garantizar que la resolución que se decreta al final del proceso pueda cumplirse a pesar del retraso que existe a consecuencia de la realización de todas las actuaciones que vienen previstas por ley para su conclusión⁶⁰.

Este fin perseguido se conseguirá mediante la restricción, en mayor o menor intensidad, de la libertad. Pero por su directa relación con las previsiones constitucionales que garantizan la libertad (art.17 CE) y la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), la adopción de estas medidas debe ser siempre excepcional, condicionada a las circunstancias del caso y proporcionada a la finalidad que se persigue⁶¹, tratando siempre de evitar que se convierta en una pena anticipada⁶².

⁵⁸ FONT SERRA, Eduardo. *La acción civil en el proceso penal*. Madrid. 2002. pág. 78.

⁵⁹ PORTAL MANRUBIA, Josep. *Medidas cautelares contra persona jurídica según la nueva reforma del Código Penal*. Revista Aranzadi Doctrinal. 2011, pág.150.

⁶⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en *Las Medidas cautelares en el proceso civil*. Barcelona. 1974. págs. 12 a 14 “Por consiguiente, la medida cautelar tiene como única función preservar la eficacia del proceso. Dicha expresión permite que se asegure el cumplimiento de la resolución con independencia de que sea declarativa, de condena o constitutiva”.

⁶¹ Por ello han de respetarse escrupulosamente los límites legales que se establecen en relación con la adopción de privación de libertad acordada cautelarmente. Para ello conviene tener en cuenta las directrices del La recomendación 80-11 de Consejo Europeo, adoptada por el comité de Ministros el 27 de Junio del 1980.

⁶² STC 108/1984, de 26 de noviembre de 1984, sala primera del tribunal constitucional “En este sentido tiene declarado el TC que la libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo, y que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares personales siempre que se adopten en resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una

Las medidas cautelares personales, se asientan en los siguientes fundamentos a los que la doctrina denomina “presupuestos”. En primer lugar nos encontramos con el *periculum in mora*, en el que se refleja el riesgo de fuga del imputado, que se condiciona a la duración del procedimiento y a la gravedad de la pena que comporte el hecho imputado.

En segundo lugar, el siguiente supuesto, es el *fumus boni iuris*, que para las medidas cautelares personales comporta los indicios suficientes que permitan mantener la imputación de un hecho delictivo al sujeto afectado por la medida⁶³.

Respecto a las características o notas esenciales que caracterizan estas medidas destacan la instrumentalidad, pues no constituyen un fin en sí mismas, sino un medio para el logro de la efectividad de la sentencia que se dicte; la provisionalidad, que conlleva su necesaria extinción cuando el proceso termine; y la variabilidad, ya que pueden ser modificadas, o dejadas sin efecto, o adoptadas de nuevo, a lo largo del proceso, en la medida que varíen, desaparezcan o resurjan los presupuestos que las hagan necesarias (art. 539). Y además, por las siguientes notas específicas: La necesidad y subsidiariedad (art. 502.2); La duración legalmente limitada (art. 504). La necesaria petición de parte para que puedan acordarse las de prisión y libertad provisionales (art. 505.4). La excepcionalidad (art. 503.1) y la proporcionalidad (art. 502.3)⁶⁴.

Finalmente, cabe apuntar que la LECrim regula conjuntamente en el Título VI del Libro II, como medidas cautelares personales: *la citación, la prisión provisional, la libertad provisional y la detención*.

medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

⁶³ MONTERO AROCA, Juan. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia, 2007, pág. 479. “Estos fundamentos deben interpretarse desde el prisma de la proporcionalidad, que exige un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, dado que una medida desproporcionada o irrazonable, como ha manifestado reiteradamente el TC, no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

⁶⁴ “La adopción de estas medidas debe ser siempre excepcional, condicionada a las circunstancias del caso y proporcionada a la finalidad que se persigue, tratando siempre de evitar que se convierta en una pena anticipada. En este sentido tiene declarado el TC que la libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo, y que la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares personales siempre que se adopten en resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y de las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”. Así se dispone en la STC 108/1984, de 26 de noviembre 2002.

4.2.1 La citación

Para entablar y proseguir los procesos judiciales con la plena observancia del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) es exigible una correcta y escrupulosa constitución de la relación jurídico-procesal en cada una de las instancias del proceso⁶⁵, y para ello un instrumento fundamental es el régimen de citación.

La citación no supone como tal una medida cautelar, sino que constituye una pequeña “obstrucción” de la libertad personal ya que obliga a un determinado sujeto a comparecer ante los tribunales. Consiste en un acto coercitivo sobre una persona que emana del órgano jurisdiccional para que ésta comparezca ante dicho órgano con una doble finalidad: que se le notifique que va a ser imputada como presunta autora de un hecho punible, informándole de las garantías procesales que le rodean y para que, a partir de este momento, pueda llevar a cabo su derecho de defensa⁶⁶.

Así viene recogido en el art.486 LECRim: «La persona a quien se impute un acto punible deberá ser citada sólo para ser oída», y en el art. 118, II de la misma ley: «La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados».

La comparecencia del presunto acusado le va a permitir defenderse dando las explicaciones y fundamentaciones que considere oportuno, pudiendo desvirtuar del esta forma, los cargos o motivos de sospecha que pesan contra él, y de manera indirecta, evitando los perjuicios que le conlleva una detención.

Si bien en el supuesto de que la persona citada no cumpliera con su obligación y no se personase ante la autoridad judicial, la orden de comparecencia se convertiría en una orden de detención, lo cual lleva aparejado una serie de consecuencias jurídicas de mayor intensidad y pre judicialidad para dicho sujeto.

4.2.2 La prisión provisional

⁶⁵ STC 58/2010, de 26 de Noviembre de 2002, Tribunal Constitucional (Sala Primera) (RTC 2010\58).

⁶⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...* pág. 345.

Esta institución se sitúa entre las obligaciones estatales de perseguir de manera óptima el delito y asegurar la libertad del ciudadano⁶⁷, alcanzando en vía cautelar la restricción de la libertad individual su grado máximo con la prisión provisional⁶⁸. De conformidad con nuestra Constitución, los Pactos internacionales de Derechos humanos y la doctrina de los órganos jurisdiccionales encargados de su aplicación, podemos entender por prisión provisional la situación nacida de una resolución jurisdiccional, del carácter provisional y duración limitada, por la que se restringe el derecho a la libertad de un imputado por un delito de especial gravedad⁶⁹.

Las finalidades principales de esta medida son los del evitar la fuga del imputado e impedir que pueda obstaculizar la investigación por la ocultación o eliminación de pruebas que puedan ser útiles y concluyentes para dictar STC.

La base constitucional de esta medida cautelar atiende a que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de comisión de una presunta actividad delictiva con una determinada previsión penológica y su atribución a persona determinada como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida y, como objeto, que se la conciba, en su adopción, y en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos⁷⁰. Conviene destacar que esta medida cautelar no incluye dentro de sus finalidades la del anticipación de la pena, ya que como bien dice el TC “aquél imputado que se encuentre en situación de espera de juicio, no se va a encontrar sometido a ninguna medida cautelar”⁷¹.

Como bien decimos, se trata del aseguramiento de la presencia del imputado en el juicio oral futurible y pendiente de la propia complejidad de la instrucción, ya muy avanzada, que no es simple o sencilla, ni habitual o de fácil terminación, extremos éstos

⁶⁷ BUTRÓN BALIÑAS, Pedro. *Incidencia de alarma social en la adopción de la prisión provisional (comentario a la sentencia del Tribunal constitucional 98/1997, de 20 de Mayo)*. Poder Judicial, núm.50, págs.389-402. Se encontrará más próximo a uno u otro en función del tipo de ordenamiento en el que se fundamente el proceso penal.

⁶⁸ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*. Barcelona, 2002, pág.1912 “La medida anticipa la ejecución futura por la necesidad de garantizar la disponibilidad de imputado a resultados del proceso penal”. Pág.234.

⁶⁹ Así lo dispone GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...pág.536-537* “Y en quién además concurra un peligro del fuga suficiente para presumir racionalmente que no acudirá a la llamada de la celebración de juicio oral”.

⁷⁰ Auto de 30 octubre 2014. Juzgado Central de Instrucción Caso Operación Púnica. (ARP 2014\1197).

⁷¹ STC 19/1999, del 22 de Febrero 1999.

ajenos a la propia actividad de los órganos jurisdiccionales que han de velar por el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico Penal y Procesal⁷².

Las características que revisten esta medida cautelar son; en primer lugar la *jurisdiccionalidad*, según la cual dicha medida cautelar solo puede ser adoptada por los tribunales, ya que como es evidente esta medida restringe un derecho fundamental⁷³. En segundo lugar *la necesidad*, ya que resulta imprescindible que objetivamente se justifique para obtener el cumplimiento de los fines que constitucionalmente la legitiman, debiéndose adoptar la alternativa menos gravosa. Seguidamente se caracteriza por su *duración*, lo que supone que la prisión provisional llevará aparejado un límite temporal en función de fin perseguido y de la duración previsible de la penal asociada al delito imputado. Por último esta medida se ha de regir por la *motivación*, atendiendo a la obligación formal de juez en efectuar una especial motivación en las decisiones relativas a la adopción de esta medida.

Por ello, y en consecuencia las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada. Esta motivación ha de ser suficiente y razonada⁷⁴. En definitiva, la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego -la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro- a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como "una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines".

La prisión provisional puede revestir tres diferentes modalidades de cumplimiento: *comunicada, incomunicada o atenuada*. Aunque sin duda las tres suponen manifestaciones de la misma medida cautelar, el modo en que la privación de libertad se produce es distinto en cada caso.

⁷² STC 35/2007, de 12 de febrero. (RTC 2007, 35).

⁷³ FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales; Apunte de historia de las constituciones*. Madrid, 1996, pág.77. "Dicho derecho fundamental es el derecho a la libertad, que es uno de los más preciados de la persona humana".

⁷⁴ "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" (SSTC 41/1982, de 2 de julio [RTC 1982\41]).

- *Prisión provisional comunicada*: Esta variante representa el modo habitual de acordar la prisión provisional, y consiste en el internamiento del imputado en un centro penitenciario. Su cumplimiento se rige por los preceptos de la LECRim (arts. 522 a 527) y de la ley General Penitenciaria, procurando la separación de los presos preventivos de aquellos que estén cumpliendo condena⁷⁵.

Tal y como recoge la ley, esta modalidad pretende que la privación de libertad se practique de la manera que menos perjudique al imputado, es decir, que sus derechos no se restrinjan de manera excesiva. Por tanto, a todos los presos preventivos hay que garantizarles los derechos de comunicación, ya sea de manera oral, mediante el régimen de visitas, comunicación escrita por medio de correspondencia o comunicación por vías telefónicas.

- *Prisión provisional incomunicada*: A diferencia de la anterior, esta modalidad supone un total aislamiento respecto del mundo exterior. Representa un especial agravamiento de la situación del imputado, por lo que solo se podrá decretar en supuestos excepcionales cuando exista una justificación suficiente. Tiene como objetivo principal facilitar la investigación de los hechos ya que con el aislamiento se evita que el preso pueda relacionarse con terceras personas que destruyan pruebas o dificulten las averiguaciones que se están llevando a cabo.

La nota controvertida de la prisión incomunicada es su duración ya que debido al grado de afectación de los derechos sobre los que recae, deberá del tratarse de un plazo breve y que dure el tiempo estrictamente necesario. Como regla general, un máximo de 5 días, aunque se prevén por ley algunas excepciones, como los casos de terrorismo que puede llegar hasta 10 días⁷⁶.

- *Prisión provisional atenuada*: Esta modalidad fue introducida por la Ley de 10 de septiembre de 1931, y se basó en determinados artículos del entonces vigente Código de justicia militar⁷⁷, con la inusual característica de no asignarle numeración

⁷⁵ MORENO CATENA, Víctor. *Manuales de Derecho procesal...*op.cit...pag.290.

⁷⁶ Existen excepciones a esta limitación temporal en aquellos casos en los que se trate de delitos cometidos por personas que pertenezcan a bandas armadas o terroristas. En dichos casos se podrá prorrogar la incomunicación por otro plazo superior a 5 días.

⁷⁷ Esta ley de 1931 contenía un criterio más amplio en comparación con el actual, viniendo a disponer simplemente que “se acordara la atenuación cuando procediera a juicio del instructor” y se podía permitir que

ni incorporarlo a ningún artículo concreto. Este tipo de prisión provisional ha sido entendido durante los años como una medida alternativa a la prisión provisional, pero sin embargo no es así, ya que la prisión provisional atenuada no es una restricción de derecho fundamental de la libertad, sino más bien una situación de privación de libertad, en base a lo dispuesto en el art.17.1 CE. Las dos circunstancias que destacan para la imposición de esta modalidad son:

- El juez o tribunal podrá acordar que la medida de prisión provisional para el imputado se pueda realizar en su domicilio, con las medidas de vigilancia que resulten necesarias, cuando por razón de su internamiento dañe de manera grave su enfermedad. El juez o tribunal podrá autorizar que el imputado salga de su domicilio durante las horas para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa⁷⁸.
- Por otro lado se prevé que cuando el ingreso en prisión pudiese conllevar la frustración de un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de sustancias estupefacientes y siempre que dicho tratamiento se hubiera iniciado después de haberse cometido el delito, se podrá atenuar esta medida cautelar. El lugar donde debe realizarse el cumplimiento debe de ser un lugar oficial reconocido legalmente para que se dé continuación al tratamiento, y con vigilancia sin que pueda salir.

4.2.3 La libertad provisional

Según la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de Mayo de 1989: "*La libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que quedará así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente*". La libertad es la regla y no la excepción⁷⁹. También ORTELLS RAMOS la ha definido como una medida cautelar, consistente en una limitación de la libertad del

los sujetos con prisión provisional atenuada salieran de su domicilio durante las horas necesarias para el ejercicio de su profesión, también bajo vigilancia.

⁷⁸ Con anterioridad, esta misma ley recoge un criterio más amplio en cuanto a las horas que el sujeto tenía para salir de su domicilio para el ejercicio de su profesión, aunque también con vigilancia.

⁷⁹ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal ... op.cit...*pág.113.

imputado, mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, cuyo cumplimiento debe ser, en su caso garantizado por una caución.

Esta medida supone una restricción a la libertad provisional consagrada por la constitución que se adopta para garantizar la disponibilidad del imputado en relación con un proceso penal. Esta medida es la menos gravosa, y debe ser la regla general, si es que procede asegurar la sujeción del imputado al proceso. La actual regulación de la libertad provisional en el art.528 LECRim exige anteponer la lectura del primer párrafo del art.17 de la CE “.

Consiste en el aseguramiento o puesta a disposición de la Justicia de la persona investigada, a través de su libertad, a veces sin condiciones, -pero con cargos-, por la fiabilidad y arraigo que hacen no sospechar de la indisposición del inculcado con los resultados que se deriven del proceso, y otras con ellas, como examinaremos a continuación, en función de la menor o mayor intensidad de los riesgos de fuga, pero con el denominador común de descartar la privación de libertad⁸⁰. Como aspecto formal, indicar que el artículo 544 de la LECrim señala que las diligencias de prisión y libertad provisionales y fianzas se sustanciarán en pieza separada. Dentro de esta medida cautelar nos encontramos con una serie de pautas o efectos que se darán desde el momento en el que se acuerde:

- *La obligación de comparecencia “apud acta”*: La situación de libertad provisional conlleva la imposición de un deber sobre el imputado consistente en la obligación de comparecer los días que le hayan sido señalados y cuantas veces fueren llamados por el Juez o tribunal que conozca de la causa. Tal presentación ha de hacerse ante el juez o tribunal, de la cual el secretario judicial extenderá un acta con la finalidad del esquivar las dificultades que podrían derivarse de emplazamiento temporal fuera del mismo. Respecto a la frecuencia de dicha presentación de imputado la determinará el órgano judicial competente en base a las circunstancias concretas que revisten el caso y de la finalidad que tiene esta medida que es la de asegurar la presencia de imputado en la fase de juicio oral⁸¹.

⁸⁰ Así se recoge en :

http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAUMTM3MTtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoA19XPtTUAAAA=WKE

⁸¹ En la práctica, lo más habitual es obligar al inculcado a que comparezca cada quince días ante el juzgado y obviamente, siempre que fuese llamado.

- *La fianza*: Junto con el deber de comparecer de manera periódica, el juez o tribunal puede también imponer la libertad provisional con fianza con la finalidad de garantizar la presencia del imputado el día que se celebre el juicio oral. Si así lo dispusiese, implicaría la necesidad de razonar y motivar esta decisión y en qué condiciones se impondrá la misma⁸². Respecto a la cuantía de la fianza, esta no es una medida “carcelaria”, ya que tiene como única finalidad el aseguramiento del acusado en el proceso oral. Por lo cual deberá ser proporcionada a las circunstancias y al patrimonio real. De no ser así se podría dar lugar a un ejercicio discriminatorio del derecho a la libertad y por ende, se podría abrir la posibilidad de interponer un recurso de amparo directo por violación del art.17 CE⁸³.
- *Retención de pasaporte*: Por último, y una vez más, con la misma finalidad de garantizar el cumplimiento de la obligación de comparecencia del imputado, causa inherente a la prisión provisional, se contempla la posibilidad de que el órgano judicial acuerde de forma motivada la retención del pasaporte, como medio para que el imputado no tenga riesgo de fuga al extranjero⁸⁴.

Por último cabe destacar que el hecho de que esta medida se contemple como una medida alternativa a la prisión provisional, supone que en caso de incumplimiento de alguna de las obligaciones que se aparejan a esta libertad, se requiere una nueva resolución. No será posible por tanto que este incumplimiento lleve consigo la aplicación de la medida de prisión provisional⁸⁵.

4.2.4 La detención

⁸² Así se recoge en la ATC 158/2000, de 15 de Junio. Esta motivación ha de hacerse a partir de la ponderación de las circunstancias que concurren en el momento de adoptarse la decisión, ya que una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino más bien tendría carácter punitivo en cuanto al exceso.

⁸³ STC 178/1985, del 19 de Diciembre y STC 14/2000, del 17 de Enero.

⁸⁴ MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. *Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una mejor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo*. Valencia, 2005, pág.570. La retirada del pasaporte no es una medida cautelar autónoma, sino una de las medidas o condiciones que se integran dentro de la libertad provisional.

⁸⁵ RAMOS RUBIO, Carlos. *Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional*. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, núm.4, 2003, pág.746.

La detención⁸⁶ junto con la prisión provisional son las dos medidas más extendidas en su aplicación práctica, y las que aparecen como reflejo de la concreta concepción de un sistema procesal penal. Difieren, sin embargo, por el hecho de que la prisión sólo puede acordarse por un órgano judicial, mientras la detención puede llevarse a cabo por un juez o por un particular o funcionario policial. Por otra parte la detención está prevista en nuestra constitución como una medida brevísima que no podrá sobrepasar, en ningún caso, las setenta y dos horas, mientras la prisión no tiene señalado un límite constitucional concreto. La prisión cumple finalidades instrumentales para garantizar la presencia del imputado en el proceso, mientras la detención sólo es una medida de efectos limitados destinada a impedir ciertas situaciones, o a posibilitar la adopción de otras medidas, bien cautelares o ejecutivas⁸⁷.

Nos encontramos ante una medida cautelar de carácter personal que tiene por finalidad evitar la comisión de una infracción penal, o bien la presentación ante la autoridad judicial de una persona que se encuentre fugada o bien en rebeldía.

Sobre lo referente a esta cuestión, basaré la segunda parte de este trabajo, con el fin de desgranar cada una de las características y modalidades que la detención abarca, centrándome en sus notas más relevantes y utilizadas en nuestro ordenamiento jurídico.

4.3 Otras medidas cautelares

Además de las anteriores, en la práctica de los procesos penales existen una serie de medidas que se aplican con mucha frecuencia. Estas medidas coinciden con las cautelares en que también constituyen restricción de derechos fundamentales, pero no podemos considerarlas cautelares, sino que son provisionales. Estas medidas no pretenden asegurar la celebración del juicio o asegurar la futura ejecución de la sentencia, sino que buscan una respuesta instantánea respecto de una serie de conductas consideradas socialmente alarmantes o peligrosas, lo que supone, en conclusión, una anticipación de probable pronunciamiento condenatorio de la sentencia. Estas medidas provisionales son: *La*

⁸⁶ BONEVILLE, De Marsagny. *De la detención preventiva y de la libertad provisional*. Revista general de legislación y jurisprudencia, vol.4, núm.8, pág.123, opina que la detención es una triste necesidad que exige el interés superior de la justicia.

⁸⁷ PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Tratados y Manuales Derecho Procesal Penal*. BIB 2010\794, Enero de 2010.

privación provisional de permiso de conducir, la prohibición de residir o acudir a determinados sitios, orden de protección de las víctimas de la violencia de género.

4.3.1 La privación provisional del permiso de conducir

En primer lugar, debemos entender por privación de permiso de conducción aquella medida que puede ser adoptada por un juez o tribunal contra un sujeto que esté imputado por un delito cometido en referencia con la conducción de un vehículo a motor⁸⁸. Esta medida se adoptará durante el tiempo que perdure el peligro de alterar la seguridad de tráfico, y de cualquier modo, hasta que se obtenga una resolución firme y definitiva en proceso penal.

Esta medida se encuentra alejada de la libertad provisional, ya que, al no estar establecida con el fin de asegurar que el imputado esté presente en el juicio oral, no se caracteriza por ser cautelar, sino que se integra como una medida de seguridad⁸⁹. Esta medida provisional, se realizará recogiendo el permiso de imputado y adjuntando este a los autos, debiendo de comunicárselo al órgano administrativo pertinente, es decir, la jefatura provincial de tráfico, que deberá realizar la correspondiente anotación en el registro.

4.3.1 Prohibición de acudir o residir en determinados lugares

La Ley 14/1999, del 9 de Junio, establece la posibilidad de que el juez o tribunal correspondiente pueda imponer al imputado, durante el transcurso de la fase de investigación del algunos de los delitos mencionados en el art. 57 CP⁹⁰, alguna medida limitativa del libertad deambulatoria, como son, *la prohibición de residir en un lugar determinado*, ya sea barrio, municipio, provincia ; *la prohibición de acudir a los mismos*

⁸⁸ Es de lógica que si el sujeto imputado se encuentra en prisión, el peligro de alterar la seguridad de tráfico desaparece por completo con la pérdida absoluta de libertad.

⁸⁹ AGUIAR DE LUQUE, Luis. “*Los límites de los derechos fundamentales*”. Revista Centro de estudios Constitucionales, nº14, 1993, en realidad, se encuentra más dirigida a evitar la reiteración de nuevos hechos punibles mediante la circulación de vehículos del motor.

⁹⁰ Estos delitos son los referentes a torturas, integridad moral, homicidio, agresiones sexuales, el patrimonio, el honor, la intimidad, el derecho a la propia imagen, agresiones sexuales.

lugares que la víctima; y la prohibición de aproximarse o comunicarse, a determinadas personas, con grado que sea pertinente para cada caso.

Desde un punto de vista jurídico, esta medida va más allá de la naturaleza de las medidas cautelares que son propias del proceso penal, ya que no están previstas para asegurar la presencia de imputado en el juicio oral ni el cumplimiento de manera efectiva de la sentencia, sino que más bien pretenden proteger al titular de los bienes jurídicos dañados de futuras agresiones o ataques, siendo pues su principal misión la prevención y la seguridad⁹¹.

De manera indirecta esta medida garantiza la libertad de imputado, ya que si cumple con estas condiciones y no pone en peligro la integridad o los bienes de la víctima no tiene por qué darse ni fundamentarse su ingreso en prisión, pudiéndose cumplir entonces el principio de la “alternativa menos gravosa” para el derecho a la libertad.

En cuanto a su adopción, esta deberá basarse en indicios racionales de que se haya cometido alguno de los delitos recogidos en el art.57 CP, y deberá ser concebida como una medida provisional, excepcional y proporcionada en consecuencia de los fines que pretenden alcanzarse. En consecuencia de esto, sólo resultará legítima su adopción si se supedita a un motivo de estricta necesidad vinculado al fin que motiva la adopción, a cuyo efecto, se impone que se tengan presentes los intereses tutelados, es decir, la situación económica de imputado y los requerimientos de su salud o su situación laboral o familiar⁹².

Si se produjese un incumplimiento por parte de inculpado de la medida que se ha acordado por el juez o tribunal, éste deberá de convocar una comparecencia previa para que se le imponga una medida que suponga una mayor restricción de su libertad personal, debiendo de tenerse en cuenta los motivos, las circunstancias o la gravedad de incumplimiento, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de ese incumplimiento⁹³.

⁹¹ CASTILLO BLANCO, Federico. “*La ley de seguridad ciudadana: reflexiones de algunos puntos controvertidos*”. Revista administración públicas, nº130, 1999.

⁹² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...pág.556.*

⁹³ Así lo ha redactado la LO 15/2003 del 25 de Noviembre, recogiendo que la adopción de esas nuevas medidas pueden ser la detención o la prisión provisional.

4.3.3 Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica

Desafortunadamente en la actualidad la violencia doméstica está presente en los hogares de muchas familias, convirtiéndose en uno de los delitos más perseguidos y con más vistas a conseguir que desaparezca, o en su caso, disminuya. Por ello, y debido a su gravedad⁹⁴ requiere una respuesta inmediata, global y absoluta, tanto en ámbitos penales, civiles y asistenciales por parte de todos los poderes públicos de manera conjunta.

El legislador español manifiesta que las situaciones que dan lugar a estos modos de violencia traspasa el ámbito doméstico para convertirse en un detrimento que afecta y compromete a toda la sociedad, siendo fundamental la creación de nuevos y eficientes instrumentos jurídicos⁹⁵.

Por ello, estas órdenes de protección tratan de unificar todos los instrumentos de amparo y tutela en base a las víctimas, para que puedan obtener un “estatuto integral de protección que concentre de forma coordinada una acción de naturaleza cautelar civil y penal”. Más que una nueva medida lo que se ha hecho es articular y coordinar las medidas ya existentes y que además, tienen proyección en el ámbito existencial⁹⁶.

Respecto al ámbito de aplicación de la orden de protección es inferior al de las medidas cautelares de alejamiento del art.544 bis LECRim, ya que solo se podrá acordar para algunos delitos citados en el art.57 CP, concretamente, a los relativos a violencia doméstica, incluyéndose también las faltas de violencia doméstica⁹⁷.

⁹⁴ Es difícil entrar a definir un bien jurídico concreto que se vulnere con estos delitos, ya que atenta contra valores constitucionales como el derecho a la vida, a la libertad, a la libertad sexual, a la integridad física y moral, etc.

⁹⁵ CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. *Medidas en el ámbito civil de la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica*. Justicia, año 2010, núm. 1 y 2. Págs. 193. Hace referencia a que estas nuevas técnicas pueden incidir directamente desde el inicio de cualquier tipo de conducta de carácter violento en este ámbito para que en el futuro no degenere en hechos con mayor gravedad.

⁹⁶ LAMO RUBIO, Jaime. *La nueva orden de protección de las víctimas de violencia de doméstica, instauradas por la ley 23/2007*. Revista actualidad penal nº 42, págs.1045-1070. La nueva redacción de la ley 27/2003 hace referencia a la orden de protección de víctimas de violencia doméstica como una de las primeras diligencias que se deben practicar en el proceso penal derivado de dichas cuestiones, confiriéndole a tal instrumento una naturaleza jurídica. Por lo tanto, estas medidas de protección aparecen como vinculadas a un proceso penal.

⁹⁷ CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico, propuestas de investigación*. Estudios penales en recuerdo de Luis Felipe Antón, Valencia, 2004. Págs.211 a 243, recoge que hay que tener en cuenta que la LO 11/2003 de 29 de Septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, eleva alguna de las faltas a delito de las faltas del art.620 CP y todas las faltas del párrafo último del art.617.2 CP. En cuanto a las novedades en la tipicidad de la violencia doméstica.

Para la adopción de estas órdenes de protección no solo hay que tener en cuenta que existan indicios fundados en la comisión de un delito o falta de violencia familiar, sino que también se deberá valorar que sea una situación objetiva de riesgo para la víctima y que se precise la adopción de alguna de estas medidas de adopción⁹⁸.

En cuanto al procedimiento para su adopción, la ley les ofrece a las víctimas las máximas comodidades y facilidades para que soliciten la orden de protección, bien en los juzgados, ante el Ministerio Fiscal, ante los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado⁹⁹, e inclusive, en las oficinas de atención de víctimas, instituciones asistenciales o servicios sociales. Si se presenta en cualquiera de los anteriores sitios que no sean los juzgados, deberá esa administración que la recibe remitírsela rápidamente al juez o tribunal correspondiente. La forma de la solicitud ha de ser un modelo de petición firme recogido en el reglamento para la implantación de la orden de protección¹⁰⁰. Además las distintas instituciones están obligadas a la prestación de información, formularios, y si fuese preciso, vías de comunicación telemáticos con la administración de justicia. Se establece además que será positiva una asistencia a la víctima por parte de un profesional a la hora de cumplimentar la solicitud y de la facilitación de información.

Tendrán legitimación para solicitar esta orden, debiéndola acordar el juez, a instancia del ministerio fiscal o de la propia víctima o sujeto que tenga alguna relación establecida con ella. También estarán legitimadas aquellas entidades u organismos asistenciales que tuviesen noticia de alguno de los hechos que podrían ser objeto de esta orden de protección, debiendo ponerlo de inmediato en conocimiento del órgano judicial correspondiente.

La competencia se le atribuye al juez de instrucción en funciones de guardia, con el objetivo de que se procese a través de un procedimiento rápido, debido a su carácter urgente. Una vez que ha sido recibida por el correspondiente tribunal, este deberá decidir de

⁹⁸ Tal como recoge LAMO RUBIO, el propio precepto examinado ya establece los presupuestos necesarios para adoptar la orden de protección, y lo hace acudiendo a una técnica parecida a la de las medidas cautelares penales. Pág.1050.

⁹⁹ En el reglamento de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, regulado por la ley 27/2003, de 31 de Julio, se recoge que teniendo en cuenta que un gran número de casos de solicitud de esta protección se requiere ante los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado, y por ello esta deberá realizar el correspondiente atestado para que se acrediten los hechos, estableciendo una anticipación de la práctica habitual de las investigaciones necesarias en las que se basará la decisión del juez. Así se garantiza la agilidad en la tramitación y al tiempo el juez de guardia dispondrá de más elementos en los que basar y fundamentar la orden de protección.

¹⁰⁰ Este modelo de solicitud está disponible en las páginas web del Consejo General del Poder judicial, del Ministerio de Justicia y demás instituciones que conforman la Comisión de seguimiento.

manera fundamentada y motivada si la admite o la rechaza, y desarrollándose el correspondiente procedimiento.

Respecto a la documentación de las mismas no se dispone nada sobre la forma en la que se han de documentar para su adopción. Teniendo en cuenta su accesoriadad respecto de un proceso penal derivado de un delito o falta de violencia doméstica y la posibilidad de poder adoptar también medidas cautelares tanto penales como civiles, resulta procedente que se sustancien tales actuaciones en pieza separada, para evitar confusiones o equivocaciones con los autos principales, con los que guarda alguna relación y a los que deberá de llevarse testimonio de aquella sentencia que se dicte¹⁰¹. En caso de quebrantamiento de las mismas se dará lugar a responsabilidad penal prevista en el art.468 CP. Por último, y respecto a la documentación de estas.

BLOQUE SEGUNDO

II. LA DETENCIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR EN EL PROCESO PENAL

1. Concepto y notas esenciales

La detención es una medida cautelar de naturaleza personal y provisional, que puede ser adoptada por la autoridad judicial, policial e incluso por particulares y consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, de ponerlo a disposición judicial. La privación de libertad de un determinado sujeto ha de ser de forma

¹⁰¹ De este modo DEL AMO RUBIO, Jaime. *La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003 de 27 de Julio*, en actualidad penal. Nº42, págs.1045-1070, recoge que a partir de ese auto las medidas que se han adoptado van a seguir por su camino procedimental, en el sentido en el que algunas quedarán adheridas al proceso penal y otras mantendrán solo una vinculación provisional a la espera de que surja o no un procedimiento de diferente naturaleza. Esto obliga a que para la tramitación de los incidentes que pudiesen aparecer se han de abrir tantas piezas separadas como medidas de distintas clases se adopten, encabezadas cada una de ellas por el testimonio de esa resolución.

justificada y siempre que concurra alguna de las causas previstas en nuestra LECrim. Esta medida implica una limitación funcional, pudiendo llevarse a cabo sin violencia o intimidación¹⁰². La detención sólo se va a hacer referencia a aquellas privaciones de libertad breves que aparecen hacen referencias a un proceso abierto, o que haya de abrirse de modo inmediato¹⁰³.

El Tribunal Constitucional define la detención como “cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, por obra del su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”¹⁰⁴.

La detención viene recogida en el art.17 de la Constitución, el cual es muy significativo puesto que forma parte de los derechos fundamentales, y por lo tanto, experimenta una tutela privilegiada y fundamentada, por eso esta medida solo debe ser utilizada en los casos en los que no exista otra menos gravosa que pueda producir los mismos resultados¹⁰⁵.

El Art. 17.1 señala que: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en la forma prevista por la ley”. Este derecho seguridad y libertad implica el derecho a la libertad física, garantizando a todos los ciudadanos “la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar, en cualquier momento y lugar dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”¹⁰⁶.

¹⁰² GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. (Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Sevilla)

Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 801/2010 parte comentario, Pamplona, 2010, pág.12.

¹⁰³ PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. Publicación: Tratados y Manuales (Civitas). Derecho Procesal Penal. BIB 2010\794, Enero de 2010. “No podemos considerar entonces como detención aquellas otras medidas detentivas cuyo origen emane de otras normas como las de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) o las que tienen su origen en las normas de seguridad ciudadana (LO 1/992, de 21 de febrero).”

¹⁰⁴ STC 98/86, de 10 de julio de 1986.

¹⁰⁵ MONFORTE DOMINGO, José. Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 908/2015 parte comentario Cizur Menor. 2015 recoge que “ la detención debe contemplarse como una medida excepcional y proporcional alejada de cualquier arbitrariedad, por más que superados el letargo y relajación moral de otros tiempos, vivimos una época de exigencias sociales de ética y transparencia intolerante ante las desviaciones de quienes representan las instituciones públicas, que deben someterse al control judicial”

¹⁰⁶ STC 15/1986, de 31 de enero.

El art. 17.2 CE, recoge que la detención tendrá un tiempo limitado de 72 horas y será la estrictamente necesario para tratar de esclarecer los hechos. Una vez transcurrido ese plazo el detenido deberá ser puesto a disposición judicial. Seguidamente el apartado 3 del art.17 recoge que a toda persona detenida se le ha de informar sobre sus derechos y los motivos de su detención. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. Por último Termina diciendo apartado 4 del mismo art. que la ley regula el procedimiento del “habeas corpus” que implica una inmediata puesta a disposición judicial en caso de haber sido detenida ilegalmente¹⁰⁷.

En base a todas estas puntualizaciones, se concluye que su finalidad es privar la libertad de una persona para ponerla a disposición judicial, bien para que pueda ser ejecutada, bien para que sea ejecutada la prisión provisional que de la misma se acordó, o la pena privativa de libertad a la que hubiera sido condenada, bien para que se resuelva acerca de su constitución en prisión provisional o para que se le ponga en libertad. Toda privación de libertad deambulatoria ha de someterse al régimen que para ella establecen el art.17 CE y el art.489 y ss LECrim: “ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en las formas que las leyes prescriban”¹⁰⁸.

La detención presenta una serie de especialidades respecto a los elementos de “jurisdiccionalidad” y de “provisionalidad” que manifiestamente las diferencian de las demás¹⁰⁹. La primera hace referencia a que esta puede ser practicada por la Policía e incluso por cualquier persona, como reacción ante la comisión de un delito¹¹⁰. Conforme a la segunda diferencia, la detención es una medida cautelar “provisionalísima”, ya que su duración tendrá que ser breve y con cierta limitación temporal. Si estos límites de tiempo se traspasan, se incurriría en una detención ilegal, lo cual sería constitutivo de delito.

Como es lógico, se exige para esta medida que en el procedimiento haya algún elemento probatorio que ponga de manifiesto un extremo o circunstancia del que pueda deducirse que la persona o personas contra quienes se acuerden estas medidas puedan ser responsables de algún delito¹¹¹. El cumplimiento de la legalidad en la adopción y ejecución

¹⁰⁷ El procedimiento de hábeas corpus se encuentra recogido en la LO 6/1984, de 24 de Mayo.

¹⁰⁸ El TC manifiesta que entre la libertad y la detención no existen figuras intermedias (como la que dio en llamarse “retención policial”), de modo que cualquier privación de libertad que no cumpla los requisitos y esté rodeada de las garantías legalmente establecidas, constituirá una detención ilegal.

¹⁰⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...* op.cit... pág. 485.

¹¹⁰ MORENO CATENA, Víctor. *medidas cautelares...* op.cit... pág.271 “normalmente no parte la orden de detención de la autoridad judicial, sino que su intervención suele producirse a posteriori, cuando quien practicó la detención lo pone a disposición del juez”.

¹¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...* op.cit...pág.486.

de esta medida se asegura *material y procesalmente*: desde el punto de vista *material* su inobservancia puede dar lugar a la oportuna pretensión civil resarcitoria¹¹² y la consiguiente responsabilidad penal por la comisión de un delito de detenciones ilegales. Y *procesalmente* se garantiza mediante la posibilidad de incoar el procedimiento de “habeas corpus”¹¹³.

En algunas ocasiones esta medida cautelar se encuentra condicionada al cumplimiento de determinadas circunstancias objetivas y subjetivas¹¹⁴; es lo que se conoce como prerrogativa o *fuero de la detención*¹¹⁵.

2. Clases de detención

Aunque la detención es, como se ha indicado, toda privación de libertad, diferente a la prisión provisional, que pueda ocasionarse en función de un procedimiento penal, forma de privación, que es la única contemplada por el artículo 17 de la CE, lo cierto es que existen privaciones de libertad que no responden a este fundamento, por lo que, una primera clasificación de las tales detenciones, ha de distinguir las especiales o “atípicas”, de las ordinarias o “típicas”¹¹⁶.

- Detenciones especiales

Se denomina detenciones especiales a aquellas que están reguladas en la LECrim, ni interfieren con plenitud de la naturaleza de las medidas cautelares, por lo que, en ocasiones, poseen una discutible y dudosa legalidad constitucional. Las previsiones para estas detenciones vienen recogidas en el art. 5.1 CEDH. De manera común, también son

¹¹² La reparación o resarcimiento es a la que alude el art.5.5 del CEDH o el art.1902 CC.

¹¹³“El *hábeas corpus* es, en terminología jurídica, el derecho de todo detenido que se considera ilegalmente privado de libertad física a solicitar ser llevado ante un juez para que éste decida su ingreso en prisión o su puesta en libertad. El juez debe decidir si hay motivos legales para la privación de libertad física del detenido. Es un procedimiento breve y sencillo. Es actualmente la principal institución en el mundo destinada a proteger la libertad personal contra las detenciones arbitrarias o ilegales, y así lo reconocen los pactos internacionales de derechos humanos”.
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/kinesis/habeas%20corpus.htm>.

¹¹⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...* pág.487.

¹¹⁵ Entendemos por prerrogativa “Derecho exclusivo ligado a ciertas funciones o dignidades”.
https://www.drleyes.com/page/diccionario_juridico/significado/P/2102/PRERROGATIVA.

¹¹⁶ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...* pág.488.

conocidas como impropias, ya que no se realizan con motivo de un procedimiento penal¹¹⁷. A modo de ejemplo repasaré brevemente algunas de las más habituales:

- *Detención de un menor de edad:* Nuestro CP recoge el principio de la no responsabilidad de los menores de edad, trasladando lo dispuesto a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que es la encargada de regular la Responsabilidad Penal de los Menores. Esta LO establece dos caminos distintos en el tratamiento penal de los menores de edad¹¹⁸.

El primero de ellos se refiere a los menores de catorce años, y se pueden adoptar los siguientes procedimientos policiales: los menores de catorce años no serán en ningún caso responsables penalmente de sus hechos, la actuación la policial con estos menores no podrá ser represiva, sino que deberá ser estrictamente protectora y habrá que tener en cuenta las directrices de protección de menores previstas en el Estado o en las Comunidades Autónomas en caso de que se encarguen de esas materias. De estas actuaciones se ha de dar parte al MF, que es el encargado de la defensa y la protección de los menores, y también cuando sea posible, entregarle al menor a sus padres, tutores o guardadores. El camino o segunda clarificación legal, se refiere a los mayores de catorce y menores de dieciocho años. Para estos casos, el menor de edad que sea responsable del delito, podrá ser objeto de detención del mismo modo y en la misma manera que para los mayores de edad, pero siempre limitándose con una serie de cautelas por razón de la minoría de edad. La detención de un menor de edad se centra, en el art.17 de la CE, acudiendo a legislación supletoria de los arts.520 y 527 de la LECRim, tal y como dispone disposición Final Primera¹¹⁹. Esta Ley recoge dos artículos referidos a la detención del menor: el artículo 17, que regula los derechos del menor detenido, y el artículo 22, que regula los derechos del menor desde la incoación del expediente.

- *Detención de extranjeros:* En principio, llevar a cabo la detención en sí, no sufre ninguna modificación con respecto a la practicada con sujetos nacionales, pero, es importante apuntar que hay que tener muy presente el régimen de derechos y

¹¹⁷ MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia y formularios VOLUMEN III*. Valencia 2000. Pág.1551.

¹¹⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal...*op.cit...pág. 507.

¹¹⁹ Disposición Final Primera: “Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero”.

libertades de los extranjeros, que vienen recogidos en la LO 4/2000 de 11 de Enero, modificada posteriormente por otras leyes, como por ejemplo la última LO 2/2009 de 11 de diciembre¹²⁰. El art.1 de dicha ley establece que “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Y por ende, el art.5 de la misma recoge que todos los extranjeros que se encuentren en España tendrán derecho a la libre circulación en base a lo recogido en dicha ley, teniendo en cuenta las limitaciones que se establecen en la legislación o en distintos tratados internacionales, o en su caso, las decididas por la autoridad judicial, como es el caso de la detención¹²¹.

Es importante, pues, al tratar la detención en el ámbito de extranjeros apuntar lo más destacado de lo recogido por la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Español, que dice que pese a que exista la posibilidad de detención en materia de extranjería, que se recoge en el convenio de derechos humanos, es importante recordar que deberá de ser una detención siempre conforme a derecho¹²², y por¹²³ lo tanto, se derivará de esto el derecho a defenderse personalmente de manera adecuada, a través de abogado que el estado deberá de poner a su disposición en caso de que al sujeto detenido no le fuese posible obtener uno. Además tendrá derecho a que se le informe de sus derechos de manera inmediata, siendo esto una circunstancia que ha de producirse siempre con anterioridad a cualquier otra facultad procesal¹²⁴. Concorre también la opción de invocar el procedimiento de “habeas corpus” en supuestos de detención ilegal.

¹²⁰ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹²¹ Artículo 5.1 de la LO 2/2009 “Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en el que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme”.

¹²² Artículo 6.1. “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

¹²³ STC 232/1999, de 13 de diciembre de 1999.

¹²⁴ MARTÍNEZ PARDO, José Vicente. *Estudio jurisprudencial sobre la detención de extranjeros*. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007, págs.1-5 “Existe la posibilidad de facilitarle al detenido asistencia jurídica gratuita para el intérprete, tanto para el español como para idioma

Es muy importante apuntar, sobre todo debido a los acontecimientos que están sucediendo en la actualidad respecto a estos temas, que no hay lugar para expulsiones colectivas o masivas de personas extranjeras. Este tipo de expulsiones no están permitidas por el derecho internacional ni en muchos de los tratados de derechos humanos. Obviamente, y a tenor de esto, tampoco cabe una expulsión de personas que residen de manera ilegal o sin documentación en el territorio de un estado, ya que se considera algo inadmisibles.

- Detenciones ordinarias

Por detenciones ordinarias entendemos aquellas que pueden disponerse al amparo del art.17 de la CE y arts.489 y ss de la LECrim. Se trata de verdaderas medidas cautelares, llevadas a cabo en el estricto cumplimiento del mandato constitucional de legalidad. Basándose en el régimen trazado por los citados preceptos, la única causa que permite la detención es la presunta comisión de un delito y en aras de la incoación del correspondiente proceso penal. En ese caso, y desde un punto de vista subjetivo, pueden distinguirse tres clases de detenciones: *las detenciones por particulares, las detenciones policiales y las detenciones por la autoridad judicial.*

2.1 La detención por los particulares

2.1.1 Concepto y notas esenciales

Esta modalidad de detención constituye una facultad que asiste a todo ciudadano a privar de libertad ambulatoria a otra persona, para aquellos casos previstos en la ley. Pese a que no es una práctica habitual, la LECrim lo recoge en algunos supuestos, que podemos agrupar en dos:

extranjero, siempre que este no comprenda o no hable la lengua castellana. Este derecho se basa en el principio de igualdad del art.14 de la CE”.

En primer lugar cuando se encuentre a una persona en el momento de ir a cometer un delito o se le sorprenda *infraganti*, cuando se encuentre en *rebeldía* el judicialmente condenado o el imputado o se hubiera *fugado*¹²⁵.

Respecto al primer caso y ante la ausencia de una definición para el delito flagrante, hemos de acudir a la doctrina del Tribunal, así en la STC de 29 de Marzo de 1990 recoge : “El concepto de delito flagrante, a los efectos del artículo 18.2 de la Constitución y del correlativo 553 de la LECrim, queda delimitado por los tres requisitos siguientes: **Inmediatez temporal**, es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes, **Inmediatez personal**, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación a los objetos o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho y por último **Necesidad urgente**, de tal modo que la Policía, por las circunstancias concurrentes en el caso concreto, se vea obligada a intervenir inmediatamente con el doble fin de poner término a la situación existente, impidiendo en todo lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la Autoridad Judicial para obtener el mandamiento correspondiente.”.

La detención por particulares se caracteriza por tratarse de una facultad, a diferencia de lo exigido para los miembros de la policía¹²⁶ que constituye una obligación. Deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas¹²⁷. Finalmente, se obliga al particular, en base a lo recogido en el art. 491 LECrim, a justificar haber llevado a cabo la detención en virtud de motivos

¹²⁵ “Cuando se encontrase en el establecimiento penal en el que se encuentre extinguiendo condena; de la cárcel cuando estuvieran esperando al traslado para cumplir condena o durante la conducción a otro centro penitenciario” LECrim Art.490.3º,4º y 5º.

¹²⁶ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho pro....op.cit...* pág.273.

¹²⁷ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Publicación Grandes tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal BIB 2009\1713, Mayo de 2009. ISBN 978-84-9903-170-5. Así pues, se establece un plazo máximo de veinticuatro horas, si bien ha de tenerse en cuenta que se trata de un plazo máximo, por lo que la regla será que la entrega deberá hacerse en el tiempo más corto que sea posible sin rebasar el indicado tiempo. Pero, aunque no lo haya superado si pudo en un tiempo inferior realizar la entrega, tendrá que explicar las causas por las que no se hizo en un plazo más breve.

racionalmente suficientes para entender que se cumplían los supuestos que habilitan la acción¹²⁸.

2.2 La detención policial

2.2.1 Concepto y notas esenciales

Por detención policial cabe entender la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial y demás autoridades expresamente legitimadas para privar de libertad a un imputado, sobre el que pueda presumirse su eventual incomparecencia a la autoridad judicial durante el tiempo indispensable para practicar las diligencias de reconocimiento e interrogatorio y dentro del plazo previsto en la ley, poniéndolo en libertad o a disposición judicial¹²⁹.

Al meditar sobre su naturaleza jurídica se la define como medida cautelar realizada en el curso de un procedimiento penal o en función de su incoación, pre ordenada a garantizar la futura aplicación del “*ius puniendi*” y de modo inmediato a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción en su caso de las medidas cautelares de carácter provisional¹³⁰.

Los *sujetos* que pueden llevar a cabo la detención policial son los funcionarios de la policía judicial¹³¹ y demás autoridades a quienes de manera expresa el ordenamiento autorice para practicar detenciones y “diligencias de prevención”. Dentro de tales autoridades debemos de incluir al Ministerio Público, a quien el art.5.2 “in fine” del EOMF legitima de manera expresa para ordenar la detención preventiva¹³². También podrán practicar estas detenciones policiales los funcionarios de la administración penitenciaria, ya que forman parte de la policía judicial y pueden llevar a cabo diligencias de prevención

¹²⁸ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho proce....* op.cit...pág. 273 “En caso de no justificar los motivos, o cuando estos no existieran, cabría la posibilidad de plantear un proceso penal por detención ilegal”.

¹²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...pág.493*.

¹³⁰ MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal, Doctrina, Jurisprudencia...op.cita. ...pág.1564*

¹³¹ Arts.29-36, 38.2.b y 53.1.e. LO 2/1986 o LFCSE, 7-9 RD 769/1987 y RD 1668/1987 sobre Regulación de la policía judicial y Unidades de intervención Policial).

¹³² GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...op.cit...pág.493*. Debido a la circunstancia de que el MF, aunque sea un órgano no imparcial colaborador de Jurisdicción, no es Autoridad Judicial, ni puede adoptar disposiciones limitativas del ejercicio de los derechos fundamentales, la detención que pueda disponer ha de regirse por los arts.492-496 y no por los relativos a la detención judicial de los arts.497-501).

siempre que respeten de manera escrupulosa las garantías del detenido¹³³. Sin embargo, no merecen la calificación de detenciones policiales aquellas llevadas a cabo por los guardias jurados integrantes de la seguridad privada, ya que no gozan de carácter de autoridad.

Las principales finalidades de la detención son, en primer lugar *la obtención de la identificación del detenido*, permitiendo que la policía requiera, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiese hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad¹³⁴, en segundo lugar *la obtención de los primeros resultados de la investigación*, debiéndose señalar que no debe implicar una investigación exhaustiva, sino básicamente debe ser acompañada de las diligencias de “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados, a sus familiares o a otras personas”¹³⁵ y por último *la puesta a disposición judicial*, que deberá de realizarse junto con el atestado referido al caso y los efectos, instrumentos y demás fuentes de prueba. Sobre esta cuestión incidiremos de manera detallada más adelante.

2.2.2 Presupuestos

La limitación, restricción o privación de un derecho fundamental exige que la medida que se adopte sea idónea para la finalidad restringida, necesaria para obtenerla y que no limite desproporcionadamente el derecho, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada caso. Estas circunstancias deberán ser valoradas por la propia policía teniendo en cuenta el caso que se les presenta. Para ello, los presupuestos fundamentales que deberán tener en cuenta son dos: La imputación (o *fumus boni iuris*) y el peligro de fuga (o *periculum in mora*).

¹³³ Art.323 del Reglamento penitenciario - RD 190/1996- y Consulta FGE 3/1986).

¹³⁴ Artículo 20 de la Ley orgánica 4/2015, de 30 Marzo, sobre protección de la seguridad ciudadana “Conviene destacar que no se trata de identificaciones aleatorias ni arbitrarias, sino estrictamente relacionadas con el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención y por lo tanto, ante sospechas concretas y fundadas sobre la comisión de una infracción penal”.

¹³⁵ www.seguridadpublica.es/imputacionydetencionpolicia.perspectivaespanola.

- La imputación: La detención policial queda legalmente condicionada a que el detenido se encuentre en alguno de los casos recogidos por el art.490 de la LECRim¹³⁶. El examen de todos y cada uno de los supuestos revela un denominador común: la detención policial exige, como presupuesto material previo, la existencia de un título de imputación¹³⁷ contra una persona determinada.

Sin imputación previa no existe detención legal¹³⁸, por lo que si se incumpliese este requisito se podría incurrir en la responsabilidad penal del tipo de detenciones ilegales¹³⁹ arbitrarias.

- El peligro de fuga : El derecho positivo exige que se trate de una imputación por delitos con pena superior a tres años de prisión o una por delitos con pena menor, si los antecedentes del imputado o las circunstancias del hecho hacen posibles presumir de su incomparecencia.

2.2.3 Plazo de detención

Como ya se ha apuntado anteriormente, la detención es la más transitoria de las medidas cautelares en el proceso penal, tal es así, que la propia Constitución en su artículo 17.2 recoge que *“la detención preventiva no podrá durar más que el 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”*. Este precepto constitucional prevé dos plazos de duración de la detención: En primer lugar nos encontramos con el establecido para el *“esclarecimiento de los hechos”*, por el cual no debemos de entender la realización de todos los actos de investigación de la fase instructora, sino la práctica de actos de

¹³⁶ Los artículos de la LECRim dedicados a la detención por agentes de la autoridad exigen una atenta lectura constitucional, pues algunos de los casos previstos puede suscitar más de un reparo en su formulación.

¹³⁷ Refiriéndose a condena, rebeldía, participación en un hecho punible o procesamiento.

¹³⁸ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...*op.cit...pág.495.

¹³⁹ De manera ilustrativa la STS 12 de Julio de 2001 - 2001/7719 - reseña algunos supuestos de detenciones ilegales: *“Algunas sentencias de esta sala, han tratado casos parecidos, como la STC de 16 de Julio de 1997 - 1997/5593 -, que condena a un Jefe de policía Local que mantiene detenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarle de sus derechos; o la de 24 de Febrero de 1995 - 1995/5160 -, que confirma la condena a un “ertzaina” que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal”*.

investigación característicos de las diligencias policiales¹⁴⁰. Este plazo tendrá una duración inconcreta que se ha de determinar en base a las circunstancias de cada caso¹⁴¹. En segundo lugar tenemos el “*plazo máximo de 72 horas*”, utilizado en el hipotético caso de que tales funciones llevadas a cabo por funcionarios no hubiesen podido concluir las correspondientes diligencias, no pudiendo durar más de este tiempo. El cómputo de este plazo deberá hacerse desde que se verifica la ejecución material de la decisión de detención¹⁴².

No obstante, y pese a todo pronóstico, este plazo puede ser ampliado por la legislación especial y reducido por la ordinaria, lo cual nos lleva a distinguir estos plazos ordinarios de los llamados extraordinarios. Vienen recogidos por la LO 4/1981, de 1 de Junio, sobre estados de alarma, excepción y de sitio.

El incumplimiento de estos plazos lleva aparejado una serie de efectos. Una detención maliciosa de un detenido más allá de los plazos establecido por la ley, puede derivar en un delito de detenciones ilegales¹⁴³. No menos importante es la sanción procesal que pueda surgir de dicho incumplimiento, siendo procedente el recurso de habeas corpus para obtener el restablecimiento del derecho a la libertad conculcado por una detención ilegal por exceso de plazo¹⁴⁴.

La finalización de la detención puede darse, bien por la entrega del detenido a disposición judicial o bien por su puesta en libertad. Esta última tiene lugar tanto por el transcurso de los plazos establecidos por la ley como por que desaparecieran las causas que llevaron a la detención. Lo más habitual es que se dé la extinción de los motivos que fundamentaron la detención, motivos por los que la medida deja de ser necesaria y se vuelve ineficaz, y por tanto debe concluir.

Hemos de analizar de manera breve una especialidad en materia de la detención que viene de la mano del **terrorismo**, tema muy de actualidad en nuestros días. La LO 4/1998 introduce una serie de especialidades en cuanto a la detención de sujetos pertenecientes o con relación a organizaciones o bandas terroristas, que consisten fundamentalmente en una

¹⁴⁰ Conforme al art.520 de la LECRim se recoge que los actos de investigación propios de los cuerpos policiales son exclusivamente dos “el reconocimiento de identidad y la declaración del detenido”.

¹⁴¹ MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal...* op.cit... pág.276.

¹⁴² El Tribunal Constitucional una vez más así lo recoge en su reciente Sentencia de 21 de Noviembre de 2011, nº 180/2011.

¹⁴³ Artículo 530 CP “*la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal*”.

¹⁴⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...* op.cit... pág.500 y ss.

ampliación del plazo de la detención ordinaria y en la adopción del régimen de incomunicación.

Respecto a la especialidad del plazo de la detención, se constituye para estos casos una derogación del plazo establecido para la detención ordinaria, de veinticuatro horas, y que se basa en el fundamento constitucional en la medida de que esta norma permite de manera individualizada, con la correspondiente participación judicial y el correcto control parlamentario, puedan, suspender el plazo de setenta y dos horas de la detención preventiva, previsto por el art.17.2 CE¹⁴⁵.

En nuestros días, el plazo común de la detención policial en asuntos de terrorismo es de setenta y dos horas, teniendo la posibilidad de alargar dicha detención otras 48 horas más, es decir, hasta un total de 5 días, en caso de que el juez lo prórroga a petición de la policía, justificada objetivamente “para los fines de la investigación”.

Respecto a la segunda especialidad para asuntos de terrorismo, nos encontramos con la incomunicación de los terroristas detenidos. Dichos sujetos, pueden ser sometidos a la incomunicación, en caso de que la policía así lo solicitase, gozando esta propuesta de efectos inmediatos.

El objeto fundamental de esta medida, pese a que ninguna norma lo recoja, es la necesidad de completar con éxito la investigación correspondiente, evitando así que la posible comunicación del detenido con otros sujetos pertenecientes a la organización o banda pueda dar lugar a la frustración de la instrucción. El juzgado de lo central deberá de resolver la petición a través de una resolución motivada¹⁴⁶. Los efectos derivados de la incomunicación están vinculados a las relaciones que pueda tener el detenido con terceras personas e inclusive con su propio abogado de confianza. Así mismo, le asiste el derecho a solicitar “habeas corpus”.

¹⁴⁵ Con anterioridad a la LO 4/1998, permitía el alargamiento de la detención, pudiendo alcanzar una duración máxima de 10 días, ya que la última ley antiterrorista, LO 9/1984. Este plazo de diez días, desde el último decreto-ley de bandaje y terrorismo y a través de diferentes leyes antiterroristas, se había convertido en usual para nuestro ordenamiento. Por este motivo, el TC pudo declarar excesivo e inconstitucional este plazo en la STC 199/1987, que dio lugar a su reforma en el actual art.520 bis.

¹⁴⁶ Esta resolución deberá de resolverse en un plazo máximo de veinticuatro horas; en caso de no haber pronunciamiento al respecto, habrá que entender ese silencio como denegación de la petición de incomunicación del detenido terrorista.

2.2.4 Entrega del detenido a disposición judicial

La segunda forma de terminación de la detención policial consiste en la puesta del detenido a disposición judicial. Esto supone normalmente la presentación o entrega material de la persona detenida y la aportación simultánea de las diligencias policiales¹⁴⁷, que reflejan la investigación practicada, así como los efectos e instrumentos intervenidos¹⁴⁸.

El efecto fundamental de la puesta a disposición judicial del detenido es la cesación de las atribuciones de la policía judicial, o de quien hubiere adoptado la detención, sobre las sucesivas decisiones relativas a la continuación o no de la privación de libertad, que en ese momento quedan en manos del juez. Por lo tanto, la entrega efectiva del detenido no es indispensable, ya que aunque dicha persona deba entregarse al juez materialmente en todos aquellos casos que sea posible, puede darse el caso de que por cualquier circunstancia no lo fuere. De tal modo la puesta a disposición judicial quedaría cumplida con la transferencia a la autoridad judicial del control sobre la libertad del detenido¹⁴⁹.

El juez que tendrá legitimación para recibir al detenido será el juez de instrucción. En cuanto a la competencia territorial, se establece que la entrega deberá hacerse al juez más próximo al lugar en que se hubiere hecho la detención¹⁵⁰. El juez del lugar de la detención será además normalmente el competente territorialmente para conocer de la causa en la mayoría de los supuestos de detención practicada autónomamente por la policía judicial o por particulares, pues el delito que motive la detención se habrá perpetrado en su circunscripción territorial.

Un supuesto especial de puesta a disposición judicial del detenido tiene lugar cuando el juez de instrucción, o excepcionalmente el de paz, “se presentare a formar el sumario”¹⁵¹ en el lugar en donde se encuentra investigando la policía judicial; ésta deberá entregarle al detenido al que se presentare a hacerse cargo de la investigación, así como los efectos

¹⁴⁷ Esto se refiere exclusivamente al atestado policial correspondiente, derivado de las investigaciones llevadas a cabo en la fase de instrucción.

¹⁴⁸ MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia...* op.cit... pág.1624.

¹⁴⁹ Así lo ha entendido el TC en un supuesto de detención en alta mar que impidió la efectiva traslación de los detenidos a la sede del juzgado dentro del plazo de setenta y dos horas.

¹⁵⁰ MORENO CATENA, Víctor. *El proceso penal. Doctrina, Jurisprudencia...* op.cit...pág. 1626. “Con independencia de que resultara o no competente para conocer del proceso que tiene por objeto los hechos determinantes de la detención”.

¹⁵¹ Conforme al artículo 286 LECrim.

relativos al delito que se hubieren recogido, dándole al tiempo cuenta de las diligencias practicadas¹⁵².

Puede darse la opción de que la detención del detenido se dé a otras autoridades diferentes al juez. El funcionario policial que hubiere practicado la detención puede hacer entrega del detenido a otro funcionario policial, sea a su superior jerárquico o a funcionarios de una unidad de policía judicial especializada, al Ministerio Fiscal, en dos ocasiones ; cuando este se haga cargo de la dirección de la investigación o porque la policía judicial, acuda al fiscal, dándole cuenta de la comisión del hecho delictivo y de las diligencias que se estén practicando y por último e incluso a las autoridades penitenciarias cuando se trate de un penado, lo que convierte la detención en ejecución de una pena privativa de libertad.

2.3 La detención judicial

2.3.1 Concepto y requisitos

La detención judicial supone toda privación de libertad, llevada a cabo por un órgano judicial durante un proceso penal, así como aquella situación en la que está el sujeto detenido, durante un tiempo máximo de setenta y dos horas, hasta que el juez o tribunal encargado de la instrucción de solución a la situación del procedimiento.

Este tipo de detención tiene finalidades diferentes a las que hemos visto previamente, ahora es el juez el encargado de ordenarla y confirmarla y además atiende a meras finalidades de la fase de instrucción. Dentro de este tipo de detención, se pueden distinguir dos clases; aquella que se puede llevar a cabo “ex officio” por un juez o tribunal y por otro lado, la que constituye una prolongación de aquellas que ya han tenido lugar bien por la policía o en su caso, por particulares.

- *La detención judicial de oficio*: En aquellos casos en los que se lleva a cabo una citación judicial, el juez o tribunal puede llamar al imputado para que un determinado sujeto se persone a ante él para ser escuchado, pero en caso de no

¹⁵² MORENO CATENA. Víctor. *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia...* op.cit...pág.1626.

comparecer ni justificar su ausencia a través de causa o motivo legítimo, esa orden de comparecencia puede transformarse en una orden de detención. Puede darse también que surja la detención por una imputación contra un sujeto concreto o por el incumplimiento de normas de “policía de vistas”¹⁵³.

- *La detención judicial confirmatoria:* La detención judicial con más relevancia, tanto objetiva como subjetivamente, es aquella que puede producirse como prolongación o confirmación de una que ya haya sido efectuada previamente por un particular o un miembro de la policía. En cuanto a esto, hay que tener en cuenta que la LECRim legitima a particulares y policía para entregar al detenido al tribunal o juez que tengan más próximo al lugar en el que se produjo la detención, pudiendo este ser o no ser el competente para encargarse del sumario. Por esto se distinguen dos supuestos; la disposición del detenido ante el juez o tribunal competente y por otro lado los supuestos de entrega a un juez o tribunal incompetente.

Para el primer caso, *el juez competente* dispone de un plazo nuevo de setenta y dos¹⁵⁴ horas para poner solución a la situación, pudiendo optar por ponerlo en libertad, por derivar esta detención en prisión provisional o por adoptar otra medida de cautelar¹⁵⁵.

Para aquellos supuestos en los que la puesta a disposición judicial del detenido fuese ante un *juez incompetente* se practicarán “las diligencias de prevención”¹⁵⁶, de las cuales pondremos de relieve el interrogatorio judicial del detenido, y en su caso, pudiendo elevarla a prisión provisional, debiendo del practicarse todo esto en el plazo establecido de setenta y dos horas¹⁵⁷. La detención judicial se tiene que adoptar, a través de resolución judicial, que

¹⁵³ Como policía de vistas entenderemos, según recoge el artículo 748 LECRim, al cuerpo de auxilio judicial atendiendo a su función velar por las condiciones de utilización de las salas de vistas y mantener el orden en las mismas.

¹⁵⁴ Aunque el plazo previsto en el art.17.2 CE sea también de setenta y dos horas, en realidad se establece solamente para la detención policial o pre-procesal, y la justificación de ambos plazos es diferente, de modo que nada impedirá que el legislador pudiera ampliar el plazo de la detención judicial por encima de ese tiempo.

¹⁵⁵ Esta última posibilidad no está expresamente contemplada en ningún precepto, que, ubicado en el sumario ordinario, formaliza excesivamente los trámites, distinguiendo dos resoluciones; el auto de elevación (art.497.1º) y el de ratificación de la prisión (art.516); pero si no concurren los requisitos de la prisión provisional, habrá de decretar prisión definitiva o provisional sin necesidad de esperar al auto de ratificación.

¹⁵⁶ Las diligencias de prevención están recogidas en el artículo 13 de la LECRim. Se pueden definir como aquellas primeras medidas que hay que realizar cuando se ha descubierto algún hecho criminal: la comprobación del delincuente, dar protección a los perjudicados y a sus familiares, custodiar las pruebas del proceso o detener a los posibles sospechosos.

¹⁵⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho procesal...* op.cit...pág.514.

deberá de contener¹⁵⁸, aquellos motivos y elementos que sean necesarios para fundamentar que se ha llevado a cabo la ponderación de bienes, valores y derechos en juego.

3. Orden europea de detención y entrega

3.1 Concepto y fundamento

El transcurso del tiempo ha transformado el ámbito internacional en multitud de aspectos a lo largo de los años. Entre otras cosas, se han visto suprimidas las fronteras tanto interiores como exteriores de la UE, que comprende un amplio territorio que va desde el círculo polar ártico hasta el mar Egeo, y desde el límite con Rusia hasta Portugal, lo que supone muchas más oportunidades y facilidades para los ciudadanos de la unión, pero por otro lado también conlleva estar sometido a muchos riesgos. Eso supuso que en la UE no fuese suficiente el sistema clásico de asistencia judicial internacional y se adaptase un nuevo sistema de orden de detención y entrega internacional. Otro de los acontecimientos internacionales muy destacado y relevante, del que no nos podemos olvidar, y que dieron lugar a este nuevo sistema fueron de los atentados terroristas del 11-S en Nueva York y Washington.

Entenderemos la orden europea de detención y entrega como una resolución judicial, dictada en un Estado miembro de la Unión Europea, con vistas a la detención y la entrega, por otro Estado miembro, de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad o medida de internamiento en centro de menores¹⁵⁹. También conocida como "*euro orden*", la orden europea de detención y entrega tiene su origen en La Decisión Marco del Consejo de fecha de 13 de junio de 2002¹⁶⁰, que se establece como el primer instrumento jurídico para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal¹⁶¹ y con

¹⁵⁸ Según la doctrina constitucional en su STC 127/2000.

¹⁵⁹ Art. 34 de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

¹⁶⁰ DOCE de 18 de julio de 2002. Núm. L 190. págs. 1-20.

¹⁶¹ Cabe resaltar que además esa aplicación se llevó a cabo con notable éxito.

naturaleza puramente judicial¹⁶², conviniendo recordar además, que constituye un instrumento prototipo de la llamada cooperación judicial internacional en materia penal entre estados de la UE¹⁶³.

Está concebida como una sustitución de los mecanismos clásicos de entrega de personas en aplicación de un sistema de extradición acordado entre Estados, por otro mecanismo de entrega que está dirigido a personas sospechosas de la comisión de delitos o que han sido condenadas por sentencia firme que se encuentran en un Estado de la Unión y son reclamadas por otro Estado de ella¹⁶⁴. Tanto lo que persigue la Euroorden como la institución de la extradición es coincidente: el traslado de un individuo de un Estado a otro para ser juzgado o para que cumpla una pena o medida de seguridad impuesta¹⁶⁵. Respecto a la forma de entrega de esas personas se puede calificar como prácticamente automática y se lleva a cabo mediante la comunicación entre Estados por las autoridades judiciales tanto del país que emita la orden como del país que la ejecuta, siendo lo relevante que la autoridad judicial de ejecución no tiene que verificar que aquélla se acomoda a su legislación interna, sólo pudiendo negarse a ella por unos motivos tasados en la Ley que la regula¹⁶⁶.

Para que todo esto pueda ser posible, la orden Europea se basa en el principio de confianza entre los Estados miembros de la unión, así como en el reconocimiento mutuo entre ellos y se justifica esa detención y entrega de manera prácticamente automática en la creación de una verdadera comunidad de derecho en la que se asegura una protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, en consonancia con la existencia del derecho a la libre circulación de ciudadanos dentro de los Estados de la Unión Europea, creándose por

¹⁶² ARANGÜENA FANEGO, Coral. *La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de Marzo de 2003 de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco euroorden*. Revista de Derecho penal, 2003, nº 10, págs. 11 y ss.

¹⁶³ MORENO CATENA, Víctor. *La orden de detención en España*. Revista del Poder Judicial, nº78, 2005, pág. 11.

¹⁶⁴ MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2013 parte Comentario. 2013.

¹⁶⁵ SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén. *La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega*. Revista Penal, nº.24, Julio 2009, págs. 151-176

¹⁶⁶ De este modo, la exposición de motivos de la Ley 3/2003, recoge que “desaparecen las causas habituales que impedían la extradición de personas como la denegación de entrega de nacionales o la no entrega por delitos políticos, ello carece ya de sentido porque en la propia ley se enumeran los delitos por los que procede la entrega, a lo que hay que añadir que el impedimento para la ejecución por vía de la doble incriminación carece igualmente de razón, ya que si la Orden se expide por un delito que se halla en la lista y supera un umbral mínimo de pena, la ejecución procederá independientemente de que el delito esté previsto como tal en la legislación del Estado de ejecución de la Orden”.

tanto un sistema judicial sin fronteras dentro de la Unión¹⁶⁷. El objetivo se limita a esos dos fines, cualquier otra actividad judicial contra esa persona que no sea el ejercicio de acciones penales contra ella o la ejecución que afecta a su libertad quedan excluidas de la Orden Europea.

No obstante, es con diferencia uno de los instrumentos que han gozado, desde su implantación en los diferentes Estados miembros, de gran difusión y éxito en cuanto a los objetivos que el legislador buscaba, ya que un total de 78.785 órdenes europeas fueron emitidas por los distintos países de la Unión Europea, de las cuales 19.841 fueron ejecutadas procediéndose a la entrega de la persona reclamada¹⁶⁸. El sistema de entregas se aplica en las relaciones con los Estados miembros de la Unión Europea, excluyendo de su aplicación territorial a Noruega e Islandia, aunque participen del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen¹⁶⁹.

Este sistema se aplica a partir del día 1 de enero de 2004 respecto a aquellos Estados que han incorporado la Decisión marco a su ordenamiento interno (España, Bélgica, Portugal, Dinamarca, Suecia, Finlandia, Irlanda, Reino Unido, Francia, Luxemburgo, Austria, Chipre, Hungría, Eslovenia, Polonia, Lituania, Países Bajos, Malta, Letonia, Estonia, Grecia, Eslovaquia, Alemania, República Checa e Italia). En cuanto a su normativa aplicable nos encontramos fundamentalmente con:

-La decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa a la orden europea de detención y procedimientos de entrega entre Estados miembros de 13 de junio de 2002¹⁷⁰. : El instrumento utilizado arrancar la “euro-orden” ha sido una Decisión Marco¹⁷¹. Esta nueva modalidad fue introducida a través del Tratado de Ámsterdam en la UE. Por mediación de este tratado en el año 1997, los estados pertenecientes a la unión llegaron al acuerdo de fomentar la creación de un espacio “libre, seguro y justo” que hiciese posible

¹⁶⁷ MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier. Revista Aranzadi...op.cit.

¹⁶⁸ BAUTISTA SAMANIEGO, Marilou. *Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega*. Granada, 2015. pág.8.

¹⁶⁹<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/cooperacion-juridica/orden-europea-detencion>.

¹⁷⁰http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338906029?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDecision_marco.PDF. En esta dirección encontramos todo lo relativo a dicha Decisión Marco.

¹⁷¹ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

llevar a cabo una protección jurídica de los ciudadanos europeos a nivel internacional¹⁷². Este tratado recoge que el carácter de una Decisión Marco es el de obligar a los Estados respecto del resultado que se está pretendiendo, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales que elijan la manera y la forma de los procedimientos de detención europea y entrega entre los estados miembros.

La Comisión, con la propuesta de esta orden, tenía como objeto sustituir el anterior sistema de extradición imponiendo uno nuevo mediante el que impondría a cada autoridad nacional judicial el hecho de reconocer, de manera inmediata, y con una serie de controles mínimos, una solicitud de entrega de una persona solicitada por la autoridad judicial de otro estado miembro¹⁷³. Por ello, A partir del 1 de enero de 2004 la Decisión Marco tuvo que sustituir a los textos existentes en la materia, como por ejemplo:

- El Convenio europeo de extradición de 1957 así como el Convenio europeo para la represión del terrorismo de 1978, en lo referido a extradición.

- El Acuerdo de 26 de mayo de 1989 entre los 12 Estados miembros relativo a la simplificación de la transmisión de las solicitudes de extradición.

- El Convenio sobre la extradición simplificada de 1995.

- Las disposiciones del acuerdo de Schengen que hacen referencia a esta materia.

No obstante, los estados siguen teniendo libertad para aplicar y acordar todo tipo de acuerdos, tanto bilaterales como multilaterales, en la medida en que ayuden o simplifiquen los procedimientos. Lo fundamental es que estos acuerdos en ningún caso lleven a perjudicar a las relaciones que mantienen otros estados miembros que no son parte en el acuerdo.

Respecto a los procedimientos, esta “euro-orden” busca ir más allá de la extradición, busca ser un instrumento jurídico distinto en la colaboración entre estados miembros para la prevención y reducción de la delincuencia. Esta decisión acota “orden de detención europea” como una decisión judicial adoptada por un Estado miembro para que se proceda a la detención y entrega de un determinado sujeto por otro estado miembro, con la finalidad

¹⁷² ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Cooperación judicial penal en la Unión Europea: la Orden Europea de Detención y Entrega*. Valladolid, 2005, pág.81. El del Tratado de la Unión, art. 34.2, establece que las Decisiones Marco van encaminadas a la aproximación entre disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

¹⁷³ ARROYO ZAPATERO, Luis. y NIETO MARTÍN, Adán. *La orden de detención y entrega Europea*. Cuenca. 2006, pág. 39. El Consejo Europeo de Tampere invitó a los Estados miembros a convertir el principio del reconocimiento mutuo en la “piedra angular” de un verdadero espacio judicial europeo.

de ejercitar actuaciones penales, ejecutar una pena y ejecutar, en su caso, medidas de privación de libertad¹⁷⁴.

-*La declaración de los estados miembros*¹⁷⁵.

-*Ley 3/2003, de 14 de marzo y Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre orden europea de detención y entrega*¹⁷⁶: El día 13 de Junio de 2002, el Consejo de Ministros de Justicia e interior, adoptaron la decisión marco que hace referencia la orden de detención europea y procedimientos de entrega entre países miembros¹⁷⁷, constituyendo el primer instrumento jurídico en el que se aplica el principio de reconocimiento mutuo que se manifiesta en las conclusiones del Consejo de Tampere.

Esta ley tiene como objetivo que se cumplan con las premisas recogidas en la decisión marco establecidas para los estados miembros, y que consisten en la sustitución de los antiguos procedimientos por uno nuevo de entrega de personas que sean investigadas por la comisión de algún delito o que intentan eludir la justicia tras haber sido condenados por sentencia firme¹⁷⁸.

3.2 Competencia

En este “proceso de extradición europea”, las dos autoridades judiciales que intervienen son por una parte *la autoridad judicial de emisión*, siendo en España el Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes, y por otra parte *la autoridad judicial de ejecución*, que serán los juzgados centrales de instrucción y la audiencia nacional, previa remisión de sus actuaciones por parte del juez central. La

¹⁷⁴ RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. *La Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros*. Revista española de Derecho Internacional, Vol. 54, núm. 2. 2002, págs. 1053 – 1058.

¹⁷⁵http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338906047?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DDeclaraciones_de_los_Estados_miembros.PDF. Aquí queda patente el texto que recoge la declaración de los estados miembros.

¹⁷⁶http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338906065?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DLey_3_2003_de_14_de_marzo_y_Ley_Organica_2_2003.PDF. Texto de la Ley 3/2003 de 14 de Marzo.

¹⁷⁷ DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002.

¹⁷⁸ DE TOMÁS MORALES, Susana. y VAQUERO LAFUENTE, Esther. *El día de Europa: la Europa de los 25: contribuciones a las III Jornadas en conmemoración del Día de Europa de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 6 y 7 de mayo de 2004*. 2005, pág. 51.

actuación por parte del Ministro de justicia como autoridad central solamente tendrá lugar en caso de concurrencia entre una orden europea y una solicitud de extradición¹⁷⁹ presentada por un tercer estado contra la misma persona, a los efectos de establecer su preferencia, decisión que se elevará al consejo de Ministros, art.23.2 LECRim.

Cada Estado miembro informará a la Secretaría General del Consejo de la autoridad judicial competente con arreglo a su Derecho interno y podrá designar una autoridad central o, si su ordenamiento jurídico lo dispone, a varias autoridades centrales para que auxilien a las autoridades judiciales competentes. Un Estado miembro podrá decidir, si es necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, confiar a su autoridad o autoridades centrales la transmisión y recepción administrativas de las órdenes de detención europeas, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.¹⁸⁰ Este procedimiento se estructura en base a un tipo de resolución judicial unificado a escala de la Unión, la orden europea de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal español que reclame la entrega de un determinado sujeto a otro Estado miembro para la ejecución de las correspondientes de actuaciones penales o para el cumplimiento de un pena previamente impuesta. Del mismo modo, la autoridad judicial competente en España procederá, cuando le sea requerido por otro estado miembro, a la entrega del sujeto concreto.

3.3 Emisión y ejecución de una orden europea

3.3.1 La emisión de una orden europea

Respecto al *objeto*, la autoridad judicial española podrá dictar una orden europea de detención y entrega en los siguientes supuestos:

- Con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales, por aquellos hechos para los que la ley penal española señale una pena o una medida de seguridad privativa de

¹⁷⁹ <http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1407/extradicion.htm> “La Extradición consiste en la entrega de un delincuente por parte del Estado en cuyo territorio se encuentra a aquel Estado que es competente para juzgarlo o para ejecutar la pena o la medida de seguridad ya impuesta. El Estado que solicita la entrega del sujeto se le denomina Estado requirente, mientras que el que solicita la entrega se le denomina Estado requerido .La Extradición se basa en la prohibición internacional de la expulsión arbitraria de un extranjero por parte de un Estado. Nos encontramos con las siguientes clases de extradición: activa, pasiva, en tránsito y re extradición”.

¹⁸⁰ GAVILÁN RUBIO, María. *La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega*. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVII (2014) 189-208 / ISSN: 1133-3677.

libertad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

- Con el fin de proceder al cumplimiento de una condena a una pena o una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad, o de una medida de internamiento en régimen cerrado de un menor por el mismo plazo.

El *contenido* de la orden de detención europea se instrumentaliza en un formulario que deberá completar la autoridad judicial del país emisor¹⁸¹. Deberá traducirse a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución y contener como información expresa los siguientes datos:

- a) La identidad y nacionalidad de la persona reclamada.
- b) El nombre, la dirección, el número de teléfono y de fax y la dirección de correo electrónico de la autoridad judicial de emisión.
- c) La indicación de la existencia de una sentencia firme, de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que tenga la misma fuerza prevista en este Título.
- d) La naturaleza y tipificación legal del delito.
- e) Una descripción de las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada.
- f) La pena dictada, si hay una sentencia firme, o bien, la escala de penas que establece la legislación para ese delito.
- g) Si es posible, otras consecuencias del delito.

Son dos los supuestos que deben distinguirse en cuanto a la transmisión de la OEDE una vez cumplimentado el formulario, a saber: En el supuesto de que *se conozca* el paradero de la persona que está siendo reclamada, la autoridad judicial española podrá comunicar directamente a la autoridad judicial competente de ejecución la orden europea de detención y entrega. La autoridad judicial emisora podrá decidir, en cualquier circunstancia, introducir una descripción de la persona buscada en el Sistema de Información de Schengen¹⁸². En caso de que *no se conozca* la autoridad judicial de ejecución competente,

¹⁸¹ El formulario figura en el anexo I de la Ley 23/2014 de 20 de Noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

¹⁸² El Sistema de Información de Schengen facilita que las autoridades designadas por las Partes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, tengan a su disposición descripciones de personas y objetos, al efectuar controles en la frontera y comprobaciones y otros controles de policía y aduanas realizados. Dentro del país de conformidad con el derecho nacional, así como, únicamente en relación con la categoría de la inscripción de extranjeros incluidos en la lista de no admisibles, a efectos del procedimiento de expedición de visados, de expedición de permisos de residencia y de la admisión de extranjeros en el marco de la aplicación de las disposiciones sobre circulación de personas. El Sistema de Información de Schengen

la autoridad judicial emisora hará las indagaciones necesarias, en particular a través de los puntos de contacto de la red judicial europea, con el fin de obtener dicha información del Estado miembro de ejecución. Si la autoridad judicial emisora lo deseara, la transmisión podrá efectuarse mediante el sistema de telecomunicaciones protegido de la red judicial europea. Las citadas descripciones se efectuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, de 19 de junio de 1990¹⁸³.

La autoridad judicial emisora podrá transmitir la orden de detención europea por cualesquiera medios fiables que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro de ejecución establecer su autenticidad. Si no es posible recurrir al Sistema de Información Schengen, la autoridad judicial española podrá recurrir a los servicios de Interpol para la comunicación de la orden europea de detención y entrega¹⁸⁴.

La autoridad judicial española remitirá una copia de las órdenes europeas de detención y entrega enviadas al Ministerio de Justicia. El Ministerio del Interior comunicará al Ministerio de Justicia las detenciones y las entregas practicadas en ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega¹⁸⁵.

3.3.2 Procedimiento y ejecución de una orden europea

Como bien hemos señalado previamente, las autoridades judiciales competentes, según el 37.5 de la Ley 23/2014, serán el tribunal o juez que conozcan de la causa en la que se desarrollen este tipo de órdenes¹⁸⁶.

incluye exclusivamente las categorías de datos que proporciona cada una de las Partes y que son necesarios para los fines previstos en los artículos 95 a 100 del Convenio.

¹⁸³ http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbFljTAAAUmZlZNLtbLUouLM_DxbIwMDC0MjA0OOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAy2c4fjUAAAA=WKE. Texto del Convenio de aplicación del convenio de Schengen.

¹⁸⁴ GAVILÁN RUBIO, María. *La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de de...op.cit...* pág.202.

¹⁸⁵ Artículo 40 de la L 23/2014.

¹⁸⁶ PENÍN ALEGRE, Clara, en *La Orden europea de detención y entrega, Manuales de Formación Continuada*, nº42, 2008, recoge que se entienden como tal tanto los tribunales de jurisdicción ordinaria y como los de jurisdicción militar, y dentro de los primeros, podrán emitir la orden los órganos encargados de la ejecución y también los de la instrucción. Dicho de manera amplia, todos aquellos órganos de la jurisdicción española, desde el de instrucción incluso al de vigilancia penitenciaria.

Respecto a los *requisitos* y continuando al hilo de la Decisión Marco, su art.37 recoge los supuestos en los que será posible llevar a cabo una emisión de orden de detención y entrega. Para mejorar aún más lo recogido anteriormente, se adhieren también una serie de decisiones que se han tomado en el ámbito del marco de menores. De este modo, la autoridad judicial de España podrá dictar una orden europea de detención para los siguientes supuestos: Para proceder a ejercitar acciones penales por los hechos para los que el ordenamiento jurídico español establezca una pena con duración de más de doce meses o de una medida de internamiento de un menor durante el mismo periodo de tiempo o proceder al cumplimiento de una condena no inferior a cuatro meses de privación de libertad. En definitiva la orden deberá emitirse previamente al juicio oral para dar ejecución a lo establecido en una resolución judicial¹⁸⁷.

No podemos olvidarnos de poner de manifiesto una novedad introducida, con respecto a la legislación precedente, recogida por el art.38 de la Ley 23/2014. Esta novedad establece que con carácter previo a que se emita una orden de detención y entrega europea, el juez que encargado podrá solicitar una autorización al estado en el que se halle el sujeto reclamado con la finalidad de tomarle declaración mediante una solicitud de auxilio judicial, que vendrá al amparo del Convenio Judicial en materia penal celebrado entre los estados de la Unión Europea en Mayo del 2000. Esta nueva medida no tiene un efecto que incida directamente en el procedimiento, sino que más bien tiene una finalidad más informativa que jurídica¹⁸⁸. Fuera de este supuesto, todo aquello que declare el afectado, carece de otro efecto procesal para el sistema jurídico español.

Entrando ya en su *tramitación*, hemos de decir que este nuevo método, en comparación con el anterior de la Ley 2/2003, desarrolla la tramitación de la emisión con una técnica legislativa más depurada, dando pie a poder resolver algunas lagunas y silencios que habían sido ya tratados y estudiados, de manera parcial, por algunas corrientes de la doctrina¹⁸⁹.

Como ya se ha indicado, la emisión de esta orden es para practicar aquellos actos de la instrucción que tengan por objeto asegurar a las personas responsables del delito que se está

¹⁸⁷ DE PRADA SOLAESA, José. *La orden de detención y entrega europea*, 2006, pág.145, Para el primer supuesto la orden puede emitirse tanto en fase de instrucción como por el órgano que se encarga del enjuiciamiento para permitir el desarrollo del proceso oral. Para el supuesto segundo, tendrá que ser el órgano que ha dictado la resolución que se ha de ejecutar.

¹⁸⁸ Lo que viene a querer es reflejar una necesidad de carácter práctica a modo que a modo de recordatorio propone al emisor de la orden tener en cuenta una opción alternativa a la emisión de dicha orden durante el desarrollo de una instrucción cuya finalidad es, justamente, la práctica de la declaración del sujeto imputado.

¹⁸⁹ RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. *El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión europea*, Abogacía, 2010, pág-122.

instruyendo. Dicho de otro modo, cuando se emite una orden se está entendiendo como un acuerdo de privación de libertad, que se ejecutará por otro estado de la Unión Europea. Este es el motivo por el que no se permite una emisión ante aquellos casos en los que no sea admisible una medida que suponga la limitación de la libertad de un sujeto, dando cabida a una serie de requisitos para la adopción de estas medidas.

Es preciso recordar, que el art. 39.3 de la Ley 23/2014 establece que previamente a la emisión, el juez o tribunal deberá de acordar a través de providencia el traslado ante el ministerio fiscal, y si fuere preciso, a la acusación particular para que informe, debiéndose evacuar en plazo máximo de dos días¹⁹⁰. Solamente si el Ministerio fiscal o la acusación tuviesen interés en la emisión de la orden para llevar a cabo acciones penales, el juez lo acordará a través de auto motivado¹⁹¹.

En aquellos casos en los que el sujeto se encuentre personado para cumplir con una pena privativa de libertad, se le deberá de dar traslado para que formule las alegaciones que creyese oportunas y para que valore si concurren o no los requisitos para la suspensión o sustitución de la pena que se le ha impuesto.

La resolución judicial por la que se acuerde la emisión de la orden deberá tener forma de auto en la medida en la que requiera motivación. En base a lo dispuesto en el art. 13. 1 de la Ley 23/2014, cabe contra estas resoluciones que acuerdan la transmisión de un reconocimiento mutuo los recursos previstos en el sistema jurídico español, que se deberán de conocer, tramitar y resolver de manera exclusiva por el poder judicial español conforme a su ordenamiento jurídico¹⁹².

En cuanto a la documentación que deberá de acompañar a la resolución, la Ley 23/2014 desarrolla el modo y la forma del formulario o certificado al que se refiere la Decisión Marco 2002/584/JA. La autoridad judicial encargada la documentará en el formulario o certificado obligatorio, que deberá de transmitir a la autoridad competente del otro estado para que este proceda a su ejecución¹⁹³. La autoridad encargada de la emisión deberá ser precavida y cuidadosa tanto en la definición como en la identificación del

¹⁹⁰ Excepto que concurren razones de carácter urgente que exijan llevarlo a cabo en un plazo más breve.

¹⁹¹ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. *Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega*. Pamplona, 2005, pág.77. En estos supuestos, el informe en el que base su interés el ministerio fiscal deberá ser minucioso a la hora de fundamentar los requisitos en los se base.

¹⁹² el art. 13.2 de la Ley 23/2014 recoge que tiene la obligación de comunicar de manera inmediata la estimación del recurso contra el auto que acuerda la emisión de la orden a aquella autoridad que conozca de la ejecución.

¹⁹³ Modelo de solicitud establecido por http://www.ejncrimjust.europa.eu/ejn/EJN_EAWWizard.aspx.

acusado¹⁹⁴. En lo que se refiere a la elaboración y redacción del hecho correspondiente, se indica que no es posible la remisión adjunta de documentación, por eso es preciso que la redacción del mismo se haga de una descripción muy precisa y detallada, teniendo en cuenta tanto la traducción como el límite de espacio¹⁹⁵.

Respecto al modo de la transmisión, con carácter general, será practicada con arreglo a la ley y se deberá de hacer de manera directa por el órgano judicial competente del estado encargado de la ejecución, mediante cualquier instrumento deje constancia escrita que permita acreditar su autenticidad.

Cualquier controversia o dificultad que surgiese en relación con la transmisión o con la autenticidad de alguno de los documentos que sean necesarios para la ejecución de un reconocimiento mutuo, será resuelta a través de una comunicación directa entre las autoridades judiciales de que cada estado miembro, o en los casos que proceda en relación con una orden de detención y entrega o una prueba, participarán los órganos centrales de los estados miembros implicados¹⁹⁶.

En base a esto, hay que manifestar la posibilidad de que para llevar a cabo esta transmisión, se puede requerir la intervención de EUROJUST. De acuerdo a lo recogido en el art. 8.3 la orden podrá precisar de la colaboración del Miembro Nacional de España en EUROJUST siempre que proceda, conforme a las reglas de las bases del mismo¹⁹⁷.

Por último, es conveniente recordar, que La Ley 23/2014 impone ninguna consecuencia para la detención y entrega en aquellos casos en los que el sujeto no es localizado. Para estos casos, corresponderá a la autoridad encargada de la emisión, tendrá que valorar la formulación de una denuncia al amparo de lo recogido en el art.21 del Convenio de 1959, la eventual tramitación del procedimiento al amparo del convenio COE de 1972 o del convenio que resulte de correcta aplicación, por otro lado una cláusula muy

¹⁹⁴ En la identificación del sujeto deberá de sopesarse si el mismo es mayor o menor de edad, si es imputable o no, si deberá ser juzgado en presencia o en ausencia, etc.

¹⁹⁵ Las declaraciones pueden consultarse en la siguiente página web <http://www.ejncrimjust.europa.eu/ejn/libcategories.aspx?Id=14>. En la mencionada página el emisor cuenta con una herramienta, que una vez cumplimentada, se traduce a la lengua del estado de ejecución.

¹⁹⁶ PÉREZ CEBADERA, María Ángeles. *Instrumentos de cooperación penal I: la extradición y la euroorden*. Castellón, 2010, pág.20.

¹⁹⁷ Nos encontramos con una norma que se reitera en lo dispuesto en otra norma legal, en los arts. 10.1 y 15.1 de la Ley 16/2006, de 26 de mayo, que regula el Estatuto del Miembro Nacional de Eurojust y las relaciones de la UE con este órgano. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la orden afecte directamente a al menos a tres Estados miembros y se hayan transmitido por lo menos a dos Estados miembros solicitudes o decisiones de cooperación judicial, la autoridad judicial emisora deberá informar a Eurojust en las condiciones que se establezcan en su normativa, esto es, la Decisión Marco 2002/187/JAI del Consejo, modificada por la Decisión Marco 2009/426/JAI del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

habitual en los convenios multilaterales, a efectos de evitar la impunidad del sujeto, con el derivado archivado provisional del proceso que se ha tramitado en España, cuando no sea posible la celebración de vista en ausencia¹⁹⁸.

4. Garantías del detenido

La ley establece, en base a lo establecido en la Constitución, que a la vez que se permite la privación de la libertad, se la dota de las garantías suficientes para que la detención no suponga un menoscabo de los derechos fundamentales del detenido¹⁹⁹. En primer lugar, convendría dilucidar qué es lo que se entiende por detención, ya que tanto históricamente como en nuestros días se ha prestado escasa atención a la medida cautelar de la detención entendida como una privación de la libertad fundamental. La doctrina apenas se ha ocupado en el estudio de la misma, y en los textos de fundamento constitucional apenas hay referencias y definiciones de ella, no se establecen ni condiciones ni requisitos para su realización sino que más bien se establecen una serie de garantías para aquellos sujetos que se encuentren detenidos²⁰⁰.

La detención²⁰¹, como bien sabemos, constituye “una medida cautelar de carácter provisional y personal, que puede ser adoptada por una autoridad judicial, policial e inclusive particular, y que consiste en la limitación de un derecho fundamental, como es la libertad del imputado, con la finalidad esencial de ponerlo a disposición de la justicia”. Podemos decir por tanto que supone una restricción o interrupción de la libertad natural de una persona o de un individuo.

El art.18 del Convenio de europeo de derechos humanos, recoge, que la detención deberá de justificarse y fundamentarse en aquellas formas y para aquellos supuestos previstos en la Ley, y realizarse solamente cuando no sea posible que se adopten otras medidas que sean menos restrictivas. Por todo ello, esta medida cautelar presenta una serie

¹⁹⁸ ANDREU MIRALLES, Fernando. *Entrega pospuesta o condicional. El estado de tránsito*. 2006, pág.66.

¹⁹⁹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, 2015, pág.310.

²⁰⁰ GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Estudios de Derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*. Vol.I Madrid, 1997, pág.758, recoge que existen una serie de ordenamientos continentales que están “obsesionados” con el establecimiento de una serie de garantías para el detenido que se suelen olvidar cuando un sujeto está detenido.

²⁰¹ GÁLVEZ MONTES, Javier. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Madrid, 1997, pág.379, considera que debemos entender la palabra “detenido” del art.17.4 de la CE en un sentido amplio para poder comprender lo que supone la privación de la libertad individual sin limitarse solo a los casos de detención preventiva.

de problemas jurídicos por dos motivos fundamentales: el primero de ellos es porque se produce la privación personal de ejercer un derecho cuya presunción de inocencia aún no ha sido desmontada judicialmente, y en segundo lugar, porque esta privación se lleva a cabo como consecuencia de una intervención por parte de una autoridad administrativa que no es judicial²⁰².

Por todo ello, es importante manifestar que el sujeto detenido ha de ser tratado de manera correcta, teniendo en cuenta su dignidad como ser humano, debiendo respetársele todos sus derechos y garantías que no estén afectados por la privación de la libertad, y obviamente, evitando cualquier tipo de violencia que no fuese necesaria. Se ha de aplicar por tanto el principio de menor lesividad o perjuicio del sujeto detenido, que no es más que una manifestación que se deriva directamente del principio de respeto a la dignidad humana recogida en el art.10.1 de la CE, estableciendo una obligación de carácter general que deberá de respetar cualquier persona y sobre todo las autoridades de los poderes públicos y sus respectivos agentes²⁰³. Como es obvio en ningún caso se podrá con la detención incidir en determinados derechos de una persona, como por ejemplo el derecho a la vida o el derecho a no ser objeto de torturas ni tratos que sean inhumanos o constituyan degradaciones.

El sometimiento de los detenidos a cualquier actuación que suponga violencia física o mental es un acto totalmente rechazado y, por supuesto, condenable²⁰⁴. Debe de quedar muy claro que la detención no puede ir más allá de lo que conlleva la privación de libertad del sujeto que se encuentra detenido, el resto de derechos fundamentales no pueden ser menoscabados. En el art.520 de la LECRim se recoge una lista de derechos y garantías que le pertenecen a todo aquel sujeto que haya sido privado de su libertad a causa de una detención.

²⁰² PÉREZ ROYO, Javier. *Curso de derecho constitucional*. Madrid, 2002, pág.356.

²⁰³ En la STC 21/1997, de 10 de Febrero, FJ 4º, el tribunal ha recogido la siguientes apreciación, y es que, esta exigencia no supone que de manera incondicional el sujeto tenga que estar presente físicamente ante el juez, sino que el sujeto que esté privado de libertad, transcurrido el plazo de setenta y dos horas, no continúe sujeto a las autoridades que llevaron a cabo la detención y deba de quedar bajo el control y la decisión del juez o tribunal correspondiente, que deberá de tutelar y garantizar lo recogido en el art.17.1 de la CE.

²⁰⁴ Multitud de organismos de ámbito internacional han recogido dentro del concepto de tortura tanto a los malos tratamientos físicos como a los morales que ocasionen de manera dolosa un severo sufrimiento corporal y psíquico. Un ejemplo claro, es el Tribunal de Estrasburgo, que ha señalado que como torturas y tratos degradantes, considera ordenar al detenido que se coloque contra la pared mientras se apoya con las puntas de sus dedos durante un prolongado periodo de tiempo, impedirle que conciba el sueño antes de proceder al interrogatorio o no permitirle ingerir alimentos sólidos o líquidos previamente a tomarle una declaración.

4.1 Las garantías y derechos del detenido en el inicio de la detención

4.1.1 El derecho a ser informado

El párrafo primero del art.17.3 de la CE establece que el detenido deberá de ser informado de aquellas causas que motivan su detención²⁰⁵, de manera inmediata y en el modo en el que se le sea comprensible. Desde un punto de vista lógico, el detenido, deberá de ser informado en primer lugar de las causas de su detención y después de los derechos que le asisten. Estamos pues ante un derecho general de información que se basa en dos derechos específicos: la información sobre las razones que motivan la detención y la información al detenido sobre sus derechos²⁰⁶. Como es obvio, en aquellos casos en los que el sujeto detenido no conozca el castellano se precisará de un intérprete y si fuese un sordomudo, se le informará por escrito y si nos sabe leer ni escribir, también se nombrará un intérprete²⁰⁷.

Este deber de informar constituyó uno de los aspectos más novedosos que se han introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de mandato constitucional, y que no estuvo presente hasta que se reformó la LECRim²⁰⁸.

Es importante recordar lo notable que ha sido que la propia CE ha sido mucha más garantista de este derecho que muchas de las declaraciones internacionales, e inclusive, que la regla general que preside el constitucionalismo comparado²⁰⁹, con la destacada excepción

²⁰⁵ Es preciso que al sujeto detenido se le informe sobre el objeto concreto de la detención, sobre todo a partir de la aprobación del art.20 de la Ley de seguridad ciudadana. GARCÍA MORILLO, Javier. *Estudios de Derecho público...* op.cit...pág.763.

²⁰⁶ Hay que advertir que en el Pleno no jurisdiccional celebrado en la Sala II, en la reunión que tuvo lugar el 5 de Febrero de 1999, se adoptó la conclusión de que cuando un sujeto se someta voluntariamente a una exploración a través de radiografía con el fin de poder cerciorarse de que sea o no portador de alguna sustancia o cuerpo extraño en el interior de su cuerpo, no estaría realizando una declaración de culpabilidad ni constituiría un acto encaminado a obtener el reconocimiento de esa persona sobre determinados hechos. Por ello, no será precisa la asistencia de abogado ni tampoco la previa información de sus derechos.

²⁰⁷ En este sentido, resulta muy clarificador lo que recoge la STC del TC 74/1978, de 25 de Mayo, FJ 3º, que dice que el derecho de ser asistido por un intérprete se deriva de un desconocimiento de la lengua castellana que impide al sujeto detenido conocer ni ser informado de sus derechos y garantías y hacer constar las manifestaciones que considere necesarias, pues si alguno de esos derechos pudiesen ser respetados de otra manera otros derechos que supongan la comunicación con la administración policial no podrán ser satisfechas sin la asistencia de un intérprete. Este derecho se entenderá comprendido en el art.24.1 de la CE.

²⁰⁸ En esta reforma de la LECRim a la que nos referimos se modificó la denominación del capítulo IV del libro segundo, que antes figuraba como “Tratamiento de los detenidos y presos” y que ahora se establece como “El ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos.

²⁰⁹ GONZÁLEZ ALAYA, María Dolores. *Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido*. Madrid, 1999, pág.77. Como ejemplo podemos poner la Ley fundamental de Bonn, la cual se

de la Constitución Portuguesa, que sí que incorpora la obligación de que se debe de informar al detenido de los derechos que le asisten²¹⁰.

Las nota que caracteriza este derecho es su inmediatez, que supone que la información ha de realizarse de manera inmediata, tan pronto como la detención se haya realizado, y en los casos que no fuese posible, inmediatamente al momento en el que sujeto detenido haya llegado a las dependencias policiales. Podrá realizarse de manera oral, o si no fuese posible, a través de la entrega de documentos, aunque consta que de este modo se perdería eficacia a esa información²¹¹.

Respecto a la notificación de dicha detención, está se realizará posteriormente a la misma. Si el sujeto detenido fuere de nacionalidad española y mayor de edad, le asiste el derecho a que se lo comuniquen a un familiar o a cualquier otra persona que el detenido quiera, indicándosele a la persona a la que se le notifica en qué lugar se encuentra privado de libertad el sujeto. Para aquellos supuestos en los que la persona privada de la libertad sea español pero menor de edad, la notificación deberá de realizarse a al sujeto que ostente su patria potestad, la guarda de derecho o la tutela, y en defecto de ellas, se dará noticia de la detención al Ministerio Fiscal.

Si el detenido fuese mayor de edad y extranjero, se deberá de notificar sobre la misma a la oficina consular del país de la nacionalidad de la persona detenida. Si además fuese extranjero y menor de edad o incapacitado, se deberá de notificar también al cónsul de su país²¹².

4.2 Derechos y garantías del detenido durante el desarrollo de la detención

limita a recoger que toda aquella persona que haya sido detenida provisionalmente bajo la sospecha de cometer un hecho delictivo, deberá ser trasladada ante el juez lo antes posible, debiendo de ser el juez o tribunal correspondiente el encargado de informarle de las causas y motivos de la detención, proceder a su interrogatorio, darle oportunidad de defenderse...

²¹⁰ La constitución Portuguesa, y dentro de unos términos muy parecidos a los de la Constitución Española, establece que “Toda aquella persona privada de libertad, deberá ser informada de manera inmediata y de forma comprensible de aquellas razones que han motivado su detención y de sus derechos”.

²¹¹ Así lo dispone BANACLOCHE PALAO, Julio. *La libertad personal y sus limitaciones*. Madrid, 1996, pág.338.

²¹² GARCÍA MORILLO, Javier. *Algunas consideraciones...* op.cit... pág.770.

4.2.1 El derecho a no declarar

El Apartado 3 del art.17 de la CE recoge que el detenido no puede ser obligado a que declare, estando este derecho muy estrechamente vinculado con los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, los cuales vienen implícitos en el art.24.4 de la CE. Además el art.520 de la LECRim, especifica que tendrá el detenido “derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que se le hayan formulado, o manifestar que solo declarará ante la presencia del juez”.

Todos estos derechos, generalmente, no aparecen recogidos, salvo excepciones, en las constituciones de los estados de nuestro entorno²¹³. En el ámbito internacional, ni la declaración universal de derechos humanos ni el convenio europeo de derechos humanos recogen de manera expresa los citados derechos, no obstante el TEDH, en el régimen de garantías del art.6.1 del Convenio ha reconocido el derecho que ostenta todo acusado a guardar silencio y de no ayudar de ningún modo a su propia incriminación²¹⁴.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, “Son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que dan cobertura en su manifestación pasiva, es decir, aquella que se ejerce con la no actividad del sujeto detenido y sobre el que puede caer una imputación, y que en consecuencia puede adoptar por defenderse en el proceso en aquella forma que considere más beneficiosa para sus propios intereses, sin que en ningún caso pueda ser obligado o forzado, bajo constricción o compulsión”²¹⁵. Ha señalado también que el derecho a no incriminarse, da por hecho que las autoridades deben de conseguir probar su caso sin tener que recurrir a pruebas obtenidas a través de técnicas o métodos coercitivos o de presión contra la voluntad del sujeto.

De este modo nuestra constitución relaciona esto con el principio de reconocimiento a la dignidad inherente a la persona que rechaza la utilización de torturas y de tratos

²¹³ A modo de ejemplo nos encontramos con la V enmienda de la Constitución de EEUU, incluyó estos derechos bajo los siguientes términos “no se obligará a nadie a declarar contra sí mismo en ningún juicio”. En Reino Unido, las llamadas *Judge’s Rules*, obligaban a los miembros de la policía a advertir a los sujetos detenidos que no estaban bajo la obligación de hacer ninguna declaración y que, en caso contrario, constaría por escrito y podría utilizarse como medio de prueba.

²¹⁴ *Caso Funke contra Francia*. STEDH de 25 de Febrero de 1995.

²¹⁵ Así lo dispone la STC 229/1999 de 13 de Diciembre, FJ 3º, que además dispone que el origen de esta garantía radica del hecho de que se trata de un “freno” o control, para resolver cualquier desvío que esté dirigido a encontrar la confesión del sujeto detenido utilizando algún mecanismo violento o contrario a la dignidad humana.

inhumanos para conseguir arrancar una declaración no deseada²¹⁶. A tenor de todos estos planteamientos previamente expuestos, la consecuencia que se deriva de manera inmediata es la puesta a disposición judicial, cuando el sujeto detenido no acepta efectuar ningún tipo de declaración, dándose por terminadas las diligencias que se estén llevando a cabo por la policía.

Por último, cabe decir que estos derechos y garantías tradicionalmente no se venían reconociendo ni al detenido ni al imputado, ya que se consideraba que estaban obligados a colaborar en todas aquellas diligencias y actuaciones de investigación, viéndose obligados incluso a declararse culpables y a declarar contra sí mismos, respecto de los hechos delictivos cometidos. El paso de un sistema de enjuiciamiento inquisitivo a uno acusatorio provoca que el sujeto acusado o detenido deje de ser un simple objeto y pase a constituirse como una persona que es parte en un procedimiento²¹⁷.

4.2.2 Derecho a asistencia letrada

La proclamación de este derecho constituye sin lugar a dudas la garantía fundamental de la constitución, y de cuya plasmación no encontramos ningún antecedente en nuestro pasado constitucional, resultando difícil, hallar algún ejemplo de tal protección a la libertad²¹⁸. En contra de lo regulado en otras constituciones y convenios internacionales, la CE otorga asistencia letrada al sujeto detenido, lo que supone que esta garantía va a surgir desde el momento en el que se produce la privación de libertad²¹⁹. Es un requisito procesal por cuyo cumplimiento el juez ha de velar²²⁰

²¹⁶ Las declaraciones de derechos internacionales, tras las atrocidades que se cometieron en la II guerra mundial, recogen una serie de cláusulas concretas de abolición de las torturas y en las constituciones posteriores a este hecho se establece el reconocimiento a la vida y a la integridad física de manera genérica y como derecho fundamental.

²¹⁷ ESCALANTE CASTARROYO, José. *Constitución Europea y Constitución Española*. 2008, pag.262. El acusado, a diferencia del testigo, no sólo no tiene la obligación de decir la verdad, sino que “puede callar total o parcialmente o incluso mentir.

²¹⁸ Con carácter general, este derecho de asistencia letrada al detenido viene recogido y fundamentado en las leyes de procedimiento.

²¹⁹ Por otro lado, el tribunal constitucional ha llegado a admitir la legalidad de una detención sin asistencia letrada “Pese a que el art.118 de la LECRim establece el derecho a asistencia letrada, plasmando una exigencia constitucional, el derecho de defensa que establece la Constitución no resultará violado solamente por el hecho de que se haya producido una declaración en sede policial sin la presencia de un abogado, pues, tal y como expresa el texto de la CE, la asistencia de abogado se garantiza en aquellos términos que la ley establezca, y de la propia ley procesal se deriva que los actos realizados sin la presencia de un letrado pueden llegar a tener validez hasta que la causa llegue al estado en que precise de del consejo de

Con esta medida, según el TC, lo que se trata de salvaguardar es que los derechos del detenido sean respetados y que no sufran coacción o trato denigrante e incompatible con su dignidad y con la libertad de declaración y que además tendrá un correcto y debido asesoramiento sobre la conducta en los correspondientes interrogatorios, así como su derecho a comprobar la finalidad de lo que ha sido suscrito en las actas de declaración²²¹.

De acuerdo con las premisas recogidas previamente, el nombramiento del abogado, bien elegido por el propio detenido o bien asignado de oficio, deberá de realizarse de forma inmediata para que pueda acompañar al detenido en cualquier momento de su estancia de las dependencias policiales. A tales efectos, el funcionario o autoridad bajo su custodia se encuentre el sujeto detenido, deberá de dar notificación al colegio de abogados del nombre del letrado que el detenido ha seleccionado o bien que se le ha asignado de oficio, siendo importante recalcar que se ha de abstener de hacerle recomendaciones o comentarios respecto de su elección. Tras haber sido esta actuación realizada, el colegio de abogados deberá de informar al designado de su elección, para que este acepte o renuncie. El letrado designado deberá de acudir al lugar donde se encuentre detenido en el menor tiempo posible, en un máximo de ocho horas, computadas a partir del momento en el que recibe la comunicación. En caso de que transcurriese el tiempo establecido y este no se personase, podría procederse a la declaración del detenido o reconocimiento del mismo, lo que supondría a juicio de la doctrina una vulneración de esta garantía constitucional²²².

Este derecho de asistencia letrada es hoy en día un derecho irrenunciable, salvo en dos ocasiones; la primera en aquellos casos en los que el detenido lo es por un delito contra la seguridad vial y la segunda, si transcurridas ocho horas desde la comunicación al colegio de abogados no acudiese de manera injustificada ningún letrado al lugar donde el detenido se encontrase, en estos casos podrá procederse a practicar la declaración o bien el reconocimiento de la persona privada de libertad, si este lo consintiera.

aquellos o se tenga que intentar interponer algún recurso que supusiese la perceptiva participación de los mismos de manera indispensable.

²²⁰ SOLDADO GUTIÉRREZ, José. *El derecho del detenido a la asistencia letrada*. Justicia, 1989, núm III, pág.603.

²²¹ STC 196/1987, de 12 de Diciembre, FJ 4º.

²²² GONZÁLEZ AYALA, María Dolores. *Las garantías constitucionales...op.cit...* pág.96. El hecho de que por no haberse presentado el letrado, el detenido pueda aceptar que se le practique el interrogatorio o se practiquen ciertas diligencias, es situar su derecho de defensa por debajo de los límites constitucionales. Siguiendo la idea la Constitución, lo lógico sería reiterar la comunicación y acompañarla de un apercibimiento legal del delito de denegación de auxilio y/o comunicarlo al juez de instrucción para que procesa a hacer lo que crea conveniente y correspondiente”.

Lo más relevante de esta garantía es que su ignorancia supondría la nulidad de todas aquellas pruebas que se hayan obtenido a raíz de la violación del derecho fundamental de asistencia letrada²²³. A modo de ejemplo, el TC en el año 1994, anuló una sentencia que imponía al autor una pena de privación de libertad de 30 años por un delito de robo con homicidio. Dicha sentencia solamente se fundaba en la confesión que realizó el autor ante un agente de la Guardia Civil, pero tal declaración se llevó a cabo sin la correspondiente asistencia letrada. Por eso, y una vez que se comprobó el hecho de que se había solicitado el asesoramiento de un letrado después de más de treinta y seis horas desde que se produjo la detención, el tribunal supremo dio por anulada el fallo de condena porque la prueba en la que se basaba el mismo había sido obtenido violando derechos fundamentales²²⁴.

Por último es importante destacar, que el derecho que ostentan los detenidos de asistencia letrada se va a ver limitado en aquellos casos en los que se haya establecido la incomunicación, es decir, el derecho que posee de ser asistido de manera libre o a través de oficio y a entrevistarse de manera privada con él tras haber prestado la declaración se verá limitado en los supuestos en los que se haya decretado la incomunicación, y así ha sido manifestado por el TC en una de sus sentencias²²⁵.

De aquí es de donde se deduce que la libre designación de letrado, salvo situaciones de carácter muy excepcional que permitan su restricción, recogidas por ley y adecuadas para su fin, siempre que sea constitucionalmente lícito, debe siempre de primar por encima de la designación de oficio. En nuestro ordenamiento jurídico la única situación que permite imponer de manera taxativa una designación de oficio en contra de la voluntad del sujeto será cuando sobre el sujeto se haya acordado la incomunicación, cuya constitucionalidad ha sido declarada por el Tribunal, en virtud de la ponderación del derecho a la asistencia de un abogado del art.17.3 CE con la respectiva y necesaria protección de otros bienes constitucionalmente reconocidos.

²²³ Tal y como establece el art.11.1 de la ley orgánica del poder judicial.

²²⁴ GARCÍA MORILLO, Joaquín. *Algunas consideraciones sobre la detención...* op.cit...pág.771.

²²⁵ STC del TC 339/2005, de 20 de Diciembre, FJ 5º, recoge que el derecho a la asistencia de abogado interpretado por imperativo del art.10.2 CE y de acuerdo con el art.6.3 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos, así como con el art.4.3 del Pacto internacional de derechos y libertades, es en principio, y sobre todo, el derecho a la asistencia de un letrado de la propia elección justificable, lo que supone de manera esencial que éste pueda encomendar su asesoramiento y representación a quién crea que merece su confianza y crea que es más adecuado para guiar su defensa.

4.2.3 Derecho a ser reconocido por un médico forense

El sujeto detenido también va a ostentar el derecho de ser reconocido por un médico forense o su institución, o en su caso, por el facultativo del lugar o institución en la que se halle en el preciso momento o por cualquier otro que esté vinculado al estado o a otra administración pública. Este derecho también supuso una novedad en la Ley orgánica 14/1983, de 12 de Diciembre. Su precedente lo establecen los arts.64.5 y 6 del CP Francés. Pero la gran es que en el ordenamiento jurídico Francés se recoge que la persona privada de su libertad será reconocida por el médico que el Ministerio Fiscal le haya designado.

Se trata de un derecho que pese a no estar literalmente reconocido en la CE como garantía de la detención, sí que se puede derivar de lo dispuesto en el art.15 de la misma donde se establece el derecho a la integridad física y psíquica o mental, insistiendo además en una prohibición de las torturas y los tratos degradantes e inhumanos, y por otro lado en el art.10 de la CE, que se reconoce la dignidad de la persona y su listado de derechos inviolables²²⁶.

Aquel sujeto que durante el tiempo que dure la detención sea objeto de condiciones o tratos que por su carácter, duración u otras circunstancias, pudiesen ocasionarle algún tipo de sufrimiento mental o físico, que le menoscaben sus capacidades psicomotrices o de raciocinio, o bien que en definitiva atenten contra su dignidad, ostentarán el derecho a interponer el habeas corpus. Otro supuesto que se puede dar será para aquellos casos en los que a consecuencia de un elevado número de preguntas o un interrogatorio muy prolongado en el tiempo se perdiera la serenidad o el juicio, el proceso de declaración deberá de suspenderse, concediéndole el tiempo que se necesario para que recupere todas sus capacidades tanto físicas como psíquicas, para poder retomarlo de manera legítima²²⁷.

Ante una falta de pronunciamiento por parte de la ley respecto del momento en el que se deberá de realizar el reconocimiento, tomaremos como referencia lo expuesto por GONZÁLEZ AYALA, que recoge que sería conveniente realizarlo en dos momentos, bien acto seguido a que se produzca la detención y antes de que se lleve a cabo el interrogatorio, para poder comprobar en qué condiciones físicas se encuentra el detenido o bien

²²⁶ GÓMEZ DE LIAÑO, Francisco. *El proceso penal, tratamiento jurisprudencial*. Forum, 1992, pág.

²²⁷ Ni la ley ni la doctrina establecen un momento ni un tiempo exacto para que se proceda ni al reconocimiento ni a la identificación del mismo debido a los motivos anteriormente expuestos, dejando un margen de libertad, siempre dentro de unos límites, para que se proceda a los mismos para que se realicen de manera correcta.

previamente a que se entregue al mismo ante la autoridad judicial correspondiente, con el fin de asegurar la inexistencia de torturas o tratos degradantes e inhumanos²²⁸.

4.2.4 Derecho a la comunicación: la incomunicación

Dentro de la detención es importante manifestar la posibilidad de evitar perjuicios acordando, por parte del Juez y con carácter excepcional, la incomunicación del sujeto privado de libertad. Más concretamente, tal y como recoge la LECRim en su art.520 bis, este supuesto hace referencia excepcionalmente a aquellos supuestos en los que los sujetos que hayan sido objetos de la detención pertenezcan o estén vinculados a bandas armadas o terroristas. Para estos casos el juez o tribunal correspondiente deberá de dictar una resolución fundamentada en la que se procederá a la incomunicación durante un plazo de veinticuatro horas.

El tribunal Constitucional justifica esta medida por su especial carácter o la gravedad de ciertos actos delictivos o por aquellas circunstancias tanto objetivas como subjetivas que concurran en los detenidos y que ello conlleve que las diligencias de investigación que deban de realizarse tengan una naturaleza con cierto secretismo, con el fin de evitar que ciertas personas ajenas a la investigación tengan conocimiento de las mismas y puedan entorpecer las mismas, con la ocultación o manipulación de pruebas, por ejemplo²²⁹.

Desde el preciso momento en el que el juez o tribunal correspondiente solicite esta medida, el detenido quedará inmediatamente incomunicado, a la espera de una resolución judicial, durante un plazo máximo de veinticuatro horas. El efecto directo que se deriva de esta incomunicación es el aislamiento del detenido que no podrá mantener ningún tipo de

²²⁸ Así lo expresa GONZÁLEZ AYALA, María Dolores. *Las garantías constitucionales...* op.cit... pág.126, basándose en lo establecido por la instrucción del Ministerio del Interior el día 11 de Junio de 1981, en lo referido a la asistencia facultativa que ha de recibir el detenido, considerando que la imagen de los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado se estaba “ensuciando” por la existencia de algún caso (aislado) de tratos degradantes e inhumanos a algún detenido. Esta visión enturbiada que se les estaba asignando estaba precedida de una campaña que venía de manos de la opinión pública que saco a la luz una serie de noticias falsas y reiteradas sobre denuncias a la autoridad por este tipo de asuntos, en los que supuestamente se incumplían algunos de los derechos que ostentan los detenidos.

²²⁹ La STC 196/1987, de 12 de Diciembre, expone que en base a esto, la LECRim le concede al poder judicial la competencia exclusiva para poder establecer la circunstancia de incomunicación en el detenido. Hay que recordar que esta medida tiene carácter excepcional, tendrá una duración breve de tiempo y la finalidad de aislar al sujeto detenido de las comunicaciones con sus relaciones personales del exterior, que puedan ser utilizadas como el medio a través del cual se de noticias de la investigación y esto suponga una dificultad para el éxito de la misma.

contacto con el exterior ni tampoco podrá designar un abogado de manera libre y voluntaria, sino que se le nombrará uno de oficio²³⁰.

Por un lado, el derecho de defensa que ostenta le permitirá asistir a todas aquellas diligencias o actuaciones periciales que la LECRim le permita, siempre que su presencia en las mismas no suponga agravio o daño. Por otro lado, el sujeto detenido bajo régimen de incomunicación no tendrá derecho a recibir visitas ni tampoco a hacer uso de la correspondencia, no obstante dispondrá de todos los derechos que se recogen en el art.520 de la LECRim, aunque modificados por el art.527 de la misma ley²³¹.

Lo que se persigue principalmente con la adopción de esta medida es minimizar el riesgo que pueda existir de que se deteriore la investigación por la pérdida u ocultación de medios y objetos de prueba, por la existencia que pudiera existir entre los comunicantes para tales fines, y por último, que se alcance el máximo nivel de efectividad en la lucha jurídica frente al terrorismo y al crimen organizado²³².

Por último, y como bien ha expuesto el Tribunal Constitucional, la incomunicación es algo más que una grado mayor de intensidad de la pérdida de libertad, dada la situación que se deriva de la incomunicación para los derechos del detenido, y por ello no es de aplicación por parte de la doctrina las medidas que son solo modificaciones de una detención legal una vez que ha sido negada la libertad, ya que la libertad personal admite diversas formas de restricción en base a su distinto grado de intensidad²³³.

4.2.5 El derecho al *habeas corpus*

²³⁰ Han sido muchos los estudios por parte de la Doctrina sobre si esta circunstancia de incomunicación sobre un sujeto detenido podría incidir en el contenido básico y esencial de su derecho a asistencia letrada o si por el contrario, se trataba de una simple excepción para ciertos supuestos que para nada afectaban a la esencia de ese derecho fundamental. De hecho, la sala de lo contencioso-administrativo de la audiencia de Pamplona interpuso una cuestión por supuesta inconstitucionalidad de este precepto por vulnerar la esencia de ese derecho fundamental de asistencia letrada, que viene expresado en el los arts.17.3 y 24.2 de la CE. El tribunal Constitucional resolvió esta cuestión declarando que este precepto que se pretendía impugnar si era constitucional.

²³¹ Su letrado deberá ser asignado de oficio y bajo ningún concepto podrá designarlo el detenido de manera voluntaria. Tampoco le corresponderá el derecho a que se le comunique su detención a ninguna persona o familiar que él quiera y tampoco podrá entrevistarse de en privado con su abogado una vez que se hubieran llevado a cabo las diligencia correspondientes.

²³² Así opina GÓMEZ COLOMER, José Luis. *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*. Barcelona, 1983, pág.23.

²³³ STC 196/1987, de 16 de Diciembre, FJ 5.

El punto final a la protección de los derechos del detenido lo establece este derecho, cuya configuración del proceso se remite a la ley, y está enfocado a asegurar la defensa del derecho a la libertad personal a través de la inmediata puesta ante el juez de aquellos que hayan sido detenidos de manera ilegal. Este derecho no viene configurado en el párrafo 3º del artículo 17 de la CE ni en el art.520 de la LECRim, sino que se recoge y reconoce en el artículo que regula el derecho a la libertad personal. Esta institución condiciona al juez a regular y controlar su desarrollo, otorgándola una naturaleza jurisdiccional rápida y eficaz ante los eventuales supuestos de detenciones ilegales²³⁴

Más concretamente, la exposición de motivos de la LO 6/1984, de 24 de Mayo, que regula este proceso de *habeas corpus* concreta que su finalidad es “la comparecencia del detenido ante el juez, comparecencia de la cual se deriva el nombre del procedimiento, y que le concede la posibilidad al sujeto que ha sido privado de libertad de exponer o manifestar sus alegaciones contra los motivos o causas que han fundamentado su detención o sobre las condiciones que envuelven a la misma, con el objeto de que el juez resuelva conforme al derecho de la detención”. La constitución española enlaza de este modo con un sistema de garantías que no ha sido novedoso ni desconocido en nuestra historia judicial y política, ni tampoco a nivel de derecho internacional comparado, de donde precisamente proviene este término²³⁵.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el *habeas corpus* aparece conformado por una esencia dual que le caracteriza con una posición especial con respecto al resto de derechos y garantías de la detención, y le otorga una serie de características que le hacen encajar de manera complicada en un ámbito ordinario protector de la detención. Por un lado, es un derecho-garantía específico para las detenciones que son contrarias a derecho. En este sentido, se clasifica como uno más de los derechos que la constitución manifiesta en su art.17. Pero por otro lado, tiene una particularidad. Y es que, tal y como señala el TC, a través de este procedimiento se abre un medio para la protección de los derechos

²³⁴ BARONA VILAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia, octubre de 2015, pág. 282. Dispone que es una institución con orígenes anglosajones y con numerosos antecedentes en el Derecho histórico español, concretamente, en el llamado “recurso de manifestación de personas” del Reino de Aragón y los posibles supuestos de detenciones ilegales del Fuero de Vizcaya, entre otros. Estos orígenes hacían referencia a un sistema supuestamente eficaz para proteger y tutelar la libertad de las personas ante las posibles extra limitaciones de los agentes del poder público.

²³⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Comentarios a la constitución de 1978: el “habeas corpus” del art.17.4 y la manifestación en personas*. Revista administración pública, nº88, 1997, pág.7 y ss. Manifiesta que sin ningún lugar a duda el origen de esta protección al derecho de la libertad personal, es el *habeas corpus* inglés. Nació en el common law británico para intentar tutelar y proteger la administración de justicia. Surge pues como la posibilidad que tenían las personas de presentar ante los jueces de los detenidos a fin de que se juzgase la legalidad de su privación de libertad.

sustantivos recogidos en el resto de apartados del art.17, que permite que se cese de manera inmediata con aquellas situaciones que son irregulares en la privación de libertad²³⁶.

En cuanto su caracterización como garantía procesal es importante aclarar que está configurado como un proceso especial y preferente, pero que no se trata de un recurso²³⁷, sino que a través de él se solicitará al órgano jurisdiccional correspondiente un restablecimiento del derecho a la libertad que ha sido dañado por una detención ilegal²³⁸.

Otra especialidad jurídico-procesal que presenta este proceso y que no debemos pasar por alto es su rapidez y preferencia, ya que para su eficacia se dispone que se ha configurar como un procedimiento lo suficientemente rápido como para que se consiga de manera casi inmediata una resolución judicial que verifique las condiciones de la detención y que además sea lo suficientemente sencillo como para que puedan acceder al mismo todas las personas sin ningún tipo de complicación innecesaria.

En cuanto a los presupuestos y requisitos que se exigen en nuestro ordenamiento para que se dé la posibilidad de plantear un procedimiento *habeas corpus* son los siguientes:

-En primer lugar ha de *existir una detención*, y será preciso en cuanto a ello matizar que se entiende por detención. La jurisprudencia constitucional, pese a no coincidir plenamente en la definición de la misma, la entenderá como aquella situación de privación o restricción de la libertad personal que se consideren admitidas en base a lo recogido por el art.17 CE. De este modo hemos de incluir también, además de las detenciones, los arrestos disciplinarios como sanción disciplinaria²³⁹, el internamiento forzoso en centros especializados a enfermos psíquicos, la detención de personas extranjeras para su posterior

²³⁶ Dicho de una manera más clara y explícita el procedimiento de *habeas corpus* es una garantía procesal especial prevista por la CE para proteger el derecho fundamental a la libertad personal.

²³⁷ Tal y como recoge DE DIEGO DíEZ, Luis Alberto. *Hábeas corpus frente a detenciones ilegales*. Colección jurisprudencia práctica, nº123, Madrid, 1997, no estamos hablando de un recurso, ya que no posee efectos devolutivos y no es perceptivo contra resoluciones judiciales que limitan el derecho a la libertad personal.

²³⁸ PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. *Tratados y manuales...op.cit...* El TC ha considerado que el control que debe efectuar el juzgado correspondiente está limitado a la «regularidad o legalidad en el sentido del art. 5, apd. 1 y 4 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y del art. 17.1 y 4 CE. El objeto del presente proceso de amparo ha de entenderse reducido a examinar si, como sostiene el demandante, la persona internada, cuya libertad se defiende, se encuentra ilegalmente detenida o internada.

²³⁹ La STC 98/1986 manifiesta que también se han de incluir para estos casos los arrestos domiciliarios ya que suponen de manera inequívoca una privación de la libertad, y que por ello, podrán ser susceptibles de procedimiento *habeas corpus*.

expulsión y la identificación en dependencias policiales²⁴⁰. No debemos de olvidarnos aquí de aquellas situaciones de detención e internamiento de menores que hayan sido acordadas por el Ministerio Fiscal y también la de aquellos sujetos sospechosos de ser portadores de enfermedades contagiosas.

-El segundo requisito que se viene exigiendo es que exista una privación de la libertad que sea contraria a derecho, es decir, ilegal, que vendrá determinada por que concurren algunas de las circunstancias que se recogen en el art.1 de la Ley²⁴¹. En definitiva, la ilegalidad en el *hábeas corpus*, supone todos aquellos supuestos en que se produce una privación de libertad en la manera o la forma en la que se vulneren los derechos fundamentales que están vinculados a la libertad personal que ostenta la persona.

-El tercer requisito que ha de concurrir es que la detención no haya sido llevada a cabo por una autoridad judicial. Esto es así porque se supone que si la detención ha sido ordenada por un juez o tribunal es porque el sujeto que ha sido privado de libertad ya está a disposición judicial. El procedimiento de *hábeas corpus* no está ideado para estos casos, sino precisamente para aquellos que no tienen su origen en una resolución dictada por un juez²⁴².

Si se da la situación de que se cumplen estos tres requisitos, se procederá a interponer la correspondiente solicitud por parte de los legitimados para ello, que deberán de manifestar que existe una situación de irregularidad y que presentan interés en que se investigue sobre ella. Para aquellos casos en los que la solicitud se realice por parte del detenido, esta se deberá de solicitar, aunque sea verbalmente, al funcionario o autoridad del que dependa, o que le tenga bajo su custodia, el cual está obligado a la inmediata traslación de esa solicitud a la autoridad judicial, bajo amenaza de responsabilidades penales. Si la solicitud fuese presentada por cualquier otro legitimado conllevará una serie de formalidades²⁴³.

²⁴⁰ Todo el sistema de protección judicial de la libertad personal, defenderá al afectado por estas medidas de identificación frente a todas las posibles desvirtualizaciones de su sentido y frente a una abusiva prolongación en las dependencias policiales.

²⁴¹ Estas circunstancias, de manera resumida, son; las que se llevasen a cabo por un agente o autoridad sin que concudiesen los supuestos legales o sin cumplirse la formalidades requeridas, las que estén ilícitamente internadas en cualquier lugar o establecimiento, las que tuviesen lugar en un plazo superior al señalado por la ley o las que fuesen llevadas a cabo sin respetar los derechos y las garantías protegidas por la constitución y por las leyes procesales.

²⁴² Esto se confirma a través del hecho de que la garantía que el *hábeas corpus* pretende es la puesta a disposición judicial, tal y como el art.17.4 de la CE indica.

²⁴³ Si la solicitud se formula por cualquiera de los demás legitimados, ha de contener una serie de datos:
a) El nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo

Una vez presentada la solicitud el juez de instrucción procederá a su examen, dando traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Aunque en la ley se establezca que el juez deberá de pronunciarse “inmediatamente”, no será perceptivo que lo haga sin haber consultado antes al Ministerio Fiscal. De este examen podrá el Juez entender que concurren o no concurren los requisitos que justifican que la solicitud se admita. Contra dicha resolución no cabe ningún recurso²⁴⁴.

Si considera que si es procedente la solicitud y que sí se ha vulnerado el derecho fundamental a la libertad, deberá de proceder a la incoación del preso y a adoptar alguna de las siguientes medidas: En los casos en los que considere que la detención ha sido ilegal, deberá ordenar la puesta en libertad del sujeto. Si el desarrollo de la detención se ha llevado a cabo a través de procedimientos de extraña naturaleza ordenará que continúe esa detención pero en la forma correcta que le corresponde o que se ponga a disposición del juez o tribunal correspondiente al detenido en aquellos casos en los que se haya excedido el plazo de la detención²⁴⁵.

4.3 Garantías procesales que se derivan del interrogatorio policial

Además de los anteriormente citados derechos del detenido, también existen una serie de garantías, de naturaleza ordinaria, que han de darse en todos los interrogatorios que se le practiquen al sujeto detenido, bien sea ante miembros de la policía, ante el juez encargado de la instrucción o ante la audiencia, ya en el desarrollo del juicio oral. Estas garantías vienen recogidas en los arts.297, 388 y 405 de la LECRim y son:

-La prohibición de utilizar actos o medios de investigación que no estén permitidos por la ley, lo que supondrá que los funcionarios de la policía deberán de evitar utilizar medios

judicial. b) El lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona, bajo cuya custodia se encuentre, si fueren conocidos, y todas aquellas otras circunstancias que pudieran resultar relevantes. c) El motivo concreto por el que se solicita el *Hábeas Corpus*. Sin embargo, en atención a la pretensión que se formula y a la gravedad y urgencia de la situación, la ley es especialmente anti formalista pues no exige la intervención de los profesionales técnicos.

²⁴⁴ Destaca MARTÍN OSTOS, José de los Santos. *El Hábeas Corpus en España. Realismo jurídico y experiencia procesal*. Barcelona, 2009, pág.757, que este procedimiento en la práctica es muy poco frecuente, menos de lo que se esperaba cuando fue creado, aplicándose sobre todo en el ámbito de la inmigración ilegal.

²⁴⁵ PÉREZ CRUZ-MARTÍN, Agustín Jesús. *Derecho procesal Penal, Tercera Edición*. Pamplona, 2014, pág.459. Dispone también que para aquellos casos en los que el juez de instrucción considere que se ha dañado el derecho fundamental de libertad individual como consecuencia de una detención ilegal, deberá de solicitar que se practiquen los testimonios de los particulares con el fin de llevar a cabo las medidas penales correspondientes.

de averiguación que la ley prohíba expresamente²⁴⁶. También se prohíbe expresamente utilizar contra el procesado cualquier tipo de amenaza o coacción con el fin de obtener un testimonio²⁴⁷.

-Las garantías que tienden a garantizar el carácter espontáneo del interrogatorio, esto supondrá que las preguntas que se realicen durante el mismo deberán de ser directas, no pudiendo utilizarse preguntas capciosas o sugestivas. Deberá de suspenderse el interrogatorio si por ciertas circunstancias, como la excesiva prolongación del mismo, el sujeto detenido presentase síntomas de fatiga, retomándose el mismo a partir del momento en el que el mismo consiguiese recuperarse.

Se le permitirá poner de manifiesto todo aquello que crea oportuno y favorable para su defensa, debiéndose recoger en acta. Finalmente, el detenido ostenta el derecho de poder leer por sí mismo la declaración que ha prestado o si fuese necesario, solicitar que se le lea, antes de ratificarla.

²⁴⁶ Como medios prohibidos debemos de entender también aquellos que vengan directamente derivados de la rama de la medicina, como los sueros de la verdad, la hipnosis, etc. Y cuya utilidad haya sido desterrada de nuestro ordenamiento directamente por la doctrina del Tribunal Constitucional, aun cuando el imputado acceda voluntariamente a someterse a sus efectos.

²⁴⁷ Lo mismo cabe afirmar respecto a las confesiones de personas que se encuentren en situación de drogadicción y se les prometa determinadas sustancias con el fin de combatir el síndrome de abstinencia, tampoco se tendrán como válidas.

Conclusiones

En este análisis se ha manifestado que la detención es una medida cautelar que requiere una serie de regulaciones y normativas propias y particulares, ya que incide de una manera directa sobre uno de los derechos fundamentales de los individuos, la libertad, para que pueda remediar todas aquellas situaciones que se deriven de ella. Por eso, a la hora de adoptar esta medida cautelar, los órganos jurisdiccionales encargados de ella deberán de hacer especial referencia a las siguientes cuestiones:

1) Concepto y naturaleza

La detención supone una transitoria delimitación de la libertad de un individuo que es sospechoso de haber cometido un delito. Esta medida cautelar puede ser adoptada por diversas autoridades; la policial, la judicial y fiscal, e inclusive, por ciudadanos particulares en ciertos supuestos, teniendo como finalidad principal, la puesta a disposición judicial, para que el juez o tribunal competente valore si elevará dicha detención a prisión o si por el contrario, acordará su libertad.

Esta medida constituye una medida cautelar de carácter personal, pero además tiene un carácter muy provisional, ya que la duración de la misma es más breve que el resto de medidas, ya que no podrá superar las setenta y dos horas. Este carácter preventivo viene destacado y recogido en el artículo 17 de la Constitución Española.

Es importante poner de relieve la necesidad de vinculación de la detención a la comisión de un delito por parte de una persona, recogiendo el artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que “No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle”.

2) Principios informadores y presupuestos

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ponen de relieve la importancia de que en la adopción de las medidas cautelares deben incidir las características de legalidad, jurisdiccionalidad, instrumentalidad y, sobre todo, la provisionalidad, a la hora de adoptar cualquier clase de medida cautelar debido a su naturaleza carácter provisional.

El significado fundamental de estas características aplicadas a la práctica suponen que deberán ser adoptadas por el órgano jurisdiccional correspondiente, teniendo que estar sujetas a un procedimiento penal que esté en curso y debiendo de permanecer siempre y cuando existan los presupuestos en los que se fundamentan.

Al tratarse pues de una restricción del derecho fundamental a la libertad, la detención es una medida que deberá de ser acordada únicamente en aquellos supuestos en los que sea rigurosamente necesario y siempre que no exista la posibilidad de adoptar otras medidas o soluciones que tengan un carácter menos gravoso. Esta norma se recoge en el artículo 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reformada por la Ley Orgánica 13/2003.

La legitimación constitucional de esta medida cautelar requiere que, tanto en su adopción como en su aplicación, existan una serie de atisbos lógicos y racionales de la comisión de un acto delictivo. Este presupuesto es el denominado *fumus boni iuris*, que constituye un acto arbitrario que prejuzga al imputado, lo que supone que deducirse como muy probable tanto la imputación como su autoría, para que se pueda adoptar cualquier medida cautelar. El segundo presupuesto que se exige para la adopción de esta medida es el llamado *periculum in mora*, que supone la existencia de un peligro de fuga por parte del imputado, o en su caso, de la disposición del patrimonio en caso de daño en el futuro cumplimiento de la sentencia. Cuanta mayor gravedad revista el hecho delictivo objeto de imputación, mayor peligro de evasión personal o patrimonial existirá.

Jurisprudencia y doctrina establecen que para tasar la conjunción o no de los motivos requeridos por la ley para la adopción de estas medidas, será preciso tener en cuenta varias circunstancias, tales como; la gravedad de las penas impuestas por los delitos cometidos, el carácter de los delitos, nivel de violencia, conductas previas del

detenido, etc. Por ejemplo, en aquellos casos en los que el individuo privado de libertad reside en el estado Español desde hace poco tiempo, no posee un domicilio fijo y no ha enseñado ningún documento oficial que acredite su arraigo con España, nos encontraremos con un caso claro de especial riesgo de fuga.

3) Competencia y procedimiento para adoptarla

En los casos en los que se cumplan los requisitos exigidos por la Ley de enjuiciamiento Criminal, y siendo una situación en la que se exija su establecimiento por no existir otra medida menos gravosa que garanticen la presencia del imputado en el juicio y por su riesgo de fuga o comisión de otros hechos delictivos similares, se procederá la detención.

La detención se efectuará cuando alguien intente cometer un delito, en el momento de disponerse a cometerlo, en el momento de estar cometiendo el delito (delincuente *in fraganti*), cuando el individuo ya ha sido procesado o condenado y se encuentre en situación de rebeldía (no ha acudido a los llamamientos judiciales) o cuando el individuo se haya fugado (del establecimiento penal donde esté cumpliendo condena, de la cárcel donde esté esperando el traslado hacia el lugar donde deba cumplir condena o durante el trayecto o estando detenido o preso por una causa pendiente contra él).

La detención podrá efectuarse por un particular, siempre que justifiquen la misma porque consideren que se ha llevado a cabo alguno de las anteriores situaciones expuestas. Son, en definitiva, supuestos de comisión inmediata de un delito, o de fuga de detenidos, presos o condenados, o personas imputadas, acusadas o condenadas que se encuentran en rebeldía, es decir, sin paradero conocido y sin poderse realizar con los mismos las diligencias necesarias del procedimiento. La detención producida en cualquier otro supuesto distinto de los anteriores, podría dar lugar a la comisión de un delito de detención ilegal

La detención puede ser practicada por la policía, y a diferencia de la realizada por un particular, en éste supuesto se trata de una obligación. Lógicamente, se amplía el abanico de supuestos en los que se permite realizar la detención. Así, el artículo 492 de dicha Ley procesal penal, prevé como supuestos los siguientes: 1º) A cualquiera que se

halle en alguno de los casos del artículo 490, 2º) Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional (Conforme a la Disposición Transitoria 11ª del Código Penal, debe entenderse que dicha pena es de prisión de seis meses a tres años), 3º) 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, salvo que preste fianza bastante, 4º) Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que existan motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, y que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

También tendrán competencia para realizar la detención las autoridades judiciales durante la tramitación de un procedimiento penal. Ahora bien, dicha detención, puede proceder de diversas circunstancias: 1) Por incomparecencia de una persona que haya sido citada a declarar (artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o persistencia del testigo en no comparecer a un llamamiento judicial (artículo 420 LECrim), 2) Por acordarlo de motu proprio en el seno de un procedimiento penal por existir una imputación contra una determinada persona (artículo 494 LECrim, artículo 497 LECrim, párrafo 2, y artículo 763 LECrim), para ejecutar una sentencia privativa de libertad, o por cometerse un delito durante una vista judicial (artículo 684 LECrim, párrafo 4º), 3) O acordarse una nueva detención, que viene a ser una prolongación de la ya acordada por la policía, para cuando por ejemplo, para resolver sobre la prisión o libertad resulta necesaria la práctica de diligencias, o en algunos supuestos en que el procedimiento y el detenido son puestos a disposición del juez que no es competente para conocer del mismo (así se prevé en el artículo 498 de la citada ley procesal, que menciona, entre otros, el supuesto de detenido o preso fugado con proceso pendiente).

4) Duración máxima de la medida

Es importante hacer referencia a este dato, ya que el incumplimiento del plazo supondría efectos negativos. Partiendo del principio de que la detención no debe durar más allá del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, el periodo máximo de duración de la misma no puede superar el de las 72 horas, debiendo ser puesto en libertad o a disposición

judicial (artículos 17.2 de la Constitución, y artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)

Ahora bien, tratándose de delitos de terrorismo, cabe que la detención pueda prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes (artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En la declaración del Estado de Excepción, la detención puede durar hasta diez días (artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio).

5) Derechos y garantías del detenido

Uno de los pilares fundamentales de la detención, son los derechos y garantías que ostenta el detenido ante esta situación. Estos derechos vienen implícitos en el acto de la detención, y el sujeto privado de libertad podrá disfrutar de ellos desde el inicio de la misma.

En primer lugar nos encontramos con el derecho a ser informado, de manera que lo pueda comprender, de los motivos y hechos delictivos que han originado la detención y razones que han dado lugar a la misma. Al detenido además le asisten los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo ni declararse culpable.

En segundo lugar, el detenido tendrá derecho a ser asistido por un abogado que esté presente en las declaraciones o en cualquier reconocimiento del que el detenido sea objeto. Podrá elegirse de manera libre, y de no ser así se le designará un letrado de oficio, que deberá acudir al lugar donde se encuentre el detenido en la mayor brevedad posible.

Los familiares o personas que el detenido señale, podrán ser avisadas del hecho de la detención y del lugar en el que se encuentre el detenido en cada momento. En caso de que sean extranjeros, podrá enviarse comunicado a la oficina consular de su país.

En caso de que la persona privada de libertad no conozca el idioma español o tenga problemas de audición y lenguaje, tendrá derecho a ser asistido por un intérprete que le facilite la situación, así como derecho a ser reconocido por un médico si así lo solicitase y fuese necesario.

Hay que recordar que en aquellos casos en los que el detenido sea menor de edad o incapacitado, la autoridad que ostente la custodia del detenido deberá de informar de los derechos a aquellas personas que posean la tutela, patria potestad o guarda del menor o incapacitado, y en caso de no ser posible, se deberá de dar parte al Ministerio Fiscal.

Bibliografía

Bibliografía

Monografía, artículos e informes:

AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Los límites de los derechos fundamentales”. Revista Centro de estudios Constitucionales, nº14, 1993.

ALMAGRO NOSETE, José, TOMÉ PAULE José. Lecciones de derecho procesal. Madrid, 2º edición, 1999.

ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. Notas sobre las líneas de reforma de las medidas cautelares personales y de evitación de delitos en el proceso penal. Justicia, 2015, nº1.

ANDREU MIRALLES, Fernando. Entrega pospuesta o condiciona. El estado de tránsito. 2006.

ARANGÜENA FANEGO, Coral. La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 2 y 3 de 14 de Marzo de 2003 de transposición al ordenamiento jurídico español de la decisión marco euroorden”. Revista de Derecho penal, 2003, nº 10.

ARCILA SALAZAR, Beatriz. Las medidas cautelares en el procedimiento ambiental. Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Vol. 12, Nº. 23, 2013.

BANACLOCHE PALAO, Julio. La libertad personal y sus limitaciones. Madrid, 1996.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Publicación Grandes tratados. Tratado de Derecho Procesal Penal BIB 2009\1713, Mayo de 2009. ISBN 978-84-9903-170-5.

BARONA VILAR, Silvia. ¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?. Poder judicial, núm. Especial 2006.

BARONA VILAR, Silvia. Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal. Valencia, octubre de 2015.

BAUTISTA SAMNIEGO, Marilou. Aproximación crítica a la orden europea de detención y entrega. . Granada, 2015.

BONEVILLE, De Marsagny. De la detención preventiva y de la libertad provisional. Revista general de legislación y jurisprudencia, vol.4, núm.8.

BUTRÓN BALIÑAS, Pedro. Incidencia de alarma social en la adopción de la prisión provisional (comentario a la sentencia del Tribunal constitucional 98/1997, de 20 de Mayo). Poder Judicial, núm.50.

C. PENÍN ALEGRE, Clara, en La Orden europea de detención y entrega, Manuales de Formación Continuada, nº42, 2008.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. 1936.

CASTILLO BLANCO. A. Fernando. “La ley de seguridad ciudadana: reflexiones de algunos puntos controvertidos”. Revista administración públicas, nº130, 1999.

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. Procedimiento español de emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega. Pamplona, 2005.

CHAMORRO BERNAL, Francisco. La tutela judicial efectiva. Editorial Bosch, Barcelona, 1994.

CONIGLIO, Antonio. “Il sequestro giudiziario e conservativo”, 3ª Edición. Milano 1949.

CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. Novedades legislativas en materia de maltrato doméstico, propuestas de investigación. Estudios penales en recuerdo de Luis Felipe Antón, Valencia, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho procesal penal. Valencia, 2015.

DE DIEGO DÍEZ, Luis Alberto. Hábeas corpus frente a detenciones ilegales. Colección jurisprudencia práctica, nº123, Madrid, 1997

DE PRADA SOLAESA, José .La orden de detención y entrega europea, 2006.

DE TOMÁS MORALES, Susana. y VAQUERO LAFUENTE, Esther. El día de Europa: la Europa de los 25: contribuciones a las III Jornadas en conmemoración del Día de Europa de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 6 y 7 de mayo de 2004. 2005.

DEL AMO RUBIO, Jaime. La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante Ley 27/2003 de 27 de Julio, en actualidad penal. Nº42.

ESCALANTE CASTARROYO, José. Constitución Europea y Constitución Española. 2008.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. Comentarios a la constitución de 1978: el “habeas corpus” del art.17.4 y la manifestación en personas. Revista administración pública, nº88, 1997.

FIORAVANTI, Maurizio. Los derechos fundamentales; Apunte de historia de las constituciones. Madrid, 1996.

FONT SERRA, Eduardo. La acción civil en el proceso penal. Madrid. 2002.

FUERTES LÓPEZ, Francisco Javier. Las medidas cautelares. Publicación: Grandes Tratados. Practicum Proceso Contencioso - Administrativo 2015. BIB 2014\3299, Enero de 2014.

GÁLVEZ MONTES, Javier. Comentarios a la Constitución Española de 1978. Madrid, 1997.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. Estudios de derecho público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico. Vol. I Madrid, 1997.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Pamplona, 2004.

GAVILÁN RUBIO, María. La cooperación judicial y policial europea. La orden europea de detención y entrega. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XLVII (2014) 189-208 / ISSN: 1133-3677.

GIMENO SENDRA, Vicente. Derecho procesal penal. Madrid, 2004.

GÓMEZ COLOMER, José Luis. La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal. Barcelona, 1983.

GÓMEZ DE LIAÑO, Francisco. El proceso penal, tratamiento jurisprudencial. Forum, 1992.

GONZÁLEZ ALAYA, María Dolores. Las garantías constitucionales de la detención. Los derechos del detenido. Madrid, 1999.

GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. (Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 2 de Sevilla) Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 801/2010 parte comentario, Pamplona, 2010.

MANZANARES CASTILLEJO, Raquel. El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso penal nº 26 /2011 parte Doctrina.

MARTÍN OSTOS, José de los Santos. El Hábeas Corpus en España. Realismo jurídico y experiencia procesal. Barcelona, 2009.

MARTÍNEZ PARDO, José Vicente. Estudio jurisprudencial sobre la detención de extranjeros. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 19 Enero-Junio 2007.

MONFORTE DOMINGO, José. Publicación: Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 908/2015 parte comentario Cizur Menor. 2015

MONTERO AROCA, Juan. Derecho jurisdiccional III. Proceso penal. Valencia, 2007.

MORENO CATENA, Víctor, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. Derecho procesal penal 5º edición. Valencia, 2011.

MORENO CATENA, Víctor. El proceso penal. DOCTRINA, JURISPRUDENCIA Y FORMULARIOS (VOLUMEN III). Valencia, 2000.

MORENO CATENA, Víctor. La orden de detención en España. Revista del Poder Judicial, nº78, 2005.

MUÑOZ CUESTA, Francisco Javier. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2013 parte Comentario. 2013.

MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una mejor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo. Valencia, 2005.

OTTOLENGHI, Mauricio A. “Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina”. 1946.

PÉREZ CEBADERA, María ángeles. Instrumentos de cooperación penal I: la extradición y la euroorden. Castellón, 2010.

PÉREZ ROYO, Javier. Curso de derecho constitucional. Madrid, 2002.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. Derecho procesal penal 3ª Edición. Pamplona 2014.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. Tratados y Manuales Derecho Procesal Penal. BIB 2010\794, Enero de 2010.

PORTAL MANRUBIA, Josep. Medidas cautelares contra persona jurídica según la nueva reforma del Código Penal. Revista Aranzadi Doctrinal. 2011.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. El proceso penal. Sexta lectura constitucional, 2000.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. Derecho procesal civil VOL.II 3ª Edición. Barcelona 1986.

RAMOS RUBIO, Carlos. Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional. Estudios jurídicos, Ministerio Fiscal, núm.4, 2003.

RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, Carmen. El reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión europea, Abogacía, 2010.

SAAVEDRA RUIZ, Juan. Responsabilidad civil. Publicación: Crónica de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. BIB 2009\4216, Enero de 2009.

SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos. “La reforma del proceso penal (algunas observaciones) en estudios penales y criminológicos VIII”. Santiago de Compostela. 1985.

SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Medidas cautelares frente a autoridades públicas. Derecho administrativo: tendencias actuales. Nº 269-270.

SÁNCHEZ DOMINGO, María Belén. La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega. Revista Penal, nº.24, Julio 2009.

SERRA DOMÍNGUEZ, M. “Teoría General de las Medidas Cautelares”, en Las Medidas cautelares en el proceso civil. Barcelona. 1974.

SOLDADO GUTIÉRREZ, José. El derecho del detenido a la asistencia letrada. Justicia, 1989, núm. III.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy. Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente. Diario la Ley. Madrid, 2013.

Sitios web:

- Ministerio de Justicia

<http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/inicio>

- Revista La razón. Gaceta jurídica

<http://www.la->

[razon.com/index.php?url=/suplementos/la_gaceta_juridica/Caracteristicas-medida-cautelar_0_1720628027.html](http://www.la-razon.com/index.php?url=/suplementos/la_gaceta_juridica/Caracteristicas-medida-cautelar_0_1720628027.html)

- Guías jurídicas Wolters Kluwer

<http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/home/EX0000012720/20080708/Fianza-en-el-proceso-penal>

- Página oficial de La bolsa del Madrid

<http://www.bolsamadrid.es/esp/bolsamadrid/cursos/dicc/e.asp>

- Guía legal i-bogado

<http://iabogado.com/guia-legal/ante-la-justicia-penal/la-responsabilidad-civil-derivada-del-delito>