

Grado en Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de León
Curso 2015/ 2016

**SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y
OTRAS MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO
Y PROTECCIÓN EN EL PROCESO PENAL.**

*Preventive measures and other protective and safety measures in
criminal proceedings*

Realizado por el alumno D. Francisco de Asís Gómez-Bernardo Martínez

Tutorizado por el Profesor D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

ABSTRACT

KEYWORDS

OBJETO DEL TRABAJO

METODOLOGÍA

| | | |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1 | Introducción. | 1 |
| 1.1. | Función cautelar como función jurisdiccional. | 1 |
| 1.2. | ¿Armonía con la Constitución? | 2 |
| 1.3. | Caracteres de las medidas cautelares. | 4 |
| 1.3.1 | El <i>sacrosanto</i> principio de proporcionalidad. | 4 |
| 1.3.2 | Jurisdiccionalidad. | 6 |
| 1.3.3 | Instrumentalidad | 7 |
| 1.3.4 | Provisionalidad y revocabilidad | 7 |
| 1.3.5 | Homogeneidad, ¿identidad con las medidas ejecutivas? | 8 |
| 1.3.6 | Aspecto psicológico. | 9 |
| 1.4. | Tipología dentro de las medidas cautelares. | 10 |
| 1.5. | Presupuestos | 13 |
| 1.5.1 | <i>Fumus boni iuris.</i> | 13 |
| 1.5.2 | <i>Periculum in mora.</i> | 14 |
| 2 | La Prisión Provisional. | 17 |
| 2.1. | Marco jurídico y notas esenciales. | 17 |
| 2.2. | Naturaleza. | 19 |
| 2.2.1 | Medida cautelar | 19 |
| 2.2.2 | Pena anticipada | 20 |
| 2.2.3 | Medida de seguridad. | 23 |
| 2.3 | Fines de la prisión provisional. | 26 |
| 2.3.1 | Fines legítimos. | 26 |
| 2.3.1.1 | Riesgo de fuga. | 27 |
| 2.3.1.2 | Ataque a las fuentes de prueba. | 31 |
| 2.3.1.3 | Evitación de la reiteración delictiva y de los posibles atentados contra bienes jurídicos de la víctima. | 33 |
| 2.3.2 | Fines ilegítimos | 38 |
| 3 | La Detención | 42 |

| | | |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.1. | Concepto y notas esenciales..... | 42 |
| 3.2. | Tipos de detención. Fines de protección y aseguramiento..... | 43 |
| 3.2.1 | Detención por particulares. Relación entre flagrancia y la protección/prevención..... | 43 |
| 3.2.2 | Detención por autoridades o agentes de la Policía Judicial..... | 49 |
| 3.2.3 | Otras detenciones..... | 52 |
| 4 | Medias alternativas a la prisión provisional..... | 56 |
| 4.1. | Medidas relativas a la disponibilidad del encausado. | 58 |
| 4.1.1 | La caución | 58 |
| 4.1.2 | Medios electrónicos de localización..... | 61 |
| 4.1.3 | Prohibición de salida del territorio nacional y prohibición de ausentarse de un ámbito territorial determinado..... | 63 |
| 4.1.4 | Presentación obligatoria y comunicación de los cambios de localización. | 65 |
| 4.2. | Medidas protectoras de la víctima..... | 67 |
| 4.2.1 | Prohibición de aproximación o comunicación. Prohibición de entrada en locales y determinados lugares. Prohibición u obligación de residencia. | 69 |
| 4.2.2 | Suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes | 74 |
| 4.2.3 | Orden de protección | 78 |
| 4.3. | Medidas neutralizadoras de la peligrosidad del encausado..... | 83 |
| 4.3.1 | Inhabilitación para ejercer determinadas actividades..... | 84 |
| 4.3.2 | Obligación de participar en programas educativos o formativos. | 86 |
| 4.3.3 | Obligación de someterse a tratamiento o control médico..... | 87 |
| 4.3.4 | Sometimiento a custodia..... | 88 |
| 5 | Las medidas cautelares personales en el ámbito del Derecho Comunitario..... | 89 |
| 5.1. | Introducción | 89 |
| 5.2 | Orden de protección europea. | 93 |
| 5.3 | Las medidas cautelares personales y la orden europea de detención y entrega. | 96 |
| 5.3.1 | De la extradición a la Euroorden. | 96 |
| 5.3.2 | La relación entre la Euroorden y la adopción de medidas cautelares..... | 98 |
| 5.4. | Resoluciones sobre medidas de vigilancia como forma de sustitución de la prisión provisional..... | 102 |
| 6 | Conclusión y posibles críticas..... | 107 |
| 7 | Bibliografía | 111 |

RESUMEN

Las medidas cautelares personales, pese a ser un instrumento subordinado al proceso penal, juegan en la práctica un papel protagonista, dado a la gran importancia que atesoran tanto para la continuidad y correcto desarrollo del proceso como para el propio encausado. Es por esto por lo que su regulación siempre está en el punto de mira del legislador y la doctrina, buscando continuamente el perfecto equilibrio entre la tutela judicial efectiva y el máximo respeto a la presunción de inocencia y demás derechos fundamentales.

Del mismo modo, comienzan aparecer figuras no encuadrables de lleno en el concepto de medida cautelar, no al menos a primera vista, respondiendo a las cada vez más numerosas demandas por parte de la sociedad de protección y aseguramiento, así como a fines de evitación de la reiteración delictiva. Surge la necesidad de analizar todos estos instrumentos, tanto su objeto y naturaleza, para poder comprender la verdadera función del actual proceso cautelar penal, así como intuir cuál será su evolución.

Así, analizaremos la actual definición de medida cautelar, prestando especial atención a instituciones como son la prisión preventiva y la detención. Tras ello, examinaremos las alternativas que propone el legislador y el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo en el plano comunitario en relación con las medidas cautelares y de protección y aseguramiento.

PALABRAS CLAVE

Proceso penal, medidas cautelares personales, tutela cautelar, prisión provisional, detención, protección, aseguramiento, medidas alternativa a la prisión provisional, evitación de la reiteración delictiva, reconocimiento mutuo, orden de detención europea, orden de protección europea.

ABSTRACT

The preventive measures in criminal proceedings play a protagonist role, due to their importance meaning during the criminal process as an effective way to ensure his continuity and success. That is why their legal regulation is always focused by legislator and deeply studied by experts with the purpose of getting a real balance between an effective judicial protection and the maximum respect to the accused's fundamental rights.

Moreover, it's starting to appear several measures that are not purely preventive according with the Spanish legal meaning, with the aim to satisfy the social requirements of protection and safety or avoidance of the criminal repetition.

There is a need to analyze all these legal tools, also their object and nature, as way to understand the truly operation of the current preventive criminal proceeding and his upcoming development.

Thus, the current definition of preventive measure will be studied in the course of this paper, mainly focusing on pre-trial detention and arrest. After that, the alternative measures of pre-trial detention will be reviewed, as well as the principle of mutual

recognition in the field of European Union Law with regard to preventive and protective measures.

KEYWORDS

Criminal procedure, criminal proceeding, criminal process, preventive measures, protective measures, interim measures, alternative measures to pre-trial detention, arrest, mutual recognition, avoidance of criminal repetition, European arrest warrant, European protection order.

OBJETO DEL TRABAJO

Las medidas cautelares personales se nos presentan hoy en día como una institución en plena evolución y cambio, en parte por la propia práctica forense y en parte por la incorporación de las nuevas tecnologías cada vez de forma más completa en el proceso penal. Consideramos necesario examinar con profundidad los fines a los que responden estas medida a la luz de los textos legales, para hacer una inevitable comparación con su aplicación práctica.

Además, queda cada día más patente como legislador, jurisprudencia y doctrina tienen puntos de vista muy diversos entre sí en torno a esta institución, de tal forma que cualquier persona, sea o no jurista, con poco conocimiento sobre dicha materia, puede tener grandes dificultades para comprender y asimilar el concepto *original* de medida cautelar, existiendo un gran riesgo de confusión con otras figuras afines. Eso viene dado en mayor medida por la falta de precisión terminológica del legislador, a lo que debemos unir el incremento en el número de instituciones jurídicas *a caballo* entre los conceptos de medidas puramente cautelares, de aseguramiento o eminentemente protectoras. De esta forma, vemos necesario llevar a cabo un estudio sistemático y exhaustivo de la materia, de forma que podamos ofrecer soluciones que nos permitan identificar cada figura a pesar del nombre que reciba por parte de legislador.

El objeto de este trabajo es, como habrá ya podido intuir el lector, arrojar algo de luz sobre la vasta institución de la medida cautelar y reseñar cual será la previsible evolución de esta institución, así como concretar cuáles son las instituciones afines y cuáles son los fines a los que estas responden.

Así, se analizarán primeramente las dos principales medidas cautelares, la detención y la prisión provisional, haciendo especial hincapié en sus fines más polémicos desde la dogmática, o lo que es lo mismo, desde la protección, prevención y el aseguramiento de la víctima y sociedad. Posteriormente, el presente trabajo seguirá de cierta manera el esquema que propone el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, dado que este supone una verdadera evolución con respecto la concepción de la tutela cautelar presente en la regulación precedente, de forma que nos permite una visión más completa y precisa de las medidas que se pueden ir adoptando a lo largo de un proceso penal.

Por último, creemos que todo estudio de la función cautelar es incompleto, y más en estos tiempos, si se prescinde del plano comunitario. Es por ello por lo que se

dedicará uno de los capítulos de este trabajo a analizar la figura de la medida cautelar en el Derecho comunitario, ya tenga este origen en el ordenamiento de un Estado miembro o encuentre su razón de ser en el Derecho propio de la Unión Europea.

METODOLOGÍA

Este Trabajo de Fin de Grado se ha materializado de la siguiente manera:

Primeramente, con el ánimo de encontrar un tema de actualidad y de ámbito más allá del español, se decidió junto con el profesor responsable escribir sobre los fines de protección y aseguramiento de las medidas cautelares, materia propia del ámbito del Derecho procesal penal y que coincide con el tema escogido dentro del Programa de Becas de Colaboración del Curso 2015-2016 del que el autor que ahora escribe forma parte.

Posteriormente, ya con el tema elegido se procedió a la recopilación de manuales sobre el enjuiciamiento criminal, así como de monografías sobre la materia. Estos sirvieron para plantear el índice del presente trabajo así como para sistematizar el tratamiento del contenido de este. De esta forma se decidió que el trabajo debería constar de una introducción que sirviese para comprender el concepto de medida cautelar y su configuración dentro del ordenamiento español, de un breve análisis de la detención y la prisión provisional a la luz de los fines de protección y aseguramiento, así como una propuesta de medidas alternativas a la prisión preventiva. Se decidió dejar para el final la visión comunitaria de la tutela cautelar debido a la dificultad que entraña esta materia y la continua evolución a la que se ve sometida.

Seguidamente, ya en posesión de los manuales y monografías necesarios, se llevó a cabo una exhaustiva búsqueda de artículos doctrinales tanto en revistas en formato físico como en formato digital, haciendo para ello un gran uso del vaciado de artículos académicos disponible en el Área de Derecho Procesal de la Universidad de León. Una vez recopiladas todas las fuentes de este trabajo, se prosiguió con la lectura y análisis de estas para comenzar el desarrollo del cuerpo de este trabajo. Tampoco podemos dejar de mencionar que, para enriquecer este trabajo con numeroso contenido jurisprudencial, se han manejado bases de datos como CENDOJ, WESTLAW y VLEX, así como recopilatorios de jurisprudencia en formato físico.

Por último, tanto en su planteamiento como en su desarrollo, este trabajo ha sido supervisado por un tutor especializado y de reconocida competencia en Derecho procesal.

1 **Introducción.**

1.1. Función cautelar como función jurisdiccional.

La función cautelar, es junto con la declarativa y la ejecutiva, la tercera manifestación que compone la función jurisdiccional. Esta potestad cautelar está subordinada a las otras dos, pues tal y como expresa VECINA CIFUENTES "no se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto, como las actuaciones materiales, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno"¹.

Vemos entonces que las funciones de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que precisan de un periodo de tiempo más o menos prolongado para realizarse. Esta dilación puede llegar a privar de sentido la resolución que se pueda dictar, por lo que es necesaria la actuación de la función cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones².

La justificación de las medidas cautelares, se aprecia con mucha mayor claridad en el proceso penal, dado que siempre deberá existir una fase preliminar tendente a conocer de primera mano qué ha sucedido para formular en su caso la acusación. De la misma forma, es necesaria una fase de enjuiciamiento, en la cual podrán tener lugar las alegaciones y prácticas de la prueba, así como un cierto periodo temporal para que el órgano juzgador reflexione, sumado a la posibilidad de impugnación que siempre está presente.

Por ello, hemos de considerar a las medidas cautelares como los medios jurídico-procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan el efectivo -y eficaz- desarrollo del proceso, y esa función tiene lugar mediante una incidencia en la

¹VECINA CIFUENTES, Javier. "La potestad cautelar: contenido y límites". *CEJ : Estudios Jurídicos*, año 2004, pág. 78

²MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional I*. Barcelona, 1993, pág. 481.

esfera jurídica del encausado, de forma que sea adecuada y suficiente para conseguir ese efecto³.

No podemos ignorar por otro lado que esta función garantista con respecto al proceso de las medidas cautelares se está viendo cada vez más desvirtuada, siendo adoptadas en la práctica para fines más allá de los estrictamente procesales, como son la evitación de la reiteración delictiva y la protección de la víctima⁴. Tanto es así que, al tratar la medida cautelar por excelencia, es decir, la prisión provisional, la propia LECrim reconoce los fines citados anteriormente, aunque, en opinión de RAMOS MÉNDEZ se aparten del único objetivo posible de la prisión provisional: asegurar la presencia del imputado en el juicio penal en relación con la ejecución⁵.

Más sorprenderá al lector leer que en el Anteproyecto del CPP⁶, se recojan junto con las medidas cautelares, numerosas medidas -llamémoslas *estrictamente cautelares*- cuyos fines se apartan completamente de la función garantista del proceso.

1.2. ¿Armonía con la Constitución?

La libertad personal es una libertad pública, un derecho fundamental, inseparable de la dignidad de la persona y básica para la efectividad de otras libertades públicas. Es además derecho absoluto y previo al propio Estado, de tal forma que es reconocida como tal en el art. 1 de la CE, siendo el valor superior del ordenamiento jurídico. Además, dicho trasfondo constitucional se ha visto reforzado por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 3, así como por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y por la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, instrumentos internacionales todos ellos ratificados por España, y que por ello forman parte del ordenamiento interno. Por ello, conforme al art. 17 hemos de entender que absolutamente nadie puede ser privado de su libertad sino con las excepciones contempladas en ese mismo artículo en la Ley⁷.

³ En términos similares, aunque en sede de embargo preventivo (es decir, en el orden civil) se expresa ORTELLS RAMOS, Manuel. *El embargo preventivo*. Barcelona, 1984, pág. 31

⁴ El estudio estadístico publicado por GUERRA PÉREZ nos habla de un 20% y un 15% de autos de prisión provisional por reiteración delictiva y protección de la víctima respectivamente. GUERRA PÉREZ, Cristina. "Las decisiones de prisión provisional". *Jueces para la Democracia*. 2010, nº 69, pág. 54.

⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal*. Barcelona, 2010. pág. 272.

⁶ Se trata del nuevo Código Procesal Penal propuesto desde el Ministerio de Justicia en 2013

⁷ Así se manifiesta la STS de 11 de octubre de 1988 (RJ 8317) en los FJ 1º y 2º.

Teniendo en cuenta la CE, resulta bastante evidente que el sistema de medidas cautelares de la LECrim no debería limitarse más que a recoger un mero desarrollo de las previsiones constitucionales, con el mismo espíritu que aquella. Pero como en muchas otras materias sucede, no podemos afirmar que el legislador haya puesto siempre la vista en la Constitución, más aún si tenemos en cuenta el año en que vio la luz nuestra ya avejentada Ley de Enjuiciamiento Criminal. Desgraciadamente tampoco nos parece que vaya a haber grandes mejoras en este aspecto con la posible entrada en vigor del todavía en el *limbo* Código Procesal Penal.

Partiendo de esta base, siguiendo los planteamientos de RAMOS MÉNDEZ⁸, lo primero que habría que observar sería que la Constitución garantiza el derecho a la libertad, considerando toda situación contraria como excepcional. Con esto en mente, como el resto de Cartas Magnas de nuestro entorno, establece un mecanismo de protección de la libertad como es el *habeas corpus*. Además, como no podría ser de otro modo, tipifica como delito numerosas conductas contra la libertad del individuo, basta con remitirse a los art. 163 a 168, 529 a 533 del Código Penal.

La repercusión de esto se debería reflejar en la filosofía con que se deben aplicar estas medidas cautelares que restringen un derecho fundamental. No es baladí recordar que la medida no es siempre necesaria si la persona en cuestión ofrece garantías suficientes, o en términos más armónicos con la presunción de inocencia, no ofrece dudas razonables de sobre su sujeción al proceso.

Hemos de tener en mente una serie de factores, que correctamente contextualizados nos hacen pensar si las medidas cautelares deberían ser aplicadas⁹, como por ejemplo hechos tan simples como tener un domicilio habitual, estabilidad laboral, la propia trayectoria personal de un sujeto...

Propone este autor, y gran parte de la doctrina, que la graduación de las medidas cautelares en función de la mayor o menor incidencia que tengan sobre los bienes jurídicos del sujeto, siga el siguiente orden: libertad provisional-detención-prisión provisional. Este razonamiento se basa en que las fórmulas que implican una menor restricción

⁸RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal... op. cit.*, pág. 255

⁹ Si pensamos desde la óptica de la medida cautelar y su función única y exclusiva de conseguir la eficacia y eficiencia del proceso.

de la libertad son constitucionalmente prioritarias, así como la sujeción, en este caso del Tribunal, de la interpretación más beneficiosa de la ley a favor del reo.¹⁰

Por otro lado, no podemos olvidar que la presunción de inocencia opera dentro del proceso como una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en los hechos delictivos. Por ello, el hecho de que el imputado deba ser considerado como no autor obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva o cualquier medida cautelar, lo que quiere decir que estas no pueden tener el carácter retributivo de una infracción todavía no establecida jurídicamente.

A pesar de lo anteriormente dicho, como se podrá uno imaginar, la aplicación de las medidas cautelares en la práctica conlleva multitud de problemas por la delicadeza de los derechos que afecta y lo delgada que es la línea roja que separa la legitimidad de cualquier medida cautelar de una injusticia de suma gravedad.

1.3. Caracteres de las medidas cautelares.

1.3.1 El *sacrosanto* principio de proporcionalidad.

Dado que las medidas cautelares son resoluciones que inciden en determinados derechos fundamentales del imputado, de conformidad con la doctrina del TC - consagrada en el futuro artículo 149 del CPP¹¹ -, han de respetar en todo momento el principio de proporcionalidad. Además, el CPP en su art. 12 recoge un elemento de vital importancia dentro de la concepción de la proporcionalidad y clave para nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, esto es, el principio de prohibición en exceso. Así, señala MORENO CATENA que la medida cautelar tiene que adecuarse no únicamente a los fines que con ella se persiguen, sino además debe ser proporcional a los hechos que se depuran y a su gravedad, de tal forma que el sacrificio de los derechos del encausado que se derive de la adopción de la medida, no sea mayor que el que pueda resultar de la posible eventual sentencia condenatoria. Por ello, se debería siempre denegar la medida

¹⁰ Pese a su obviedad, ha tenido que ser recordado por el TC. Véase: STC 32/1987 de 12 de marzo, y STC 117/1987 de 8 de julio.

¹¹ Dice dicho artículo: "*En la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares se aplicarán todos los presupuestos y requisitos del principio de proporcionalidad establecidos por el Artículo 12 de este Código.*"

cautelar pedida cuando se pueda sustituir por otra de igual eficacia, pero menos perjudicial para el encausado¹².

Consagrado por el CPP, aunque estaba ya presente en nuestro ordenamiento, el principio de proporcionalidad nos exige además un respeto absoluto a las exigencias de idoneidad y de necesidad, siendo consecuencias directas de la aplicación del nombrado principio.

Así, se establece que las medidas deben ser idóneas para alcanzar sus fines y adecuadas a los mismos en las circunstancias del caso en su contenido, medida, duración y en su ámbito subjetivo de aplicación.(art. 12.4 CPP). Las medidas cautelares privativas de libertad estarían vinculadas a la presunta comisión de delitos sancionados con penas igualmente privativas de libertad, pero la idoneidad viene a añadir un carácter de límite o garantía en la adopción de las medidas cautelares. Hemos de tener en cuenta que en el CPP se encuentra un artículo que desarrolla el principio de prohibición de exceso; y debemos siempre partir de la base de que solo los fines de las medidas cautelares justifican su adopción, debiendo considerar este *dogma* de manera totalmente restrictiva.

La necesidad no sería más que la exigencia de adopción de la medida menos gravosa que sea suficientemente eficaz a la luz del caso concreto.

Como podemos ver, la proporcionalidad no deja de ser una ponderación entre dos intereses contrapuestos, como son por un lado, las exigencias con respecto al correcto desarrollo del proceso, la adecuada prevención delictiva o eficaz protección de la víctima; mientras que por el otro lado, se encuentra el respeto a los derechos fundamentales del encausado. El sacrificio de los derechos e interés afectados por la medida en cuestión nunca debe ser superior al beneficio que su adopción reporte para el interés público o de terceros. Así la valoración de este beneficio para el interés público debe basarse en la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido por la medida.

¹²MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. Valencia, 2012, págs: 270 a 271.

Habría podido observar el lector que el CPP en su art 12.1 contempla además el principio de legalidad como consecuencia de la prohibición en exceso¹³. Dicho principio se recoge en el CPP de forma muy dispersa y deficiente¹⁴.

El principio de legalidad, en sede de medidas cautelares, se refiere por un lado, a que solo se pueden adoptar aquellas medidas legalmente previstas, por lo que se consagra el carácter de *numerus clausus* de las medidas cautelares penales, ya aceptado así desde hace tiempo por jurisprudencia y doctrina.

Este principio diferencia el régimen de las medidas cautelares previstas en el proceso penal respecto a aquellas establecidas para el proceso civil. Así, para este último recoge el art. 727.11^a LEC que se podrán adoptar "aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio .De este modo, en el proceso civil la homogeneidad que exige la adopción de medidas cautelares y la diversidad de pretensiones que en él pueden ejercitarse posibilitan esa cláusula abierta de las medidas cautelares innominadas¹⁵. No sucede lo mismo en el proceso penal, dado que la pretensión del proceso pasa habitualmente por la limitación de derechos fundamentales, particularmente el derecho a la libertad. Ante esta restricción de derechos, la existencia de una enumeración taxativa es imperativa.

1.3.2 Jurisdiccionalidad.

Siguiendo la clasificación, como defiende de forma prácticamente unánime la doctrina, las medidas cautelares est n sometidas al principio de jurisdiccionalidad. Esto se vería consagrado en el anteproyecto del futuro Código Procesal Penal en su artículo 150, en donde se recoge que "*las medidas cautelares serán adoptadas por el Tribunal competente, en la pieza separada sobre situación personal o cautela patrimonial que corresponda, conforme al procedimiento legalmente establecido*". También en el art. 502.1 LECrim se recoge este principio.

¹³ Art. 12.1 CPP: *La adopción y práctica de medidas restrictivas de derechos individuales sólo es admisible cuando no resulten excesivas y concurren la totalidad de los requisitos de legalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad establecidos en este artículo.*

¹⁴ Por ejemplo, aparece en artículos como el 12.2, 151 y 161.2 del CPP.

¹⁵ ÁLVAREZ S NCH 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, n  1, págs. 143 a 186.

Esto es debido al monopolio jurisdiccional en la imposición de penas. Dado que en ocasiones, la medida cautelar actúa anticipando los efectos de la pena, esta solo puede ser adoptada por el juez pertinente y siguiendo el procedimiento preestablecido.

Excepcionalmente, según expone GIMENO SENDRA, en el caso de las medidas *provisionalísimas*, como podría considerarse la detención, pueden ser dispuestas por la policía. Pero el autor afirma que "tal facultad no deriva de potestad administrativa alguna, sino que se trata de un acto que realiza la autoridad gubernativa, en su calidad de policía "judicial", "a prevención" y en función del correspondiente y ulterior procedimiento penal"¹⁶. Eso sí, señala que dicha medida deberá ser posteriormente confirmada por el Juez de Instrucción. Además, la prisión provisional, por su carácter "radical", no entraría dentro de esta "excepcionalidad", siendo tan solo adoptable a través de decisión judicial y nunca gubernativa.¹⁷

1.3.3 Instrumentalidad

En estrecha conexión con el principio anterior, afirmamos que las medidas cautelares son instrumentales, esto es, deben estar supeditadas a un proceso penal en curso. Así se recogería en el art. 148.2 2 CPP que "*las medidas cautelares son instrumentales de la tutela judicial esperada y provisionales*". Esencialmente, el proceso cautelar depende de otro proceso, al que podríamos llamar principal, siendo su función garantizar el éxito de este. Es decir, han de estar preordenadas a un proceso penal y han de disponerse en el curso de un proceso con todas sus garantías, como bien recoge GIMENO SENDRA¹⁸. Así no tendría cabida por ejemplo la "detención por impago de multa"¹⁹ o el procedimiento de peligrosidad social en el régimen franquista.

Legadas así a su naturaleza instrumental del proceso penal principal, la lógica nos dice que terminando éste, se extinguen los efectos de estas medidas cautelares, o bien "evolucionan" en medidas ejecutivas.

1.3.4 Provisionalidad y revocabilidad

Hemos de entender el concepto de medida cautelar como algo dinámico, incluso -permítase el término- evolutivo. Decimos que las medidas cautelares son siempre pro-

¹⁶GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2012, pág. 559.

¹⁷ Así afirma RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Novena lectura constitucional*. Barcelona, 2010, pág. 274

¹⁸GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal... op. cit.* pág. 559.

¹⁹ Existe numerosa jurisprudencia al respecto, sirvan como ejemplo las SSTS 9 de mayo de 1990 (RJ 1990, 5339) y de 7 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4027).

visionales, dado que han de durar el tiempo en que permanezca pendiente el proceso del que son instrumento. Pero antes de que este llegue a su fin, las medidas pueden finalizar o ser simplemente revocadas sin dar lugar a otras o directamente transformarse en otras diferentes que se adapten a la situación concreta en función de los presupuestos o circunstancias que motivaran su adopción²⁰. Así se presenta la medida cautelar como un instrumento modulable en manos del juez, siempre dentro del reducido espacio que permiten las leyes procesales penales.

Podemos apreciar que tanto su provisionalidad como la posibilidad de su revocación están estrechamente relacionadas con el principio de proporcionalidad y el respeto a las garantías y derechos constitucionales.

1.3.5 Homogeneidad, ¿identidad con las medidas ejecutivas?

Las medidas cautelares son homogéneas, lo que quiere decir que la medida cautelar esta en cierto modo destinada a garantizar los futuros posibles efectos de la sentencia, con lo que podemos entender que su naturaleza se asemeja en cierto modo a aquella de las medidas ejecutivas.

Esta característica no está exenta de polémica dentro de la doctrina procesal, ya que trata de forma bastante directa la propia naturaleza de las medidas cautelares. El problema no es otro sino si pensar que al hablar de medidas ejecutivas y medidas cautelares estamos hablando de medidas homogéneas, que no idénticas, o si por el contrario las medidas cautelares, en cuanto suponen una anticipación del fallo de la resolución del proceso principal, comparten identidad con las ejecutivas.

Si partimos de la premisa defendida por una parte importante de la doctrina procesal²¹, que considera que con las medidas cautelares se aseguraba la ejecución de la sentencia, podremos diferenciarlas entonces del resto de medidas que se adoptan a lo largo del proceso, y por otro lado, nos sirve de elemento diferenciador con respecto a las medidas ejecutivas.

²⁰ Así, frente a un sujeto en libertad provisional podrá adoptarse inmediatamente una mayor limitación de su libertad personal, como puede ser la prisión preventiva, si se cree que se ha incrementado su posible riesgo de fuga, empiece a suponer un peligro para la sociedad.

²¹ CARRERAS LLANSANA, J. *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 1962, págs. 573 y ss.

Pero la problemática dista de ser tan sencilla, ya lo dice BARONA VILLAR²², la realidad ha ido más allá de esta posición, habiendo medidas cautelares que anticipan, de alguna manera, los efectos de la sentencia, la ejecución. Lo que lleva a cuestionarse la naturaleza de estas medidas cautelares y su encuadre. Estas medidas según la autora, responden a normas relativamente más modernas, superando la tesis clásica del profesor CARRERAS, citada anteriormente. Él entendía que las medidas cautelares debían cumplir únicamente su función de "aseguramiento procesal", sin posibilidad alguna de satisfacción provisional, ni mucho menos cumplir las diversas funciones como las que van aflorando en la práctica día a día. Así, para CARRERAS LLANSANA, sí se daría esta homogeneidad entre medidas cautelares y ejecutivas.

De forma más resumida, se puede afirmar que la tesis clásica defendía la función de "aseguramiento de la ejecución de la sentencia", mientras que las corrientes más actuales abogan por una funcionalidad más inclinada al "aseguramiento de la efectividad de la sentencia"²³.

1.3.6 Aspecto psicológico²⁴

Pese a no ser una característica que esté recogida en los textos legales como tal, no podemos por otro lado ignorar la importancia de los factores internos que puedan confluír en la mente del juez y su correspondiente relevancia a la hora de adoptar o no una medida cautelar.

Ya lo ha demostrado la psicología, el ser humano en su proceso de conocimiento de la realidad comete errores y sesgos. En el procesamiento mental de la información que se percibe es inevitable que se dé un cierto proceso de simplificación para asimilar mejor la información recibida. Estas técnicas han sido llamadas reglas heurísticas.

Desde esta perspectiva, la psicología se ha interesado por los procesos mentales a través de los cuales los jueces calibran todos los elementos a tener en cuenta como presupuestos para adoptar o no una medida cautelar. Así, la psicología aplicada a esta materia nos dice que quien ha adoptado la decisión de acordar una prisión provisional tiende a procesar la información posterior con un sesgo desfavorable al preso preventivo.

²²BARONA VILLAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares*. Madrid, 1993, pág. 21.

²³ORTELLS RAMOS, M. *Derecho Jurisdiccional II*. Barcelona, 1993, pág. 331

²⁴DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. Madrid, 2015, pág. 42.

Así, se ha demostrado también como el hecho de tener que adoptar estas decisiones en un brevísimo espacio de tiempo y no siempre con información contrastada influye de manera significativa, llegando a condicionarla.

De esta forma DE LA ROSA CORTINA propone como medida ideal un asesoramiento técnico a disposición de los Jueces de Instrucción que emitiera un informe de evaluación de riesgos, mecanismo que solo se puede apreciar de forma tímida en materia de violencia de género²⁵.

Además, está aún por estudiar el impacto que en el proceso decisorio tanto del Juez como del Ministerio Fiscal sobre las medidas cautelares puede tener las presiones procedentes de la opinión pública y de los medios de comunicación.

Estos peligros resultan todavía más acentuados en las medidas cautelares dentro de procedimientos sobre violencia de género. La concurrencia de una gran presión ambiental hacia la Administración de Justicia desde los medios de comunicación, asociaciones y sectores de la clase política condicionan de manera evidente la toma de decisiones en los procesos cautelares sobre esta materia. Afirma PUJOL RIBERA, que "ante un pronóstico incierto de riesgo, frecuentemente los Fiscales solicitan y los Jueces acuerdan la orden de protección a favor de los denunciantes como forma de protegerse de las posibles responsabilidades que pudieran exigírseles para el supuesto de que el agresor atente de nuevo contra la víctima"²⁶.

Otros factores que se han detectado y que en la práctica perturban el proceso de decisión son: la premura con la que debe tomarse la decisión, la carencia de datos suficientes y completos sobre el hecho, la contingencia de que haya un gran número de detenidos o que el delito sea especialmente complejo.

1.4. Tipología dentro de las medidas cautelares.

Como ya es conocido toda medida cautelar tiende a posibilitar la ejecución de un eventual fallo condenatorio, y en relación con el proceso penal su contenido puede presentar una doble vertiente: por una parte debemos distinguir el contenido *penal*, cifrado

²⁵AGUSTINA, José R. y MARTINEZ JARIOD, Adela. "La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico". *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*. 2012, nº 107, pág. 274.

²⁶PUJOL RIBERA, M^a Asunción. "La orden de protección: cuestiones que suscita su adopción y aplicación". *Estudios Jurídicos*. 2005, nº 2005, pág. 31.

en la imposición de una o más penas o medidas de seguridad, y por otro lado el aspecto *civil*, consistente en la condena a la reparación. Así, las medidas que se adopten pueden estar enfocadas a uno u otro contenido del proceso penal.

De lo previamente dicho podemos intuir que una de las clásicas clasificaciones de las medidas cautelares susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal es la que distingue entre penales y civiles, según se identifiquen con la pretensión penal por un lado, o la civil o indemnizatoria por otro. Señala entre otros MORENO CATENA la existencia de una tercera categoría además de las anteriormente dichas, relacionada con la posible condena en costas²⁷, que igualmente sigue siendo contenido procesal del fallo.

Si cambiamos la óptica, atendiendo a su objeto, encontramos otra de las clásicas clasificaciones de las medidas cautelares dentro del proceso penal. Se trata de la dicotomía entre medidas cautelares personales y reales o patrimoniales. Mientras que las primeras suponen generalmente restricciones del derecho a la libertad personal, las segundas no se diferencian en gran medida de las propias medidas cautelares reales del proceso civil.

Pese a lo extensa que es la materia relacionada con esta temática, merece la pena detenernos en las clasificaciones alternativas que intentan poner en su lugar las diversas medidas que el ordenamiento ha ido incorporando en la órbita de las medidas cautelares. Una clasificación de gran interés es la que propone BARONA VILLAR que parte de la “medida coercitiva como género”, de manera que las medidas cautelares (como “género”) serían instrumentos jurídicos que pueden producir una afectación de derechos²⁸.

Definidas así por la autora, distingue dentro de estas *medidas coercitivas de género* entre aquellas que afectan a la libertad personal, a la integridad personal, a la propiedad, a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de comunicación. Posteriormente hace una segunda clasificación, que es la que más interés nos presenta. Basándose en la premisa de que el legislador²⁹ viene otorgando el régimen jurídico de las medidas cautelares a medidas que no lo son, BARONA VILLAR diferencia entre: medidas precaute-

²⁷MORENO CATENA, Víctor/ CONQUILLAT VICENTE, Ángela / DIEGO DIÁZ, Luis Alfredo. *El Proceso Penal*. Valencia, 2000, Pág 1536.

²⁸BARONA VILLAR, Silvia. *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia, 2013, pág. 478

²⁹ Y no solo el legislador, sino que también se ve avalado por la jurisprudencia, aunque no siempre de forma unánime como se verá en los puntos posteriores.

lares, medidas cautelares, medidas preventivas y medidas interdictivas. Como se ha podido intuir, son estas dos últimas categorías las que más interés nos suscitan.

Con respecto a las preventivas, la naturaleza no cautelar de estas medidas se evidencia por su propia finalidad perseguida, ya busquen prevenir la comisión o reiteración de delitos o ya sea porque se pretende asegurar el control social, la seguridad ciudadana. Recalca la autora que no son instrumentales del proceso, sino que más bien se aprovechan del proceso, se sirven de éste una vez que está en marcha y el sujeto pasivo afectado. Estas medidas han proliferado en los últimos años y se les ha venido vinculando a la tutela cautelar.

En cuanto a las interdictivas, se trata de medidas restrictivas de derecho próximas en unos casos a la naturaleza cautelar y en otros ajustadas a un perfil de medida anticipatoria de una posible y futura sentencia condenatoria.

Aun así, no debemos obviar que esta clasificación no sería en un sentido estricto de las medidas cautelares, sino de todas aquellas medidas restrictivas de derechos que pueden darse a lo largo del proceso penal.

Como dato de interés, se puede ver como el proyecto de Código Procesal Penal ha optado por una sistematización más clásica, dotando de un título completo, el segundo, a las medidas cautelares personales. No conforme solo con eso, este CPP va más allá en su art.181, recogiendo el "*Catálogo de las medidas alternativas a la prisión preventiva*", clasificando estas en función del fin que pretende conseguir cada una de ellas. Así nos encontramos con unas medidas "*relativas a la disponibilidad del encausado*", es decir, tendentes a disminuir el riesgo de fuga; otras sobre "*la protección de la víctima*" y finalmente otra serie de medidas "*dirigidas a neutralizar la peligrosidad del encausado*", o lo que es lo mismo, a evitar la reiteración delictiva.

Viendo esto, a juicio de GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA³⁰, esta clasificación de las medidas cautelares que propone el 181 CPP, si bien puede tener un valor didáctico, no parece muy acertado desde el punto de vista procesalístico, ya que algunas de las medidas pueden cumplir más de una finalidad cautelar. Sirva como ejem-

³⁰GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo. "Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal". En MORENO CATENA, Víctor [director]. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia, 2015, pág. 449.

plo el caso de portar medios telemáticos que permitan el seguimiento del imputado, que además de evitar el riesgo de fuga cumple una función de protección de la víctima.

1.5. Presupuestos

La naturaleza instrumental de las medidas cautelares determina que solamente es posible su adopción cuando se den los dos presupuestos que ya tradicionalmente han sido destacados por la doctrina, así como por la jurisprudencia: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

Bien es cierto, que a pesar de que las teorías generales defiendan la existencia, con carácter general, de estos dos presupuestos, habría que considerar otro que en ocasiones damos por obvio. Este requisito sería la necesidad de *imputación*, dado que si no existiera dicho tratamiento del sujeto, no estaríamos hablando de la verdadera existencia de un proceso en el que incardinar las medidas cautelares.

Dejando esto a un lado, la LECrim recoge estos dos principales presupuestos a lo largo de su articulado, y el futuro CPP en su artículo 148.1 al disponer que "*las medidas cautelares solo pueden ser acordadas cuando concurren apariencia de buen derecho en la petición del solicitante y peligro de ineffectividad de la sentencia que pueda dictarse por el retraso*".

1.5.1 *Fumus boni iuris*³¹.

El *fumus boni iuris*, o dejando a un lado los latinismos, la apariencia de buen derecho, está constituido por la existencia de "indicios racionales de criminalidad" contra la persona imputada, es decir, de suficientes indicios que permitan mantener la imputación contra dicha persona (destinatario de las medidas cautelares³²) del hecho delictivo, o incluso la responsabilidad civil.

Citando a MORENO CATENA, el *fumus boni iuris* está representado por "la imputación motivada y verosímil, es decir, por la atribución de responsabilidad penal

³¹ También llamado por parte de la doctrina *fumus commisi delicti*, por razones que ya veremos más adelante.

³² Ya lo dice BARONA VILLAR, Silvia en *Derecho Jurisdiccional III...op.cit.*, pág.461. Del mismo modo se ha manifestado el Tribunal Constitucional, declarando que el *fumus boni iuris* "ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida".

por unos concretos hechos delictivos contra una persona concreta. Por razón de esto, ha de poder sostenerse con un fundamento como mínimo indiciario que se ha producido uno o más hechos delictivos y que la persona contra la cual se adopta la medida cautelar en cuestión, parece fundadamente responsable de los mismos, ya sea penal o civilmente"³³.

A esto se refiere de forma genérica el art. 148.1.II del CPP, aunque como podrá ver el lector, es un tanto confuso: "*La apariencia de buen derecho de las medidas de aseguramiento de los pronunciamientos penales se derivará de la consistencia de los indicios contra el encausado y, en su caso, del fundamento jurídico del nexo entre la imputación y la consecuencia cuyo aseguramiento se solicita*".

Siguiendo la línea de GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA, llegamos a interpretar que "*consistencia de indicios contra el encausado*" se refiere a que existan indicios suficientes que permitan razonadamente imputar al encausado los hechos delictivos que motivaron la apertura del proceso; y, por otro lado, al mencionar el nexo jurídico entre "*la imputación y la consecuencia cuyo aseguramiento se solicita*", lo que parece exigir es que han de apreciarse unas "claras probabilidades", jurídicamente fundadas de que el encausado será declarado culpable por tales hechos y que de la condena se derivarán las consecuencias que se pretenden asegurar con la medida cautelar.

Como no podría ser de otro modo, este principio es modulable, en función de la gravedad y el grado de restricción que suponga en el caso particular la medida cautelar. Así, a modo de ejemplo, no será exigible la misma rotundidad en los indicios para adoptar una prisión provisional como por ejemplo, al CPP nos remitimos, para adoptar el internamiento en un centro psiquiátrico³⁴. En artículos como el 181, 195.1 o 194.1 vemos que se emplean fórmulas similares.

1.5.2 *Periculum in mora.*

Este segundo presupuesto consiste en el peligro de que durante el tiempo que tarda la tramitación del proceso penal, el imputado pueda llevar a cabo alguna actuación que obste al normal desarrollo del proceso y/o ejecución de la sentencia condenatoria

³³MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal... op. cit.*, pág.: 271

³⁴ Mientras que el art. 153 CPP exige para la prisión provisional "indicios bastantes que fundamenten sólidamente la sospecha de responsabilidad penal del encausado", en el art 159 CPP concerniente a la medida de internamiento en un centro psiquiátrico simplemente se exigen "indicios fundados de la comisión de un delito, a causa de una grave anomalía o alteración psíquica".

que en su momento se dicte, por eso se hace necesaria la adopción de medidas cautelares³⁵.

Los riesgos que integran este *periculum in mora*, reconocidos tanto por ordenamiento como por jurisprudencia son esencialmente cuatro: el riesgo de sustracción del imputado a la acción de la justicia, la posible ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, el ataque a los bienes jurídicos de la víctima y la posibilidad de reiteración delictiva. No podemos ignorar aquella finalidad que tanto ha dado que hablar de "evitación de la alarma social" provocada por el delito, pero por la controversia que lleva aparejada hablaremos de ella más adelante.

Como cabía esperar, el CPP también se hace eco de este ya asentado principio al tratar de la "*Necesidad de la medida*"³⁶ en el art.154, y con especial detalle en sede de prisión preventiva.

Es por ello que al hablar de medidas cautelares personales, el estudio debe centrarse casi exclusivamente en la prisión provisional, al menos al analizar los textos legales que más interés puedan suscitarlos (en este caso la actual LECrim y su previsible predecesor el CPP).

Al examinar el art. 154.1 del CPP³⁷ vemos que enumera cuales han de ser los fines de la prisión provisional, coincidentes en gran medida, cómo no, con los fines de la medida cautelar personal como tal.

Las anteriormente tratadas no son las únicas referencias que hace el CPP sobre el *periculum in mora*. De hecho, como parece exigible al movernos en terreno de medidas limitadoras de derechos, es frecuente que al tratar cada una en particular se haga referencia al riesgo que se busca neutralizar con dicha medida. Para comprobar esto basta dirigirse a artículos tales como el 159.1 CPP en sede de la medida de internamien-

³⁵ La definición del concepto ha sido extraída de Esther GONZÁLEZ PILLADO y Pablo GRANDE SEARA, en su participación en la obra citada *supra*, en este mismo capítulo.

³⁶ A tal efecto tiene especial significado la Exposición de Motivos del Proyecto de Código Procesal Penal, señalando que "*Esta claridad en la descripción de sus finalidades exige al Fiscal y al Tribunal de Garantías verificar cuidadosamente tanto la concurrencia del presupuesto factual y normativo de tipicidad, cuanto la necesidad de imponer privación preventiva de libertad al encausado, considerando primero la existencia del peligro a enervar con la imposición de tal medida, y después su proporción atendiendo a la gravedad de la pena imponible y a las medidas alternativas a la prisión que pudieran permitir lograr esa finalidad sin la imposición de esa pena anticipada en términos de realidad.*"

³⁷ Así dice el artículo en cuestión:

1.- La prisión provisional sólo podrá acordarse con los siguientes fines:

a) impedir el peligro de fuga del encausado;
b) evitar el riesgo de desaparición o inutilización de fuentes de prueba relevantes para la causa; o
c) neutralizar la fundada peligrosidad de comisión de delitos en el futuro.

to en centro psiquiátrico si "*existe un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos como consecuencia de su patología.*"; el 190.1 CPP referido a la prohibición de aproximación o comunicación, en donde se exige que existan suficientes indicios de "*posibles atentados del encausado contra la vida o integridad de las víctimas u otras personas con las que estén íntimamente vinculadas, o contra su patrimonio*"; y así en numerosas medidas más.

No obstante, como ya se encarga de señalar GONZÁLEZ PILLADO, la regulación que se recoge en el CPP sobre el *periculum in mora* como presupuesto de las medidas cautelares personales "adolece de importantes lagunas e imprecisiones, por cuanto, con frecuencia, se cita expresamente sólo alguno de los riesgos que la medida cautelar en cuestión permite evitar"³⁸. Como ya nos referimos anteriormente, basta que nos fijemos en el art.181 CPP, el cual recoge el catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva, clasificándolas en función de su finalidad o riesgo que buscan neutralizar, pero únicamente atribuyéndoles una única finalidad, cuando la casuística y la lógica nos dicen que estas medidas con aptas para eludir varios de estos riesgos, o incluso la totalidad de ellos.

³⁸ En *Reflexiones sobre el nuevo proceso...* op. cit. pág. 454.

2 La Prisión Provisional.

2.1. Marco jurídico y notas esenciales.

La prisión provisional o preventiva³⁹ es la medida que comporta una mayor lesión del derecho a la libertad, en cuanto que comporta la privación de la misma, a diferencia de otras medidas, que únicamente comportan una limitación o restricción de este derecho.

Podemos definirla según propone MORENO CATENA como "aquella medida cautelar personal que podrá adoptar el juez de instrucción o tribunal sentenciador, consistente en la total privación al inculpado de su derecho fundamental a la libertad ambulatoria, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la sustanciación del proceso penal".

A pesar de esto, tanto por sus perfiles como por lo que nos muestra la praxis- en ocasiones bastante alejada de los principios propios del proceso penal-, presentando una serie de semejanzas con las penas privativas de libertad que hace a veces muy complicada su diferenciación⁴⁰.

Como se ha podido intuir, la nota básica de esta medida es su esencial carácter excepcional, de modo que únicamente será legítima su adopción cuando su fin no pueda alcanzarse mediante una medida menos gravosa para el afectado. Como no podía ser de otra manera, tanto la regulación actual en la LECrim en su art. 502.2⁴¹ como el futurible CPP⁴² en su artículo 151 recogen el importante principio anteriormente dicho.

³⁹ Es oportuno señalar que a esta institución se la denomina indistintamente prisión provisional o prisión preventiva. Ambos hacen referencia a la misma realidad, uno hace hincapié en su duración limitada y otro en su carácter de prevención de ciertos riesgos que trata de conjurar, derivados de la terminología de la LECrim.

⁴⁰ Véase el punto 2.2.2 *Pena anticipada* en este mismo trabajo.

⁴¹ En la redacción dada por la LO 13/2003.

⁴² La propia Exposición de Motivos del CPP expresa que "*En esta regulación de la prisión preventiva se ha destacado el carácter reduplicadamente excepcional de su adopción, al sumarse a su genérica pertenencia a las medidas cautelares, de por sí ya excepcionales, su naturaleza material de pena privativa de libertad y las limitaciones que la actual jurisprudencia impone a la hora de indemnizar al que la ha padecido siendo finalmente sobreseído o absuelto. Esta excepcionalidad reforzada exige al Fiscal, primero, y al Tribunal de Garantías, después, sopesar la estricta concurrencia de todos los requisitos legales exigidos para su adopción, con especial énfasis en que no se puedan alcanzar sus fines mediante la adopción de alguna o algunas de las medidas cautelares personales que de un modo casi exhaustivo ofrece este Código, llegando incluso a admitir la adopción de medidas no previstas en aplicación de la analogía in bonam partem, tal cual se ha previsto en el Título preliminar. Y esta misma doble excepcionalidad, sumada a la provisionalidad de toda medida cautelar, exigen a instructor y garante judicial su*

El carácter excepcional de la prisión provisional es una manifestación del principio de proporcionalidad que, acorde con la vasta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es requisito necesario para la legitimidad de toda medida que suponga la restricción de derechos y libertades fundamentales, ya estén reconocidos directamente por nuestra Carta Magna o por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el CPP dicho principio se recoge en las disposiciones generales de las medidas cautelares (art. 149 CPP), detallándose en las disposiciones del Título preliminar (art. 12 CPP)⁴³. Constituye un principio estructural de la regulación de este tipo de medidas restrictivas de derechos fundamentales, según ha reiterado en numerosas ocasiones la jurisprudencia constitucional. Además, vemos que está en estrecha conexión con el anteriormente citado principio de idoneidad, pues en palabras de la Exposición de Motivos de la LO 13/2003: "*la proporcionalidad -que constituye un canon de legitimidad de las restricciones de todo derecho fundamental o libertad pública- exige adecuación de la prisión provisional a determinados fines*".

Sigue siendo especialmente significativa a este respecto la Exposición de Motivos de la LO 13/2003 anteriormente citada al continuar tratando sobre la prisión provisional, exponiendo que "*esta drástica medida sólo es admisible para la consecución de ciertos fines constitucionalmente legítimos: éstos no son otros, según el Tribunal Constitucional, que asegurar el normal desarrollo del proceso y la ejecución del fallo, así como evitar el riesgo de reiteración delictiva*"⁴⁴.

Vemos pues que respecto al principio de proporcionalidad y su conexión con la prisión provisional, el CPP recoge el testigo de lo que se venía apuntando en la LECrim.

levantamiento y sustitución por otra menos gravosa, en cuanto desaparezcan las circunstancias que motivaron su adopción."

⁴³ Declara el artículo citado que Declara el artículo citado que "*las medidas serán proporcionadas, de forma que, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la realización de la ponderación de los intereses en conflicto la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho*".

⁴⁴ Véase la STC 47/2000 de 17 de febrero. FJ 7°.

2.2. Naturaleza.

En cuanto a la naturaleza de esta institución, son tres las grandes opciones de calificación que cabría atribuir a esta medida: medida cautelar, pena anticipada o medida de seguridad.

2.2.1 Medida cautelar

La naturaleza cautelar es la que, con bastante diversidad de opinión dentro de la doctrina, se atribuye a la prisión provisional. Es a esta calificación a la que se refieren habitualmente tanto la mayor parte de la doctrina, como la jurisprudencia y el propio legislador.

A modo de ejemplo, vemos como el TC señala que *la prisión provisional es una medida cautelar de naturaleza personal, que tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la Sentencia condenatoria, que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia. No es en modo alguno una especie de pena anticipada*⁴⁵.

La finalidad del propio proceso penal es la que dotaría de sentido y contenido a esta naturaleza. Por lo que la prisión provisional, en cuanto es una medida cautelar, tenderá a garantizar la efectividad de la eventual sentencia condenatoria que en su momento pueda dictarse. Esto hace que coincida, por tratarse del proceso penal (no así en el civil), con el aseguramiento de la ejecución de la sentencia que haya de recaer.

Como no nos es ajeno, en ciertas ocasiones se atribuye a las medidas cautelares penales la finalidad de garantizar el cabal desarrollo del proceso⁴⁶, función que también puede ser desarrollada por la prisión provisional (como ya vimos que consagraba la EM de la LO 13/2003). Por ello, en la medida en que cumpla esa función, estará bajo la naturaleza de las medidas cautelares.

La nota diferencial de las medidas cautelares con respecto a las medidas de otra naturaleza que se puedan adoptar durante el proceso, es que estas tienden a asegurar el éxito de éste, lo que las condiciona y limita, manifestado su instrumentalidad en relación al proceso en cuestión.

⁴⁵STC 19/1999 de 22 de febrero. FJ. 5º

⁴⁶En este sentido. ILLESCAS RUS, Angel Vicente. Madrid. "Las medidas cautelares personales en el proceso penal." *Revista de Derecho Procesal*. 1995, nº1, pág. 64

Por ello, podemos mantener que toda medida cautelar, prisión provisional incluida, tiende a evitar ciertos riesgos para el proceso, derivados de hechos que puedan obstaculizarlo en cualquiera de sus distintas fases. A modo clarificativo, en palabras de GUTIÉRREZ DE CABIEDES: "Toda medida cautelar es tributaria y dependiente de dichos riesgos, que son los que justifican su adopción y los únicos que la legitiman".⁴⁷

Tiene su importancia, como venimos denunciando a lo largo de este trabajo, la tendencia que impera en estos últimos tiempos. Tanto legislador como jurisprudencia vienen calificando a ciertas medidas con la denominación de "medidas cautelares", atribuyéndoles unas funciones que no están relacionadas con las que hemos mencionado anteriormente, es decir, son ajenas a los fines estrictamente procesal-cautelares. Como bien denuncia la doctrina, con ello se desvirtúa la naturaleza cautelar de estas medidas, entre las cuales se encuentra la prisión provisional.

Aquí reside la importancia de dilucidar si la prisión provisional sería únicamente una institución con fines procesales, o si por el contrario dadas su naturaleza y finalidad, puede tener una naturaleza híbrida, no siendo exclusivamente cautelar.

2.2.2 Pena anticipada

Las tentativas de legitimación de la prisión preventiva circulan por dos sendas diversas: por un lado las *teorías sustantivas*, que reconocen cierto carácter de pena y tratan de justificarla como tal; mientras que por otro lado las teorías procesalistas, que desconocen este carácter y tratan de legitimarla como medida cautelar procesal. Así los sustantivistas apelarían a conceptos tales como satisfacción de la opinión de la sociedad, necesidad de intimidar, urgencia por controlar la alarma pública, disuasión, efecto ejemplarizante etc. La prisión preventiva se impondría como una pena, dejando a un lado la presunción de inocencia, que quedaría totalmente subordinada a la necesidad de mantener el orden. Como no es difícil de imaginar, este planteamiento es autoritario; pues en palabras de SANGUINÉ: "En la guerra contra el crimen es necesario imponer penas antes de la sentencia (...) En toda guerra sufren también los inocentes". Ahora bien frente al criterio sustantivista que la legitima como pena (sustantivismo autoritario)

⁴⁷GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*. Navarra, 2004, pág. 55.

se encuentra otra postura que le reconoce su penosidad, para reducirla o suprimirla, lo que llamaríamos sustantivismo liberal⁴⁸.

A raíz de esto, cualquiera que sea el artificio lógico-jurídico dirigido a establecer una distinción basada en los distintos fines atribuidos a la pena y a la prisión preventiva, desde un punto de vista de la limitación de libertad, es insuficiente para borrar la equivalencia práctica entre una y otra figura, siendo posiblemente uno de los enigmas más desconcertantes del proceso penal y de la justicia humana en general.⁴⁹

Ciertos autores⁵⁰ sostienen que cabría considerar la prisión provisional como una pena, afirmando que la prisión preventiva es material o realmente una pena privativa de libertad, pues se cumple en la misma prisión que dichas penas y tiene idénticas consecuencias. Esta visión encuentra también un fuerte punto de apoyo en la propia legislación, que admite el abono de tiempo cumplido en prisión preventiva al cómputo de la pena impuesta por sentencia firme. En consecuencia, según esta vertiente doctrinal, la única diferenciación entre ambas medidas privativas de libertad habría que buscarla en su función formal-procesal.

Pero en opinión de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, esta perspectiva y tales argumentos deben ser rechazados. Aunque el contenido de la medida se concrete en una privación de libertad, su naturaleza no puede ser confundida, así como tampoco su fundamento, finalidad ni sus características con la pena privativa de libertad.

Ya se encarga la propia ley, concretamente el Código Penal en su art. 34.1 de dejar claro que no se reputará como pena la prisión preventiva. Valora el citado autor que el hecho de que el propio CP explicita esta negación debería zanjar toda disputa sobre el presente asunto, dado que dicha negación no es estrictamente necesaria a la luz de anterior art. 33 CP, en donde se enumera el listado de las medidas que pueden considerarse penas.

Desde la otra óptica, ha sido una constante en la doctrina la afirmación consistente en que la prisión provisional no es una pena, sino como vimos *supra*, una medida

⁴⁸ De esta forma piensa SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia, 2003, pág. 188.

⁴⁹ Así opina, a lo largo de la presente obra ILUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*. Bolonia, 1979

⁵⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "El Juez y la Prisión Provisional". En BARBERO SANTOS, Marino [coord.]. *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*. Cuenca, 1997, págs. 15-29.

cautelar con finalidades procesales. Este argumento es el utilizado para justificar la prisión provisional desde esta perspectiva, pues no cabría pensar que una pena pudiera ser aplicada directamente contra el inocente. Se argumenta que la prisión preventiva del inculpado es un mal, pero no una pena, puesto que no hay condena y no hay reproche de la culpabilidad del sujeto.

La adopción de esta medida no tiene naturaleza sancionadora o un fin punitivo, rasgo esencial en la institución de la prisión como pena privativa de libertad. Es cierto que entre ambas existe una similitud material, es decir, el sujeto se encontraría igualmente privado de libertad, pero la medida que aquí se trata tiene unas propias notas características que la diferencian suficientemente de la prisión como pena, además de que su finalidad en ningún caso es represiva, sino preventiva. Teóricamente no debe buscar el castigo o la corrección de su destinatario, ni mucho menos cumplir una función intimidatoria en relación con el sujeto mismo la sociedad; puesto que como veremos más adelante, no está legitimada para estos fines, siendo el fin mismo de la prisión lo que hace a esta legítima desde una perspectiva constitucional.

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado al respecto, como se vio en el epígrafe anterior, afirmando que a pesar de que la prisión como pena y la prisión provisional coincidan materialmente, hay una distinción desde el punto de vista de las finalidades atribuidas a la prisión provisional. Aun así proscribió en cualquier caso la posibilidad de perseguir con dicha medida fines punitivos o de anticipación de la pena.

Asimismo a la hora de adoptar cada medida, se basan en juicios completamente diferentes. La pena se basa en la certeza que provoca la prueba de cargo, mientras que la prisión provisional se basa en un juicio de probabilidad inferido por indicios o apariencias.

Parece que esta última tesis resulta más convincente, además de ser la más reafirmada por la doctrina científica⁵¹ y contar con el respaldo del Tribunal Constitucional, así como del propio legislador ya sea en la actual LECrim o en el Proyecto de Código Procesal Penal.

⁵¹ Cita GUTIÉRREZ DE CABIEDES en *La prisión...op. cit.* la temprana observación en ese sentido que hizo ya en el año 1853 HÉLIE, M. Faustin en su obra *Traité de l'instruction criminelle: ou theorie du Code d'instruction criminelle*. París.

Esta diferenciación demuestra su gran incidencia en la práctica a la hora de tratar el derecho a la indemnización por privación injusta de la libertad y el abono del tiempo correspondiente a la privación de libertad. Pero su estudio ya se encuentra fuera del objeto de este trabajo.

2.2.3 Medida de seguridad

Por último, y no por ello menos importante para nuestro análisis, debemos examinar la naturaleza preventiva o de protección que cumple la prisión provisional.

Ya hemos visto el carácter prevalentemente cautelar de la prisión preventiva, pero ahora es necesario ver si se agota ahí o si, por el contrario, podemos hablar de una institución de naturaleza bifronte. Concretamente ver si es posible y respeta el ordenamiento, tanto legal como constitucional, su incardinación en el marco de las medidas de seguridad. Es decir, ¿los fines de la prisión provisional se limitan a los propios de su naturaleza cautelar o van más allá?

Tanto el planteamiento como la respuesta a esta pregunta tienen una importancia trascendental, pues como ya se comentó, se trata de una institución definida tanto por la ley como por la jurisprudencia como medida cautelar, pero al mismo tiempo se le atribuyen funciones y finalidades que difícilmente conjugarían con este encuadramiento. El fenómeno cuanto menos, no puede sino suscitar curiosidad. También sucede al contrario, negándose habitualmente en la doctrina que la prisión provisional pueda desarrollar la finalidad de prevención especial que tanto legislador como jurisprudencia le atribuyen, afirmando pues su ajenidad respecto a la naturaleza cautelar.

No deja de resultar curioso el problema que ha surgido en torno a esto. Por un lado, hay una clara tendencia que considera la prisión provisional como una medida con una naturaleza más allá de la estrictamente cautelar. Mientras que por otro lado, hay una corriente legislativa que tiende a subsumir bajo la consideración de medidas cautelares a diversas suertes de medidas que no estarían enfocadas en pro del proceso. Basta dirigirse a la LECrim o al CPP para ver cómo bajo el título de las medidas cautelares se regulan fenómenos que poco o nada tienen que ver con esa finalidad cautelar-procesal, sino en la mayoría de los casos con fines de protección/prevención.

Son entonces dos las preguntas que debemos formular: ¿puede esta medida desarrollar las funciones propias de una medida de seguridad? Y cumpliéndolas, ¿podemos

seguir sosteniendo de esta forma que estemos ante una medida estricta y exclusivamente cautelar?

La doctrina del TC⁵², siguiendo la del TEDH viene sosteniendo en cierto modo la calificación de medida de seguridad de la prisión provisional, dada por su finalidad de evitación de la reiteración delictiva. En la ley procesal penal, como ya apuntamos antes, a pesar de las sucesivas reformas, siguen tratándose como medidas cautelares actuaciones que responden a dicha finalidad de prevención delictiva, y no a la finalidad instrumental de aseguramiento de la efectividad del proceso. Se inició esta tendencia en un principio al incluir las medidas de protección a testigos y peritos en causas criminales dentro del ámbito de las medidas cautelares⁵³, que aunque tienden a evitar la reiteración delictiva, todavía muestran una clara conexión con el proceso al favorecer que dichas personas colaboren con la Administración de Justicia mediante la práctica de la prueba en que participan. No sería hasta las reformas incluidas en la LO 14/1999 cuando se empezaría a desvirtuar esta calificación de "medida cautelar" para referirse a medidas de protección a los ofendidos por el hecho enjuiciado, a sus familiares y a otras personas allegadas; consistentes en la prohibición de residir, de aproximación y de comunicación con determinadas personas.

Estas medidas enfocadas a la protección, contempladas a día de hoy en el art.503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en los arts. 180.1.B), 190 y siguientes del futuro CPP, no tienen ya su objetivo en evitar o prevenir algún peligro para la efectividad del proceso, sino que buscan salvaguardar la integridad de la víctima, de sus bienes y de las personas que con ella estén relacionadas. Incluso se habla de medidas de protección de la sociedad en general, sin que se considere únicamente a la víctima como objetivo a proteger, por lo que bien podrían englobarse dentro de la categoría de medidas de seguridad.

Señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES⁵⁴ que este fenómeno trae causa y en él subyace una problemática con mucho mayor alcance. Se trataría de la configuración del

⁵² Sirva como ejemplo la STC 128/1995, dictada en el caso Sotos-PNV al decir que "*la prisión provisional responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, que parten del imputado, a saber: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva*".

⁵³ Esto tuvo lugar con las reformas introducidas por la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

⁵⁴ En *La prisión provisional... cit. op.* pag.56

Derecho penal contemporáneo y la concepción de sus fines. Concretando, el protagonismo en auge del Derecho penal preventivo y el difuminado de sus fronteras con respecto al Derecho penal represivo llevan a una aproximación -y confusión- entre las penas y las medidas de seguridad, mezclándose los fundamentos y finalidades de cada una de ellas⁵⁵.

Haciendo una pequeña labor de derecho comparado, vemos que en ordenamientos como el alemán o italiano se contempla la finalidad de prevención como propia de la prisión preventiva. Máxime cuando el propio CEDH en su art.5.1 c) acoge la prevención como fundamento a una posible prisión provisional⁵⁶.

Lo que parece estar claro es que la finalidad de prevención especial no es propia de una medida cautelar. Lo que no está tan claro es que aquella finalidad no sea atribuible a la prisión provisional, es decir, el núcleo de la cuestión es preguntarse si la prisión provisional es únicamente una medida cautelar.

Desde una visión estrictamente técnica, nuestro ordenamiento penal vigente impide que la prisión provisional sea encuadrable dentro de la institución de las medidas de seguridad, en la medida en que se adopte en atención a finalidades cautelares. Esto viene dado por el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no contempla en ningún momento las medidas de seguridad predelictuales⁵⁷. Además, el CP tampoco incluye la prisión como una de las medidas de seguridad privativas de libertad en su enumeración taxativa del art. 96. Todo esto añadido al hecho de que tampoco responde la prisión preventiva a otro de los elementos esenciales definitorios de las medidas de seguridad de nuestro CP, eso es, la inimputabilidad (o semiimputabilidad) configuradora del estado peligroso

⁵⁵El rechazo de la retribución y la prevención general como únicos fines de la pena ha promovido la aproximación de ésta con la medida de seguridad, al compartir ambas una común orientación hacia la prevención especial. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1998, pág. 638. Además afirma que la pena ha ido perdiendo paulatinamente su significado puramente retribucionista dando paso a concepciones que tratan de justificarla desde un punto de vista preventivo, prescindiendo del principio de culpabilidad como fundamento de la imputación subjetiva

⁵⁶Artículo 5. *Derecho a la libertad y a la seguridad*.

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:*

c) *Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.*

⁵⁷ Es así desde que fueron expulsadas del mismo por la jurisprudencia del TC al declararlas de "facto" inconstitucionales, lo que se constató legalmente en el CP de 1995. Las sentencias en cuestión son de 27 de noviembre de 1985 (RJ 159), de 14 de febrero de 1986 (RJ 23), de 19 de febrero de 1987 (RJ 21).

A modo de conclusión, resulta que en la medida en que la nueva normativa sobre la institución de la prisión preventiva contemple esta finalidad de evitación delictiva, que tiene como función la prevención especial, no podemos afirmar que la prisión provisional sea una medida estrictamente cautelar, ya que nos encontraríamos con un significado y finalidad más amplios que los propios de la medida cautelar, concebida tradicionalmente de forma estricta. Por ello sería más adecuado hablar de *medida preventiva* en estas circunstancias.

Pero bien es cierto que resulta cuanto menos incoherente desde la óptica jurídica y política, declarar como derogadas las disposiciones sobre medidas predelictuales al tiempo que se aprovecha la prisión provisional con los mismos fines⁵⁸.

2.3 Fines de la prisión provisional.

Al hablar de los fines de la prisión provisional entramos de lleno en el grueso de este trabajo, pues como ya se ha dicho, es la medida cautelar personal por excelencia, ya sea por ser la más radical o desafortunadamente la más "popular", y en donde se pueden ver de manera más significativa esos otros fines para los que es adoptada y parece que no siempre encajan a la perfección con la vertiente más procesal de la medida.

Pese a que pueda resultar doctrinalmente discutible, dividiremos este apartado en fines legítimos y por otro lado los posibles fines ilegítimos, aunque según qué voces, unos puedan encontrarse a caballo, haciendo difíciles equilibrios entre la delgada línea de la "legitimidad".

2.3.1 Fines legítimos

Estos fines integrarían el tradicional *periculum in mora*-o *periculum libertatis*-, como ya vimos.

A CARRARA le debemos la formulación de los fines que de un modo legítimo pueden motivar la prisión preventiva: la finalidad de justicia, para impedir la fuga del encausado; de verdad, para impedirle que perturbe las indagaciones de la autoridad, que destruya las huellas del delito y que intimide a los testigos, y de defensa pública, para

⁵⁸GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1972, n° 4 pág. 817 y ss.

"impedir a ciertos facinerosos que durante el proceso continúen poniendo en riesgo con sus ataques los bienes jurídicos ajenos"⁵⁹.

Para una perspectiva ya más legalista, debemos acudir a la LECrim y a su presumible sucesor, el CPP. Si comenzamos analizando el primero de estos textos, vemos que será el art. 503.1.3º el que más interés nos suscita, pues se encarga de enumerar los fines que permitirán la adopción de la prisión provisional. Estos serán: el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto; evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal; y evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos⁶⁰.

En el CPP también se establecen con claridad los posibles fines, comenzando por el peligro de fuga, por ser el más frecuente y acorde con su naturaleza de medida cautelar personal, siguiendo el impedimento de la destrucción de fuentes de prueba, terminando con los menos frecuentes, que son la protección de la víctima y de terceros. En la propia Exposición de Motivos del CPP se deja patente la naturaleza particular de esta última finalidad, aseverando que tienen una naturaleza más próxima a la medida de seguridad en los ámbitos de la prevención especial y de la protección de la tutela judicial efectiva de los perjudicados.

Cabe destacar como el CPP en la EM habla de *peligro de fuga*-como ya lo hace actualmente la LECrim-, mientras que en el desarrollo legal de tal concepto cambia su denominación por *riesgo de fuga*. Ya sea para evitar el *peligro* o el *riesgo de fuga*, pasaremos a examinar esta finalidad de la prisión provisional.

2.3.1.1 Riesgo de fuga.

Con la LECrim en mano, el primer fin legítimo se encontraría en el art. 503.1.3º consistente en "*asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferir-*

⁵⁹CARRARA, Francesco. *Opúsculos de Derecho Criminal*. Bogotá, 1978, pág. 275.

⁶⁰ Nótese como la propia ley es consciente de la particularidad de esta finalidad, por lo que no la incluye con el resto de las mayoritariamente aceptadas como propias de la prisión provisional como medida cautelar. Aunque bien es cierto que la protección de la víctima también es polémica, como ya veremos.

se racionalmente un riesgo de fuga". La Ley hace un esfuerzo concretando que "para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que procede incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el título III del libro IV de esta ley".

Esta objetivización del riesgo alcanza su máximo exponente ante supuestos de requisitorias anteriormente hechas, como se recoge en el art. 503.1.1º.a) *in fine*: "*Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores*".

En esta situación no se habría de tener en cuenta el límite penológico que se establece al comienzo del mismo artículo. Podemos ver como se consagra una verdadera presunción de concurrencia de peligro de fuga, que parece que deba entenderse como una presunción *iuris tantum*.

Por lo que respecta a la configuración en el CPP sobre el riesgo de fuga, se mantienen la mayoría de criterios que a este respecto contempla la LECrim, y a su vez se suman otros, como es la conducta del encausado tras la comisión del hecho que da origen al proceso, los antecedentes penales y la posible pertenencia a un grupo u organización dedicada al crimen (art. 154.2 CPP). De manera que observamos como aumentan los criterios que se deben ponderar al objeto de poder valorar el riesgo de huida. Además, vemos que esa "prisión automática" que se daba cuando el sujeto desatendía cierto número de requisitorias deja de existir como tal, para configurarse como uno más de los elementos a tener en cuenta para la estimación del riesgo de fuga.

Otra de las grandes dificultades que se presentan cuando se trata con este *peligro de fuga* es su concreción, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado pese a los esfuerzos llevados a cabo por las reformas acontecidas⁶¹. Vemos así que sigue existiendo un gran margen para la valoración de circunstancias en cada caso concurrentes. El propio TC ha buscado concretar este concepto a través de su doctrina, como bien deja

⁶¹ En el futurible CPP se intenta concretar algo más, pero por elección del legislador entendemos, se sigue dejando un amplio espacio de maniobra para su interpretación.

patente en las SSTC 128/1995, 62/1996, 44/2000, 47/2000 y 8/2000, que introducían la necesidad de ponderar el momento procesal: "*este Tribunal ha hecho especial hincapié en la necesidad de distinguir nítidamente dos momentos procesales diversos a la hora de hacer el juicio de ponderación sobre la presencia de los elementos determinantes de la constatación del riesgo de fuga: el momento inicial de adopción de la medida y aquel otro en que se trata de decidir el mantenimiento de la misma pasados unos meses. Citando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que si en un primer momento cabría admitir que para preservar los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional su adopción inicial se lleve a cabo atendiendo solamente al tipo de delito y a la gravedad de la pena, el transcurso del tiempo modifica estas circunstancias y por ello en la decisión de mantenimiento de la medida deben ponderarse inexcusablemente los datos personales del preso preventivo así como los del caso concreto*"⁶².

Vemos pues como en la fase inicial del procedimiento es lícito, en supuestos delictivos de especial gravedad, deducir el riesgo de fuga a través de las penas que se pudiesen llegar a imponer. Aunque autores como SANGUINÉ opinan de forma diferente, afirmando que deben tenerse en cuenta las consideraciones especiales sobre el riesgo de fuga⁶³. Transcurrido un tiempo prudencial, la concurrencia del riesgo deberá ser fundamentada de forma más rotunda.

Pero como ya se veía en la STC arriba citada, esta doctrina no es novedosa en el ámbito europeo, pues ya fue acogida por el TEDH. En el caso *Wemhoff contra Alemania*, STEDH de 27 de junio de 1968, declara sobre el peligro de huida que "si la gravedad de la pena de la cual el acusado puede ser objeto en caso de condena puede ser legítimamente tenida en cuenta como causa para incitar su huida, dado que el efecto de este temor disminuye a medida que la detención provisional se prolonga y disminuye en

⁶² Fragmento extraído de la STC 47/2000 FJ 10º.

⁶³ Textualmente dice que "la gravedad de la pena no puede justificar por sí sola la adopción de la prisión provisional, pues ni expresa el fin perseguido, ni tiene en cuenta los datos personales del preso preventivo y los del caso concreto en relación con la prisión acordada, y tampoco expresa el indispensable juicio de ponderación entre el derecho a la libertad personal y los fines que constitucionalmente legitimarían su limitación, así como nada dice de los intereses en pugna, ni sobre la necesidad de la misma. En definitiva, no se puede apreciar si la misma es o no proporcionada y mucho menos si es acorde con los fines que la justifican". SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional...* op. cit. pág. 126

consecuencia la cuantía de la pena que el acusado puede esperar cumplir, la eventualidad de una condena severa no basta a este respecto."⁶⁴

Esta línea se ha visto ratificada posteriormente⁶⁵, reiterando que la severidad de la sentencia a la que se enfrenta el sujeto es un elemento relevante en la evaluación del riesgo de fuga o reiteración, pero la gravedad de los cargos por sí solos no bastan para justificar grandes periodos de privación preventiva de la libertad.

Dentro del parámetro genérico del riesgo de fuga, el TEDH ha ponderado diversos criterios referentes especialmente al carácter del interesado a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar el peligro de huida. Otros aspectos que el TEDH tiene en cuenta para la estimación de riesgo de fuga pueden ser: el grado de oposición del imputado a la detención (caso Stögmüller); la falta de arraigo; vínculos o integración social en el país en que se está en situación de prisión provisional (casos Stögmüller, B contra Austria, y Vand der Tang contra España); las circunstancias de la detención (caso Matznetter); los viajes al extranjero y los contactos con éste (casos Matznetter y B contra Austria).

Por tanto como se dice en las SSTC 62/1996, de 15 de abril y 47/2000, de 11 de febrero "el solo dictado de una inicial sentencia condenatoria por un delito grave puede constituir un dato suficiente que justifique razonable y suficientemente la concurrencia de un riesgo de sustracción a la acción de la justicia". No obstante, hay que entender que a mayor tiempo que pasa en prisión provisional, al abonarse dicho periodo para la eventual posterior condena, el riesgo de fuga decrece. Bien es cierto, que el paso del tiempo y el avance del proceso pueden ir concretando más la posibilidad de una sentencia condenatoria, con lo que el riesgo de fuga aumentaría.

Con todo esto, la doctrina y jurisprudencia han elaborado de forma especialmente meticulosa una lista con los factores que presumiblemente pueden ser indicar el riesgo de fuga existente⁶⁶. Esta vasta enumeración va desde la escasez de medios económi-

⁶⁴ En el mismo sentido SSTEDH 27 de agosto 1992, Tomasi contra Francia y 9 de noviembre de 1999, Debboud contra Francia.

⁶⁵ SSTEDH de 9 de Julio de 2013, Caso Zirajewski contra Polonia.

⁶⁶ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares personales...* op. cit. págs. 91-97. El autor recoge de forma bastante minuciosa los diferentes factores a tener en cuenta para evaluar el riesgo de fuga.

cos que posibiliten el abandono del territorio nacional hasta las posibles adicciones que tenga el sujeto que puedan llevarle a sustraerse de la acción de la justicia.

2.3.1.2 Ataque a las fuentes de prueba.

Tal y como expone el art. 503.1.3ºb) LECrim, un motivo legítimo para acordar la prisión provisional es el consistente en "*evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto.*"

En el Código Procesal Penal, concretamente en el art. 154 también se recoge este motivo, sin hacer especiales variaciones con respecto a lo recogido por la LECrim. No obstante, puede resultar más acertada la redacción en la LECrim, ya que se exige que el peligro de alteración sea "*fundado y concreto*", además de que esta es más rica y expresiva en la determinación de los criterios de los que se puede inferir el riesgo de ataque a las fuentes de prueba⁶⁷.

Como en el caso anterior, el TEDH ya había avalado esta finalidad en el ámbito de los delitos financieros (en el caso anteriormente citado de Wemhoff contra Alemania⁶⁸). También es de significativa importancia la STEDH de 26 de enero de 1993, caso VV. contra Suiza, en donde se considera que la prolongación de la prisión preventiva se ajusta al Convenio Europeo de Derechos Humanos ya que el imputado dio muestras evidentes de pretender aprovechar su situación de libertad para la destrucción de contabilidad y su falsificación, reunirse con testigos o incluso fabricar pruebas falsas.

En todo caso como subraya el TEDH y el principio de proporcionalidad siempre omnipresente en esta sede, el tiempo de privación de libertad debe reducirse al mínimo necesario para evitar la ocultación o destrucción de la prueba. Esta finalidad no es ajena en nuestro entorno jurídico, pues aparece recogida en la mayor parte de legislaciones de nuestro entorno⁶⁹.

⁶⁷ Así opina BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el Borrador del Código Procesal Penal*. En MORENO CATENA, Víctor [Director]. *Reflexiones... op. cit.*, pág. 416

⁶⁸ Este caso en concreto abordaba delitos financieros relacionados con la banca. La documentación constaba de 45 volúmenes con diez mil páginas aproximadamente. El escrito de acusación era de 85 páginas, el acta del juicio era de mil páginas, y otras seiscientas con anexos. MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio. "La prisión provisional en la jurisprudencia española y en el TEDH". *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1996, nº 18.

⁶⁹ A modo de ejemplo, en Francia aparece en el art. 114 del CPP; en Italia en el art 274 de su CPP...

Una parte delicada de este precepto es determinar en qué momento se da este ánimo de ocultación, destrucción o alteración de pruebas o si simplemente se trata del ejercicio del derecho a la defensa del propio imputado, pues en ningún caso cabría perseguir el legítimo ejercicio de este derecho. La propia ley introduce una serie de cautelas al establecer que "*no procederá acordar la prisión provisional por esta causa cuando pretenda inferirse dicho peligro únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de falta de colaboración del investigado o encausado en el curso de la investigación*".

Conforme al juicio de necesidad que nos impone la naturaleza cautelar de la prisión preventiva, solo cabría aplicar esta medida si no pudieran alcanzarse este objetivo a través del uso de medidas instrumentales menos contundentes (como puede ser una simple incautación de material, o el cierre preventivo del local...)

Esto viene reforzado por la prohibición por parte del TC de la utilización de la prisión provisional con el objetivo de impulsar la investigación del delito y obtener pruebas o declaraciones, ya que este uso de la privación de libertad excedería los límites constitucionales⁷⁰.

Debe pues huirse de todo empleo de la prisión preventiva como herramienta de coacción, de quebrantamiento de la resistencia de los imputados para obtener una declaración o confesión. Como no puede ser de otra manera en sede de prisión provisional, esta debe ceñirse estrictamente a sus límites.

La manifestación en esta faceta del principio de proporcionalidad se deja notar a la hora de determinar qué pruebas en peligro son relevantes para la adopción de la prisión preventiva. Como el lector se puede imaginar, no basta cualquier tipo de prueba, sino solo aquellas relevantes para el enjuiciamiento⁷¹. Para todas aquellas de menor importancia, se debe adoptar otro tipo de medida instrumental menos gravosa para el sujeto.

Como es lógico, cuando todos los elementos de convicción estén ya en manos de la Administración de Justicia, ya no hay riesgo de destrucción de pruebas, luego ya no hay presupuesto para privar la libertad del imputado.

⁷⁰ STC 128/1995, de 26 de julio de 1995. FJ 3º(RTC 1995\128).

⁷¹ ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*. Madrid, 2004, pág. 213.

Además, el miedo que puedan sentir los testigos de forma subjetiva no se considera suficiente para colmar las exigencias de evitar ataques contra las fuentes de prueba (no olvidemos que una persona puede ser a su vez una fuente de prueba, incluso la propia víctima)⁷². Así pues, el peligro debe reputarse concreto y real.

La propia ley establece en el mismo precepto que "*para valorar la existencia de este peligro se atenderá a la capacidad del investigado o encausado para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba o para influir sobre otros investigados o encausados, testigos o peritos o quienes pudieran serlo*". Esto establece la necesidad de motivar la adopción de la prisión provisional, no bastando una invocación general al peligro de perturbación de la instrucción.

Como conclusión, esta prisión provisional solo podrá adoptarse por un tiempo reducido y por lo general tendrá mayor utilidad en categorías delictivas en las que se pueda apreciar más fácilmente el riesgo de oscurecimiento como los ya citados delitos económicos y en general en todos aquellos en los que existan pruebas documentales en sentido estricto, delitos de corrupción y delitos cometidos por organizaciones dependientes del aparato estatal. Además GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTINEZ señalan que " puede resultar de gran utilidad, sobre todo en las instrucciones de delitos contra la criminalidad organizada en donde la puesta en libertad del imputado puede generar coacciones a testigos"⁷³

2.3.1.3 Evitación de la reiteración delictiva y de los posibles atentados contra bienes jurídicos de la víctima.

Pese a que en la LECrim estos dos fines se encuentran diferenciados, no deja de ser sino una reiteración de lo mismo, pues lo que se busca es proteger a la víctima, sea esta entendida como un sujeto en concreto o como una pluralidad (la propia sociedad), de la acción del victimario.

Asimismo, parece poco acertada la terminología usada por la LECrim. Se repite de forma sustancial la expresión "evitación de la *reiteración* delictiva", así como la mención a "*otros delitos*" o "*nuevos delitos*", ya sea en el articulado de la Ley (art.

⁷² Aquí se puede apreciar cómo se conecta la finalidad procesal de la medida cautelar, consistente en asegurar la efectividad del proceso -en este caso permitiendo que el testigo declare sin ningún tipo de coacción-, con la función de prevención especial de la prisión provisional.

⁷³ GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTINEZ, Manuel. "La prisión provisional y sus medidas alternativas". *Estudios de Derecho Judicial*, . 2004, n° 58, pág. 59 a 83.

503.2) como de forma más evidente en la EM. Encontramos el empleo de estas expresiones manifiestamente incorrectas desde el punto de vista jurídico, dado que ya presuponen que el sujeto en cuestión ha cometido el delito que se le imputa, cuando a esas alturas del procedimiento es imposible determinarlo, dado que no hay sentencia firme de ningún tipo.

En cambio algo distinto sucede en el CPP, que supone una cierta modificación en los fines de la prisión provisional, reconduciendo los anteriores cuatro fines a únicamente tres, manteniéndose los dos primeros y reduciendo los dos últimos a uno, englobado bajo la rúbrica de *neutralizar la fundada peligrosidad de delitos en un futuro*. Habrá notado como se solventa la crítica que podíamos hacer a la LECrim, ya que al acordarse la prisión preventiva cuando todavía no se ha dictado sentencia de condena es bastante más adecuada esta expresión refiriéndose a la comisión de *delitos futuros*, ya que como bien señalamos antes, la referencia a la comisión de otros hechos delictivos, da a entender que el hecho objeto del proceso atribuido al encausado ya ha sido probado. Por ello, a pesar de que el uso del término *peligrosidad* resulta algo desafortunado por sus connotaciones cercanas al Derecho penal de autor, creemos que la redacción del CPP ha supuesto una mejora en este aspecto⁷⁴.

Dejando a un lado ya las cuestiones de redacción, vemos que la jurisprudencia constitucional confirma esta tercera finalidad de la prisión preventiva, a la que se refiere como "evitación de la reiteración delictiva". Como bien dijimos *supra*, la LO 13/2003 trata también sobre ella, tanto en su EM como en los art. 503.2 y 503.1.3º c) LECrim que ella misma introdujo. Por otro lado, el ya conocido CPP hace alusión a ella en el art. 154.

Esta finalidad tiene una doble vertiente, por un lado (art.503.2) se busca evitar el riesgo de que el imputado cometa *más* hechos delictivos. Mientras que por otro, en el art. 503.1.3º c) se viene a considerar un particular supuesto de actuación ilícita, en conexión con el proceso y al que el legislador otorga una relevancia especial, que es el supuesto de actuación del sujeto imputado contra bienes jurídicos de la propia víctima, especialmente en supuestos de violencia doméstica⁷⁵.

⁷⁴ En el mismo sentido BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras op. cit.*, pág. 415

⁷⁵ Esta previsión se introdujo en el trámite parlamentario, como señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo en *La prisión provisional.... op. cit.* pág.107

Ambos preceptos son manifestaciones de este fin, el primero de ellos enfocado a los delitos cuya evitación se pretende evitar, por lo que tiene un alcance más amplio y es más objetivo. Mientras que el segundo, es más concreto y gira en torno a un elemento subjetivo, esto es, la protección de la persona que sufre directamente la acción delictiva, o lo que es lo mismo, la protección de la víctima.

Debemos subrayar cómo esta finalidad tiene una inspiración, y consecuentemente una naturaleza netamente diversa en comparación con los dos anteriores casos ya analizados. Ya veníamos señalando que su aceptación como fin legítimo de la prisión preventiva resulta no poco discutida⁷⁶. Vemos como el propio TC es consciente de su particularidad, y lo deja patente a la hora de hablar de los fines de la prisión provisional: *Estos fines se refieren a la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad resultan de dejar el inculpado en libertad y que se concretan en su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva*⁷⁷.

La imposición de la prisión preventiva en este caso busca prevenir la comisión de futuros delitos durante la tramitación del proceso penal, hasta que este finalice a través de sentencia firme (ejecutoria).

Así la prisión provisional cumpliría una finalidad eminentemente de prevención especial inmediata, de rápida *profilaxis delictiva*⁷⁸ respecto al sujeto al que se imputa el delito, pues será este el sujeto activo con respecto a la comisión de futuros delitos⁷⁹. Como bien defiende GUTIÉRREZ DE CABIEDES, esta finalidad responde más que a necesidades propias del proceso, a necesidades sociales, desarrollando una función sustantiva y material que no se encuentra ceñida por el proceso en curso, es decir, no al aseguramiento de su correcto desarrollo y cumplimiento de una eventual condena. La prisión provisional, como vemos que sucederá con la detención, pasa a ser una medida

⁷⁶ Se vio al tratar sobre la naturaleza de la prisión preventiva en el punto 2.2 *Naturaleza*

⁷⁷ Recordamos que la sentencia en cuestión es la STC (Sala Primera) 128/1995, de 26 de julio, aunque aparece el mismo párrafo citado en numerosas sentencias posteriores, como por ejemplo la STC 333/2006, de 20 de noviembre.

⁷⁸ Expresión muy ilustrativa utilizada por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo a lo largo de su obra *La prisión provisional... op. cit.*

⁷⁹ No siendo posible la adopción de la prisión provisional para su protección, es decir, considerando al encausado como sujeto pasivo frente a eventuales ataques de las víctimas o de la sociedad por la irritación causada.

más propia del Derecho de policía, respondiendo a fines de política criminal y seguridad ciudadana.

La legitimidad de esta función es objeto de numerosas críticas, con su correspondiente polémico debate, pero no únicamente en nuestro ordenamiento, si no en numerosos ordenamientos europeos. Se presenta el principal problema como un conflicto de intereses entre libertad y seguridad, que subyace en el modo en que existe, se concibe y se regula esta medida. Ello puede suscitar la duda en cuanto a la necesidad y corrección de que prime uno u otro interés, lo que se reconduciría al interrogante sobre la propia función del Derecho en la sociedad⁸⁰.

No en vano, la imposición de la prisión preventiva con base en una apreciación indiciaria y provisional tanto de la responsabilidad criminal del encausado como de su probable actuación delictiva ulterior, se realiza cuando ni la primera no ha estado sentenciada ejecutoriamente y la segunda no ha sido producida. Esta prisión se basaría en una presunción de culpabilidad, dándose la privación de la libertad personal del imputado con base en su posible peligrosidad, que a su vez encuentra su fundamento en la hipótesis de que el sujeto sea culpable del delito que se le atribuye, lo cual solo se puede aseverar a través de la sentencia firme. Aun así debemos también señalar que esta presunción de culpabilidad está presente a su vez cuando se adopta la medida con finalidades de legitimidad clara e indiscutida -sirva de ejemplo el riesgo de fuga-. Lo importante en este caso es que la medida esté basada en un *fumus boni iuris*, en una imputación judicial sólida y un juicio verosímil sobre su responsabilidad. Del mismo modo, esto sucede con cualquier medida cautelar.

Independientemente de lo anteriormente dicho, el TC se ha pronunciado sobre esta finalidad, refiriéndose a ella como un fin constitucionalmente legítimo, así como lo ha hecho el TEDH, con base en lo dispuesto en la CEDH en su art. 5.1.c), que la acoge como posible justificación a la privación preventiva de la libertad, permitiéndola cuando

⁸⁰ Así, todo se resume a una cierto equilibrio entre lo que exige la sociedad y lo que ofrece en Derecho. La preocupación de los ciudadanos en los tiempos que corren se centra una mayor sensación de seguridad y en respuestas contundentes contra el crimen (piénsese en los grupos terroristas, delincuencia organizada...), lo que a veces desde una visión estrictamente jurídica (entiéndase en un sentido amplio) puede no encontrarse una respuesta satisfactoria. ¿No debe el Derecho, tanto procesal como penal, mantener su adecuación a ciertas normas o principios, y en su caso, darse a conocer y comprender... o por el contrario no debe el Derecho adecuarse y ser aceptado por la propia sociedad a la que pretende servir? La no automática e inequívoca respuesta a estos interrogantes se constata en nuestro país, cuando ni en sede de prisión provisional la doctrina tiene una opinión unánime, como ni tan siquiera la tiene el máximo garante de la CE, nuestro Tribunal Supremo.

se estime necesario para imponerle al detenido preventivamente o internado que cometa la infracción. De la misma manera es contemplada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁸¹ y por legislaciones nacionales próximas a nosotros, como es el caso de Italia, Francia y Alemania.

El acogimiento de esta función de carácter heterogéneo de evitación de comisión de futuros delitos comporta que, como ya hemos visto, la prisión provisional actúe como una medida preventiva, tanto en significado como por la finalidad que persigue, distinguiéndose de los fines clásicos de las medidas cautelares.

Así, en opinión de MORENO CATENA, las medidas cautelares y las medidas de protección persiguen objetivos diferentes. Con las medidas de protección 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 accesorias⁸². Por este motivo es fácil vincular esa finalidad protectora de la prisión provisional con las carencias, precisamente, del proceso penal. Ya afirma ASECIO MELLADO⁸³, que esa atención a la peligrosidad aparente del imputado y la garantía de seguridad de los ciudadanos frente a la posible reiteración delictiva se justifica por lo ineficaz que sería hoy por hoy la pena en relación a estos fines. Por ello, en cierto modo, esta finalidad de la prisión provisional sería un complemento respecto al proceso penal frente a su principal carencia -el excesivo retraso de la Justicia-. Así, contando con una Justicia rápida y eficaz, no habría necesidad alguna de adoptar una medida como la prisión provisional para conseguir estos fines de prevención y protección, pues sería el propio proceso a través de la pena quién los alcanzaría.

La pregunta que debemos plantearnos es si dentro del peligro procesal, que es al que responden las medidas cautelares concebidas de manera estricta, podríamos englobar o no a los posibles atentados contra bienes jurídicos de la víctima. O lo que es lo mismo, ¿se hace necesaria la protección de los bienes jurídicos de la víctima para el normal desarrollo y conclusión del proceso penal? No cuestionamos que deba protegerse a la víctima, sino si debe hacerse a través de la tutela cautelar.

⁸¹ Concretamente en la Recomendación R (80) 11, del Consejo de Europa.

⁸² MORENO CATENA, Víctor. Derecho Procesal Penal..., cit., pág. 269

⁸³ ASECIO MELLADO, José María. *La prisión provisional...*, cit., pág. 39. Cita este autor en el sentido expuesto a SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús en "Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". *Revista del Poder Judicial*. 1982, nº 4.

De todas formas, vemos que la propia ley es consciente del carácter radical y extremo de la prisión provisional como función preventiva o de protección, de forma que tanto en la LECrim como en el CPP se establecen numerosos mecanismos alternativos, más adecuados con los principios de proporcionalidad e idoneidad, siendo más respetuosos con las exigencias del Derecho y la garantía de respeto de los derechos y garantías individuales⁸⁴.

2.3.2 Fines ilegítimos

Como ya venimos viendo a lo largo del desarrollo de este trabajo, la tentación de utilizar las medidas cautelares personales para fines ajenos al buen desarrollo del proceso ha sido una práctica habitual en la historia. Con la prisión provisional no podría pasar sino un tanto de lo mismo. Cita DE LA ROSA CORTINA⁸⁵ de manera muy ilustrativa una frase de HASSEMER que dice "con el instrumento de la prisión provisional se va a intervenir lo más temprana y contundentemente posible en una crisis que no tienen nada que ver con el proceso penal, sino con la criminalidad y con la reacción popular a la criminalidad".

Concurre también un problema de opinión pública pues como bien dice CONDE SALGADO: "La sociedad cuando valora como grave una acción demanda una respuesta inmediata"⁸⁶.

La finalidad de la alarma social ha sido siempre rechazada como presupuesto para la adopción de la prisión provisional, hasta el punto de que en la STC 98/1997 de 20 de mayo, se prohíbe la prisión acordada exclusivamente en base a este criterio, expresándose en los siguientes términos: *La invocación de la alarma social que generan los hechos imputados, con ese contenido y con esa formulación, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional: «Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos -la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo- y otros orígenes -la fuga del imputado o su libertad provisional-, juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el conte-*

⁸⁴ Debemos ser cautos con la prevención especial, como ya señaló a lo largo de su importante obra ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho Penal*. [trad.] D.M LUZÓN PEÑA. Madrid, 1976.

⁸⁵ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares personales...* op. cit. pág. 114

⁸⁶ CONDE SALGADO, Remigio. "La prisión provisional". *Revista del Poder Judicial*. 1995, nº 37, pág. 254.

nido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales) presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa». Ahora bien, la doctrina anterior no conduce al acogimiento de esta alegación, pues la impugnada medida cautelar privativa de libertad no se adoptó exclusivamente para la mitigación de la alarma social que habrían ocasionado los hechos investigados.

Cabe mencionar también el voto particular en esta misma sentencia formulado por Jiménez de Parga, al señalar que: *incluso una «alarma social», detectada judicialmente sólo en supuestos excepcionales, según acaba de exponerse, difícilmente justifica la prisión provisional. Va ganando terreno la tesis según la cual la prisión provisional por «alarma social» se convierte en una medida de seguridad oculta o encubierta, desfigurándose la medida cautelar con una finalidad propia de las penas. Estas últimas deben imponerse siempre en un proceso con todas las garantías, donde se respeten los derechos fundamentales reconocidos y protegidos por el art. 24 C.E. No son admisibles en nuestra Constitución las penas anticipadas, por lo que la prisión provisional basada en la «alarma social» podría pasar al Museo Arqueológico, junto al hacha de piedra.*

El mantenimiento tras esta sentencia de esta finalidad dentro de la prisión provisional fue uno de los motivos que motivó al nuestro Tribunal Constitucional a plantearse una autocuestión de constitucionalidad en la STC 47/2000, de 17 de febrero.

Al respecto el propio TC en la citada sentencia, dictada en Recurso de Amparo núm. 889/1996, se plantea en su FJ5º la constitucionalidad de la medida diciendo que *"la comparación entre los requerimientos dimanantes del art. 17 de nuestra Constitución, tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión, pone de manifiesto «prima facie», que la Ley ni exige la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizás bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el art. 17 CE en los términos que señalamos, para el derecho al secreto de las comunicaciones, en la STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999\ 49), F. 4 y 5".*

Al volver de nuevo a teorizar sobre los fines de la prisión preventiva, hemos de retomar el famoso principio de proporcionalidad, pues será en gran medida el elemento que determine si la prisión provisional en cuestión es o no adoptada conforme a Derecho.

Además de la alarma social y la no proporcionalidad de la medida, encontramos otros fines especialmente repudiados como fines propios de la prisión preventiva. Algunos ya han ido apareciendo a lo largo de este trabajo, como puede ser la concepción de la prisión provisional como mecanismo para obtener confesiones, conformidad o cualquier presión sobre el acusado que debilite sus posibilidades de defensa. Además, aunque esta finalidad ya no sea posible a la luz de la actual regulación, estaría prohibida de manera tajante la prisión provisional basada en la frecuencia en que se comenten hechos análogos, por atentar contra el espíritu de la medida cautelar así como contra la presunción de inocencia.

Hemos de desechar la finalidad punitiva a la hora de tratar la prisión provisional, dado que dicha finalidad no es congruente con la propia naturaleza de la prisión provisional, ni es acorde con los principios y la regulación en nuestro ordenamiento tanto desde la óptica legal como desde la constitucional -téngase en mente el derecho fundamental a la presunción de inocencia-.

Nulla poena sine reato, o lo que es lo mismo, sin delito no puede haber pena. Tampoco puede existir delito o infracción sin resolución que así lo establezca, o séase, la sentencia condenatoria; regla que se encarga en su primer artículo la LECrim⁸⁷ de dejar bien claro, así como lo hace el CPP en su también primer precepto⁸⁸. Refuerzan esta consideración tanto el art. 3 CP como el art.34 del mismo código, al consagrar la necesidad de la sentencia para la existencia de una pena, así como la negación de la concepción de cualquier tipo de medida cautelar como pena.

⁸⁷ Art. 1 LECrim: *No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles, cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente.*

⁸⁸ Artículo 1.- Principios de legalidad y jurisdiccionalidad
No se impondrá ni ejecutará pena, ni consecuencia accesoria, ni medida de seguridad alguna sino en virtud de sentencia firme dictada por el Tribunal competente, de conformidad con la Constitución, la Ley, los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España y el Derecho de la Unión Europea aplicable.

En el mismo sentido, la Recomendación 11 (65) del Consejo de Europa recomienda a los Estados miembros que actúen de modo que la prisión preventiva se inspire en el principio de "no aplicarse con fines punitivos".

Unido al rechazo de esta finalidad, debemos negar también la finalidad *retributiva*, y con mayor motivo la finalidad exclusivamente aflictiva, pues no hay ningún tipo de fundamento jurídico que legitime la expiación o el castigo de quién -todavía- no tiene nada por lo que expiar.

3 La Detención

3.1. Concepto y notas esenciales

Junto con la prisión provisional, la detención en sus diversas variantes es otra de las medidas cautelares personales propias del Proceso penal. Constituye una medida cautelar personal y provisionalísima, que pueden adoptar tanto la autoridad judicial como la policía e incluso en ciertos casos puede ser llevada a cabo por los mismos particulares. Tomaremos como referencia la definición que da sobre el concepto ORTELLS RAMOS, presentándola como "una medida cautelar consistente en una privación de libertad, de duración breve y precisamente determinada por la Ley, practicada para poner a una persona a disposición del juez de instrucción para que pueda ser ejecutada la prisión provisional que en su caso se acuerde"⁸⁹. El fin de la detención es, como bien se ha dicho, la puesta a disposición judicial del detenido, siendo, en palabras de RAMOS MÉNDEZ⁹⁰ "siempre una medida de paso a la libertad o a la prisión".

Dado que nos encontramos en sede procesal es importante distinguir entre el tipo de detención que cumple un papel eminentemente procesal, esto es, con vistas al desarrollo de un próximo procedimiento, y restantes tipos de detención que responden a otros fines no puramente procesales, como pueden ser la detención del extranjero o de la persona infecto-contagiosa. En estos últimos casos, es cuestionable que pudiéramos estar hablando de una medida cautelar procesal, y no de simples medidas de seguridad.

La regulación de esta medida la podemos encontrar en la LECrim, a lo largo de todo el Capítulo II del Título VI, que lleva como rubrica "*La detención*", institución que recordemos que ha sido recientemente modificada principalmente⁹¹ en materia de derechos del detenido. La trata también el Código Procesal Penal, mereciendo notables novedades, si bien manteniendo frente a la regla general la citación del denunciado o querrellado para ser oído. El Código enumera en régimen de *numerus clausus* los cinco supuestos en los que la policía debe detener y los tres en que puede practicarse la detención por un particular, que deberá poner de inmediato al detenido a disposición policial, limitándose a evitar su fuga y a velar por su seguridad. Otra novedad relevante es la limi-

⁸⁹Citada en PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón. "Medidas cautelares personales" en *Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2013.

⁹⁰RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento criminal. Novena lectura... op. cit.*, pág. 264

⁹¹ Igualmente, el próximo día 6 de diciembre entrará en vigor otra nueva reforma que supondrá ciertos cambios en la detención así como en "la detención europea" (Euroorden).

tación del plazo de detención policial, salvo excepciones, a las veinticuatro horas que prevían todas las constituciones históricas españolas.

Podríamos explayarnos y tratar con profundidad la naturaleza de la detención en todas sus variantes, pero en vistas al objeto de este trabajo, lo que más interés nos suscita son los fines "de protección y aseguramiento", que en ocasiones parecen verse ligados de forma casi trinitaria al fin típico de toda medida cautelar: el correcto desarrollo del proceso.

3.2. Tipos de detención. Fines de protección y aseguramiento.

A la hora de tratar esta medida cautelar desde la perspectiva de su objeto, vemos necesario dividir su contenido en función de quién lleva a cabo la detención, lo que en cierto modo condicionará la finalidad de ésta.

3.2.1 Detención por particulares. Relación entre flagrancia y la protección/prevención.

Ya contempla el art. 490 LECrim⁹² la posibilidad de que cualquier persona pueda detener a otra, siendo el art. 491 de la misma ley quien se refiere a la obligación por parte del particular que así lo haga de justificar su actuación.

Hemos de entender que cuando el legislador alude en este caso a "*cualquier persona*", a la luz del resto de artículos de esta ley que tratan sobre la detención, se está refiriendo tanto a particulares como a las Autoridades y agentes de la Policía judicial. Luego particular será toda aquella persona que no ostente la condición de agente de la Policía judicial o de Autoridad, o aunque siéndolo no intervenga en ejercicio de su cargo y ámbito competencial.

Además, cualquiera puede practicar esta detención, independientemente de que sea o no víctima y de su edad. Basta con que fácticamente pueda llegar a efectuarla.

⁹²Cualquier persona puede detener:

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

Es cierto que la doctrina moderna en un principio no se mostraba interesada en esta vertiente de la detención. Igual de cierto es que desde hace unas décadas, con el aumento de la seguridad privada, así como con la aparición de leyes como la reciente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, comienza a verse su importancia y la necesidad de su estudio.

La legislación sobre seguridad privada ha sido recientemente renovada, pero tanto en la actual Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, como en su predecesora la Ley 23/1992, de 30 de julio, de Seguridad Privada siguen suscitándose importantes debates doctrinales. Así, respecto a la detención, la actual ley dice, en su art. 32 al tratar sus diferentes funciones, que los vigilantes de seguridad podrán efectuar detenciones en relación con el objeto de su protección, afirmando que su función es la prevención de delitos. Como bien plantea DE HOYOS SANCHO, podemos cuestionarnos si esto significa que pueden llevar a cabo detenciones más allá de lo recogido en la LECrim. Según el parecer de la autora, estos no podrían ir más allá de lo permitido por dicha ley para cualquier particular al no poder encuadrarse dentro del concepto de "autoridad" utilizado por el texto legal. Así, estos como cualquier otro ciudadano de "a pie" solo pueden detener en los casos del art. 409 LECrim, con la finalidad de entrega inmediata a la autoridad.

Cierto es que la detención, según la LECrim y el CPP, responde a numerosas funciones, todas ellas con marcado carácter procesal, pero sin duda alguna, la que más relación presenta respecto a fines preventivos y de protección es aquella realizada a raíz de la comisión o futura y presumible comisión de un delito flagrante, dado que la detención en flagrancia podría evitar la propia comisión del hecho delictivo o evitar su continuación. Una vez hecho este apunte, nos vemos obligados a examinar los números 1º y 2º del art. 490 LECrim, esto es, la flagrancia. Conocedores ya del objeto de este trabajo, nos limitaremos por tanto en este momento al enfoque procesal, interesándonos por su interpretación como elemento puramente procesal y su relación con la detención.

Al encontrarnos ante una medida cautelar personal, deberán concurrir en el caso concreto los presupuestos de las mismas⁹³. Recordemos que estos eran: *fumus commisi delicti*⁹⁴ y *periculum in mora*, todo ello respetando el principio de proporcionalidad.

⁹³ Analizados de manera más general en el punto 1.6 *Presupuestos*.

Pero no es sino la cuestionable naturaleza cautelar de la detención en los supuestos de flagrancia lo que más importancia atesora para el tema objeto de estudio. Al tratar sobre el concepto de flagrancia, entendemos que la función o naturaleza de la detención ante esta circunstancia es eminentemente cautelar, aunque como ya puede ir intuyendo el lector, no siempre será la única.

Autores como DE HOYOS SANCHO y doctrina alemana que esta misma cita, como ALBRECHT⁹⁵ y MEINCKE⁹⁶, afirman que la detención en flagrancia tiene una doble vertiente, concretamente posee la naturaleza jurídica de "un acto procesal con función doble (*doppelfunktionelle Prozesshandlung*). Pues, además de cumplir los fines propios del derecho procesal, asegurar a la persona del detenido para ponerla a disposición del proceso de forma eficiente y eficaz, el ejercicio del derecho a practicar la detención al amparo del 490 LECrim es una de las causas de justificación frente a un posible delito de detención ilegal.

Sería bastante difícil dar una noción general sobre qué es la detención en flagrancia para el derecho procesal sin antes ver exactamente qué fines tiene la detención de los particulares del que es sorprendido en flagrancia.

Para empezar, este tipo de detención no tiene función punitiva, ya que obviamente sin sentencia no puede haber pena alguna impuesta. Bien es cierto que en ocasiones, como en el caso antes tratado de la prisión provisional, sí que parece que la medida cautelar pierde su identidad como tal para volverse más una suerte de pena anticipada, lo cual a entrañaría un atentado contra los principios más esenciales del Estado de Derecho.

Para confirmar esta teoría, basta con fijarse en nuestro Código Penal, concretamente el art. 34.1º establece de forma expresa que no se reputará como pena ningún tipo de detención.

Otro de los posibles fines de la detención, quizás uno de los más controvertidos, y que en cierto modo entra de lleno en la temática de este trabajo. Se trata del Derecho

⁹⁴ En esencia sería idéntico a *fumus boni iuris*, pero este último concepto sería más propio del ámbito procesal civil que del procesal penal.

⁹⁵ ALBRECHT, Jobst. *Das Festnahmerecht jedermannsnach*, Dissertation, Kiel, 1970.

⁹⁶ MEINCKE, Jens Peter. *Betreffenoder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahmenach*. Frankfurt. 1963

de Policía⁹⁷ como función propia de la detención por particulares en una situación de flagrancia⁹⁸.

Se trataría de poner de manifiesto cuál es la finalidad específica del particular a la hora de efectuar una detención en flagrancia. Si se trata propiamente de impedir que continúe la lesión del bien jurídico, o el mantenimiento del orden público que se altera como consecuencia de los hechos, o incluso de proteger al autor del hecho o a terceros de la alarma social y el peligro que esta pudiera suscitar. Dado que se trata de una medida con una evidente función procesal, tal y como está hoy en día configurada en la LE-Crim, no podemos pensar que las funciones anteriormente nombradas sean esenciales en dicha institución.

Afirma DE HOYOS SANCHO⁹⁹ que una vez que el particular, a través de su *percepción sensorial* descubra el delito flagrante, la detención que en su caso pueda practicar no tendrá como finalidad específica la de evitar la continuidad en la comisión delictiva, lo cual no obsta para que en el caso concreto sí se produzca este efecto¹⁰⁰.

De tal modo la nota característica de la detención en flagrancia a la que se refiere nuestra LECrim, consiste en que esta se ha de realizar con la finalidad de entregar al presunto autor a la policía o al Juez. El hecho de que esto comporte a su vez la posible y probable interrupción del hecho delictivo y con ello la protección de los bienes jurídicos ya sean de la víctima en concreto como de la sociedad en su generalidad, sería un efecto secundario, *efecto reflejo* siguiendo la terminología de la autora anteriormente citada. Este efecto no alteraría en absoluto la función procesal y cautelar propia de esta figura tal y como está configurada en nuestro ordenamiento.

Una vez afirmado esto, no podemos aseverar que la detención por particular cumpla de una forma predominante las funciones de Policía anteriormente mencionadas, ya que al detener en flagrancia a alguien y entregarlo a las autoridades, el efecto

⁹⁷ Esta polémica no es nada nuevo, siendo ya ampliamente discutida por autores europeos. Así por ejemplo, KARAMUNTZOS, Anastasius (en *Die Vorläufige Festnahme bei Flagrantendelikten*, Bonn, 1954) afirma que sí cumple una cierta función policial. Mientras que ALBRECHT (en *Das Festnahmerecht der Mannschaf*, Kiel, 1970) mantiene la ausencia de funciones de policía. Ambos citados por DE

⁹⁸ Entendemos este concepto como el conjunto de normas jurídicas que contiene una filosofía, unos principios y unos procedimientos con el fin de atribuir y permitir la realización de un derecho o una libertad y, excepcionalmente, limitar con sanciones o medios coercitivos especiales, esos mismos derechos o libertades, en cuanto su ejercicio perturbe o pueda perturbar el orden, dentro de un estado social y democrático de derecho. TORRES RICO, Remberto. *Tratado de Derecho de Policía*. Bogotá, 2004,

⁹⁹ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La Detención por Delito*. Navarra, 1998, pág. 97

¹⁰⁰ Conviene no olvidar que el propio CP prevé la obligación de evitar la comisión de delitos cuando ello no comporte riesgos propios o ajenos (arts. 195, 196 y 450).

lógico es esa evitación de la continuidad delictiva; pero esto no afecta a la función procesal. Así, no debemos olvidar que también ha lugar este tipo de detención cuando el delito ya está consumado, por lo que con la detención no se estaría repeliendo ataque alguno, pues este ya habría tenido lugar.

Respecto a la función, dentro del Derecho de Policía, de impedir la alteración del orden público y la seguridad ciudadana que pudiera provocar el hecho delictivo, o los eventuales daños que pudieran sufrir tanto el autor como terceros por las represalias de los afectados o por otras personas presentes, pese a la explicación que propone KARAMUNTZOS¹⁰¹ hemos de concluir reafirmando que nos encontramos ante un acto procesal en que debe imperar su función propia de Derecho Procesal-asegurar la puesta a disposición judicial del detenido-, ya que esto es lo que determina su naturaleza jurídico-cautelar.

Así lo expresa ORTELLS¹⁰² cuando sugiere que una medida procesal como es la detención halla en las necesidades del proceso fundamento suficiente, y no puede ser puesta al servicio de una función típicamente administrativa como es la conservación del orden público.

Además no debemos caer en el fatal error de convertir al ciudadano de a pie en un policía ocasional, ya que la función de policía es en todo caso una actividad estatal encomendada a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, no dejando de ser una temeridad hartamente arriesgada hacer que los particulares la asumieran como propia.

Pero la relación de esta detención en flagrancia, que teóricamente es la única permitida a los particulares, con instituciones penales como la legítima defensa o el estado de necesidad puede hacernos pensar que incluso fuera del propio derecho de Policía existen estos fines de protección.

Ambas instituciones coinciden en que el autorizado a la práctica tanto de una como de otra interviene en un bien jurídico ajeno sin la ayuda de las autoridades estatales. Aunque en el supuesto fáctico las dos coincidan en un mismo acto material, esto es la aprehensión o captura, las diferencias con respecto a la limitación ambulatoria del tercero son sustanciales.

¹⁰¹ Llega a afirmar la doble vertiente de la función de la detención como finalidad procesal y como finalidad policial, al evitar que se prosiga con la consumación de un hecho delictivo. Dicha explicación se encuentra a lo largo de KARAMUNTZOS, Anastasius. *Die Vorläufige... op. cit.*

¹⁰²Lo hace en ORTELLS RAMOS, Manuel. "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1978, nº 5, pág. 439 y ss.

Así la legítima defensa en este caso sí que tiene por fin la protección del bien jurídico puesto en peligro por el autor de la agresión, ejercitándose este poder de auto-defensa como medida de protección frente a una inminente agresión. Mientras que como ya sabemos, la detención tiene como fin principal la puesta a disposición de la autoridad.

En ocasiones se confunden las acciones de legítima defensa y aquellas que constituyen actos de detención, pero no podemos confundirlas conceptualmente, ya que son de diversa naturaleza y finalidades.

Generalmente se ha defendido que "la legítima defensa, en primer término, no tiende a proteger intereses públicos, sino a repeler el ataque a un bien jurídico por intereses privados; si a la vez consigue la defensa de intereses públicos es un efecto paralelo"¹⁰³.

Basta con fijarse en los límites de una y otra, pudiendo la legítima defensa conllevar la muerte del supuesto atacante, mientras que la detención se limita a una injerencia mínima en la libertad ambulatoria.

Algo similar sucede con las detenciones que se llevan a cabo mediando la causa de justificación del estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, y aquellas que se efectúan como medida cautelar. La diferencia entre ambas, como en el caso anterior, está en la finalidad, ya que en el primer tipo se busca la evitación de un mal propio o ajeno, pero como ya hemos visto, no persiguiéndose objetivo alguno supraindividual como el aseguramiento del proceso.

Ya a modo de resumen, podemos concluir que el derecho de los particulares que les habilita para poder detener en los supuestos constitucional y legalmente previstos se diferencia de otras actuaciones que puedan llevar a cabo que supongan también el uso de la fuerza o la coerción en que la detención es una medida de carácter eminentemente procesal, que supone una injerencia en la libertad del sujeto pasivo de la actuación independientemente de la intervención de los órganos del Estado encargados de la persecución penal como tal. Esta detención tiene la finalidad de defender intereses supraindividuales¹⁰⁴, además de que en el caso concreto se pueda dar este efecto secundario de protección de bienes jurídicos propios o de terceros, o en términos que ya venimos utilizando esa "protección de la sociedad" o "autoprotección" de la víctima como tal.

¹⁰³ DE HOYOS SANCHO. *La Detención por...*, pág.104

¹⁰⁴ Expresión empleada por ALBRECHT a lo largo de su obra *Das Festnahmerecht... op. cit.*

3.2.2 Detención por autoridades o agentes de la Policía Judicial

Antes de analizar como tal esta institución, debemos tener bien claro quiénes integran el concepto de "Policía" del que habla la LECrim al tratar la detención policial.

Los sujetos que pueden practicar la detención policial son los funcionarios de la policía judicial¹⁰⁵ y demás Autoridades, a quienes el ordenamiento expresamente autoriza a practicar detenciones y efectuar las *diligencias policiales de prevención*.

Hemos también de incluir en esta lista al Ministerio Público, a quien el art.5.2.I del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal expresamente legitima para ordenar la detención preventiva. Hemos de tener en cuenta de que el Ministerio Fiscal aunque sea un órgano imparcial colaborador de la Jurisdicción, no se trata de una Autoridad Judicial, ni puede adoptar disposiciones limitativas de los derechos fundamentales. Por lo que la detención que pueda disponer ha de regirse por los arts. 492-496 LECrim, y no por los relativos a la detención judicial de la misma ley (arts. 497-501).

No debemos olvidar que también pueden practicar este tipo de detenciones policiales los funcionarios de la Administración Penitenciaria, ya que forman parte de la Policía judicial.

A diferencia de la detención hecha por particulares, la detención policial constituye el ejercicio de una obligación, de un mandato legal (art. 492.1º LECrim).

Los supuestos en los que se podría llevar a cabo esta detención pueden clasificarse en dos grupos¹⁰⁶:

-Los no específicos, bastando que el detenido se halle en alguno de los siete supuestos del art. 490 LECrim, que aunque bien hable de la facultad de detención de los particulares, en relación a la intervención policial no comportaría una opción, sino un deber.

-Los específicos regulados como deber policial de detención propios del art. 492 LECrim.

Una vez visto esto, hemos de examinar las diversas finalidades que pretende cumplir este tipo de detención. Siguiendo la línea argumental empleada hasta ahora, podemos distinguir entre dos tipos de finalidades más o menos evidentes. La primera

¹⁰⁵ Arts. 29-36, 38.2b) y 53.1.e) de la 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.

¹⁰⁶ Siguiendo el esquema de BARONA VILLAR, Silvia en *Derecho Jurisdiccional III*. Op. cit. págs. 485 y ss.

sería la propia finalidad procesal, propia de su carácter como medida cautelar instrumental de un proceso; y la segunda como ya se puede imaginar el lector, sería esa finalidad no tan enfocada al aseguramiento del proceso sino a la persecución de fines preventivos¹⁰⁷. Es por esto que la doctrina considera que tienen carácter de medida de seguridad, fundamentándose en la peligrosidad del sujeto.

Así, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha admitido la compatibilidad de esta función con los principios del Estado de Derecho, afirmando que las leyes procesales penales no solo sirven en vistas a una eficaz persecución del delito, sino también a la protección de la generalidad de la comisión de otros hechos delictivos. El mismo TC ha aceptado el peligro de repetición como causa suficiente para adoptar la privación de libertad en supuestos de delitos sexuales, eso sí, en casos excepcionales y de forma muy limitada. Esgrimía el Tribunal la necesidad de protección hacia un determinado sector poblacional frente al peligro de que con altísima probabilidad se cometan hechos delictivos graves.

Sin embargo, esta finalidad que puede motivar a la detención más allá del ámbito de lo procesalístico, debe ser interpretada muy restrictivamente, siendo una herramienta de carácter eminentemente excepcional¹⁰⁸.

Como no podría ser de otra manera, debemos exigir la concurrencia de motivos racionalmente bastantes para creer que ciertamente se da esa situación de peligro inminente de que el sospechoso aproveche su libertad para cometer hechos delictivos del mismo tipo y gravedad que aquellos que le han sido imputados, o que incluso va a intentar continuar con la consecución de aquellos hechos que motivaron su aprehensión en un primer momento. Recordamos que la privación de libertad debe contemplarse como *ultima ratio*, sujeta siempre estrictamente al principio de proporcionalidad. Con lo que hoy por hoy, y a la vista de las nuevas medidas alternativas ya no solo a la prisión provisional sino a cualquier tipo de privación de libertad, no parecería muy amplio el espectro casuístico en el que se podría llevar a cabo una detención policial como medida de prevención. Eso sí, violencia de género aparte.

¹⁰⁷ Como ya se vio, lo mismo sucedería con la prisión provisional adoptada en orden al peligro de reiteración del delito. Afirma ASENSIO MELLADO, José María. *La prisión provisional... op. cit.*, que aunque la finalidad preventiva no puede incluirse entre las propias de la medida cautelar, lo cierto es que la realidad muestra como la prisión preventiva se adopta no en base a exigencias estrictamente cautelares, sino en atención a la aparente peligrosidad del imputado y en aras de garantizar la seguridad de los ciudadanos frente a posibles reiteraciones.

¹⁰⁸ En este sentido KLEINKNECHT, Theodor y JANISCHOWSKY, Georg. *Das Recht der Untersuchungshaft*. Múnich. 1997.

Otra forma desde la que enfocar esta finalidad de protección es desde la óptica del supuesto autor del delito, en estrecha relación con el concepto de alarma social¹⁰⁹. Puede ser una circunstancia que justifique el necesario mantenimiento o adopción de medidas de privación del sujeto hasta que pase a disposición judicial, tratando así de evitar tanto alteraciones en la seguridad ciudadana como posibles menoscabos en los bienes jurídicos del detenido¹¹⁰. Aunque a ojos del que escribe y en relación con todo lo dicho anteriormente, puede parecer ciertamente excesivo privar a una persona de, en palabras de Cervantes, "*uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos*" sin más justificación que el revuelo o irritación que los presuntos hechos cometidos hayan suscitado en la sociedad. De la misma manera piensa nuestro Tribunal Constitucional al afirmar que "*la alarma social no es un criterio válido a los efectos de apreciar la necesidad de la prisión provisional. (...) En cuanto a la mención de la alarma social ya hemos dicho que su evitación no constituye una finalidad legítimamente perseguible con la imposición de dicha medida*"¹¹¹.

Pero como bien se habrá fijado, en la anterior sentencia hablan sobre prisión provisional, y no sobre la detención. Aquí entra en juego la reciente y no por ello menos criticada Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Este texto legal, por si había algún tipo de duda al respecto, parece que se justifica la detención fundándose en el concepto de alarma social¹¹², lo cual no puede sino parecer de dudosa constitucionalidad¹¹³.

Siguiendo con el hilo anterior, continua pareciendo un tanto excesivo privar de libertad al presunto autor de unos hechos no ya por la gravedad de la alarma social causada, sino para "garantizar" su propia protección. No podemos sino cuestionar a día de hoy esta posibilidad, pues si bien es cierto que sí que existe este deber y derecho de protección en el ordenamiento, encauzarlo por las vías de la privación de la libertad ambu-

¹⁰⁹ Definida por ASECIO MELLADO, José María. En *La prisión provisional... op. cit.* pág. 87 como la reacción que se produce en la sociedad ante el delito, repulsa ciudadana ante la comisión de ciertos hechos.

¹¹⁰ Lo mismo se contempla en países como Francia (114 CPP) o Portugal (204 CPP).

¹¹¹ Se trata concretamente de la STC 191/2004, en sus fundamentos jurídicos quinto y cuarto.

¹¹² El precepto al que nos referimos exactamente es el 17.2, que continuamos a reproducir: *Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales.*

¹¹³ PRECIADO DOMÈNECH, Carlos Hugo en "*Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas.*" Consultado a fecha de 23 de octubre del 2015 en www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGCIUDADANA.pdf

latoria durante el tiempo que dure la detención parece a todas luces un tanto excesivo, valga la expresión, sería *matar moscas a cañonazos*. Faltaría aquí en todo caso la necesaria relación subjetiva de idoneidad y proporcionalidad entre el riesgo o mal que se pretende evitar (que puede estar más o menos fundado), y la gravedad de las consecuencias (estas sí son plenamente ciertas) que se impondrían al sujeto para "protegerlo". Creemos que actualmente la ley ofrece mecanismos suficientes como para garantizar la seguridad del sujeto sin tener que adoptar una medida tan radical y con semejantes consecuencias negativas para aquel que la reciba.

3.2.3 Otras detenciones.

Además de las detenciones llevadas a cabo por particulares, por la Policía o mediante orden judicial, existen numerosos tipos de detenciones que no serían al cien por cien encuadrables en las categorías anteriormente dichas, ya sea por los diferentes fines que persigan o por su particular naturaleza.

Dentro de este tipo particular de detenciones, en íntima conexión con la finalidad de protección/prevenición encontramos los famosos controles de alcoholemia.

Define GIMENO SENDRA¹¹⁴ estos métodos como "aquellos actos de investigación que se adoptan en el curso de una detención y que, a través de una medición en el aliento o de una intervención corporal del sujeto, permiten establecer el grado de alcohol ingerido"; tienden "a la determinación del hecho punible y a la presunta participación de su autor, así como a ocasionar la entrada de los hechos o del material instructorio dentro del sumario".

Sin profundizar demasiado en este fenómeno, conviene matizar una serie de aspectos. En primer lugar, cuál es la finalidad procesal de este tipo de controles. Para ello hemos de diferenciar entre dos tipos de control de alcoholemia, aquel que tiene lugar existiendo indicios de delito y aquellos que se llevan a cabo con finalidad preventiva, eso es, sin existir indicios de delito previos.

En el primero de los casos se realiza el control porque existen motivos racionalmente suficientes para poder pensar que el conductor del vehículo ha cometido un delito contra la seguridad vial como consecuencia de la conducción "*bajo la influencia de*

¹¹⁴GIMENO SENDRA, Vicente. "Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos". *La Ley*, nº de 6 de noviembre de 1984, pág. 1102 y ss.

drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas", como bien recoge el art.379 de nuestro Código Penal. Creemos pues que lo que aquí debe darse es una detención al amparo del art. 492 LECrim. Con lo que la principal finalidad es procesal, dado que lo que busca es llevar a cabo la detención, en caso de que la prueba fuere positiva, de forma que se pusiera al ya detenido a disposición judicial, como si se tratara de una detención "al uso".

El segundo caso que consideraremos, como ya se dijo anteriormente, es del de los controles llevados a cabo sin que exista ningún indicio delictivo. Aquí el control se llevaría a cabo de manera aleatoria, indiscriminada, sin que exista el más mínimo indicio objetivo de que el conductor haya podido cometer un delito contra la seguridad vial. Se basa pues, en la prevención de este tipo de delitos¹¹⁵.

En este grupo de supuestos, el sujeto que viene sometido al control no está detenido en los términos del anterior caso, pues no se le imputa la comisión de delito alguno, pero aun así será privado de su libertad ambulatoria, eso sí, por razones puramente de índole preventiva. Es principalmente en esta hipótesis en la que se nos plantean posibles cuestiones sobre su legitimidad.

Afirmó en su día el TC¹¹⁶ que "la verificación de la prueba que se considera supone, para el afectado, un sometimiento, no ilegítimo desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que, incluso, puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción, en el curso de controles preventivos realizados por los encargados de velar por la regularidad y seguridad del tránsito"; añade el TC que así el requerido no queda, sólo por ello, detenido en el sentido constitucional del concepto, que sería aquel que "ha sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma"¹¹⁷.

¹¹⁵ Importante función probatoria que puede tener este tipo de test, ya que pueden alcanzar valor probatorio a lo largo del proceso penal, pues su resultado positivo junto con la declaración testimonial en juicio de los agentes que la llevaron a cabo, puede constituir prueba suficiente para una eventual sentencia condenatoria.

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985, 107).

¹¹⁷ En el mismo sentido STC 252/1994, de 19 de septiembre (RTC 1994, 252).

Vemos que se enuncia pues que la práctica de estos controles no supondría una detención, pues carece de indicios delictivos, por lo que no dispondría el conductor de los derechos propios del detenido.

No en vano, estamos ante una limitación de un derecho fundamental como es la libertad ambulatoria¹¹⁸, aunque no nos encontremos ante uno de los sujetos considerado por la LECrim como detención.

De los argumentos que se esgrimen para no considerar que este supuesto atente contra la libertad ambulatoria, destacan dos: la escasa duración de este control y la realización voluntaria de este, lo que impediría hablar de privación o limitación de la libertad personal.

En primer lugar, el hecho de que la privación de libertad dure mucho o poco no es óbice ni cortapisas para afirmar la existencia de la misma desde el momento en que no hay libertad de abandono. Además, se ha visto en la práctica que esa presumible brevedad no se da siempre.

Además, en el actual contexto legislativo, no se puede hablar de una verdadera libertad de decisión sobre si someterse o no a un control de alcoholemia. Basta con consultar el art. 12.2 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Vemos afirma de forma tajante y concisa la obligación de todo conductor de someterse a las pruebas pertinentes¹¹⁹. Sin olvidar las disposiciones del CP acerca de los ilícitos contemplados en los arts. 556 y 634 CP.

En conclusión, podemos ver que la amenaza de una sanción administrativa o penal, o incluso de inmovilización del vehículo, no deja mucho margen a la voluntad del ciudadano sobre si someterse o no al control establecido, al menos en la generalidad de los supuestos.

El objetivo de prevenir los accidentes de tráfico, además de necesario, es incuestionable. Lo que es más discutible es que se pretenda la consecución de tal fin por medio de la privación de un derecho fundamental a un número indeterminado y aleatorio

¹¹⁸ Tomando la definición que sugiere entre otros DE HOYOS SANCHO, que sería "*facultad de abandonar el lugar donde no se desea permanecer*".

¹¹⁹ Así, el segundo punto de dicho artículo expresa lo siguiente: "*Todos los conductores de vehículos quedan obligados a someterse a las pruebas para la detección de alcohol o de la presencia de drogas en el organismo, que se practicarán por los agentes encargados de la vigilancia del tráfico. Igualmente, quedan obligados los demás usuarios de la vía cuando se hallen implicados en un accidente de tráfico o hayan cometido una infracción conforme a lo tipificado en esta Ley*".

de personas, ya que parece excesivo y un tanto inadecuado limitar un derecho de tal entidad de forma indiscriminada y con tal finalidad de prevención.

En este caso, para conseguir cumplir esa finalidad protectora de la sociedad frente a potenciales menoscabos (unida de forma clara a la función de prevención), sería deseable que se limitara el uso de estos controles, de forma que solo se llevaran a cabo con la presencia de indicios racionales y objetivos de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas, estupefacientes o similares.

Como ya vamos viendo, se trata siempre de ese juicio de proporcionalidad que nos exige poner en la balanza, por un lado el fin que se pretende alcanzar, y en el otro las consecuencias de las medidas adoptadas para ello.

Por último, encontramos otros tipos de detenciones, similares en esencia a los controles de alcoholemia, como puede ser la detención para la inspección de las cavidades corporales o la detención en controles y redadas. Siguen un esquema similar, teniendo la función procesal de poner al sujeto a los pies del proceso, conjugada con la función de protección/prevenición de cara a la sociedad en su conjunto, tanto evitando la posible comisión del delito así como protegiendo a las potenciales víctimas.

4 Medias alternativas a la prisión provisional.

Las conocidas como "*medidas alternativas a la prisión preventiva*" se regulan en los arts. 180 a 199 del presumiblemente próximo CPP, dentro del capítulo que rubricado como "*Otras medidas cautelares personales*". Por otro lado, en la actual regulación de la LECrim no se contemplan como medidas con *nombre propio* sino que se encuentran dentro de la regulación de lo que la propia ley denomina libertad provisional (arts. 528 y ss.). Evaluando sucintamente el trabajo realizado recientemente por el legislador a la hora regular estas medidas en el CPP, no podemos sino detenernos, con cierto asombro, tanto en la sistemática y como en la terminología que presenta el anteproyecto en cuestión, pareciendo evidenciar una mejorable técnica legislativa.

Destacamos el orden seguido a la hora de regular las medidas cautelares personales, empezando por el tratamiento de la prisión provisional -o preventiva en palabras del CPP¹²⁰-. En la propia Exposición de Motivos, indicando cómo intenta responder por un lado, a "*su indudable naturaleza de pena privativa de libertad anticipadamente impuesta, si se contempla desde la perspectiva constitucional de la realidad y efectividad de la vigencia de los derechos fundamentales, pues sin duda afecta a los derechos a presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva*", mientras que por otra parte afirma "*la necesidad de fijar los requisitos de la detención, en función de los que se exigen para la prisión preventiva, sin perjuicio de que los supuestos legales de posible detención se extiendan también a otros supuestos que no sean vicarios de esta medida*". Cabe también resaltar como el propio texto, de nuevo en su EM, refleja la preocupación doctrinal y jurisprudencial, atribuyendo el carácter de "*reduplicadamente excepcional*" a la prisión preventiva, confirmando en su art.151. A pesar de ello, autores como GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA¹²¹ creen que desde un punto de vista sistemático-legislativo, sería más adecuado tratar primero las medidas cautelares que se habrían de adoptar con preferencia a la prisión provisional y posteriormente todas aquellas que se puedan aplicar cuando las primeras sean insuficientes.

¹²⁰ Recordamos que el CPP dice textualmente que se opta "*por esta denominación frente a la de "prisión provisional" tanto por ser más expresivo aquel adjetivo que resalta su naturaleza, cuanto por ser la "provisionalidad" una nota extensible a todas las medidas cautelares*". Una elección bastante acertada si no fuera porque a lo largo del articulado, el propio CPP olvida este cambio de denominación y continúa empleando el término *prisión provisional*.

¹²¹ En *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal...* op. cit. pág. 455

Otra deficiencia legislativa que debemos poner de manifiesto trata sobre las medidas cautelares personales y su regulación general, pues el texto carece de un propio Título en el que se regulen de forma ordenada todos los aspectos, o al menos lo más esenciales, de la teoría general de las mismas. Llama enormemente la atención como el Libro III que tiene por objeto las medidas cautelares, se inicie con un Título denominado "*Disposiciones generales*" en el que se denominan de forma muy poco preciso, sin ningún tipo de precisión ni orden, algunos de los caracteres configuradores de las medidas cautelares, junto con los presupuestos de las mismas y alguna de sus finalidades. Casi conscientes de su error, el propio CPP en los Capítulos y Títulos sucesivos dedicados a la regular la misma materia, se encarga de incluir nuevas Secciones con el fin de complementar aquellos aspectos de la teoría general de las mismas que no se regularon correctamente o simplemente se omitieron al inicio, dando como resultado una dispersión normativa engorrosa, que perjudica de forma innecesaria su interpretación. Todo esto sumado -como podrá ya imaginarse el lector-, a las constantes reiteraciones y repeticiones sobre aspectos como los fines, la excepcionalidad y la proporcionalidad.

Por último y estrechamente relacionado con la actual LECrim, vemos que a la hora de regular las "*medidas cautelares a la prisión preventiva*" que ahora trataremos, el legislador se olvida por completo de la tradicional terminología empleada, y sin mediar explicación, rehúye de la clásica "*libertad provisional*".

Otras críticas posibles versarían sobre la imprecisión y falta de reflexión que quedan patentes en el texto. Así, pese al carácter exhaustivo del catálogo de medidas alternativas a la prisión provisional que el CPP propone (art. 181.1), vemos que no se recogen todas las medidas que después se desarrollan. Claro ejemplo resulta la orden de protección, que resulta totalmente olvidada por el susodicho artículo para luego encontrar su desarrollo en el art 194. A ella se le podrían sumar los casos de la obligación de cambiar de residencia prevista en el art 192 u otras medidas reguladas por el art. 199.

Curiosamente, también se da el problema inverso, pues en el catálogo se recogen ciertas medidas que posteriormente no encuentran su desarrollo a lo largo de Código. Para muestra, sirve pensar en el caso de la prohibición de salida de la Unión Europea.

Autores como GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA son bastante críticos con el anteproyecto en cuestión, llegando a identificar numerosas incongruencias y errores continuos a lo largo de todo el texto normativo relacionado con las medidas cautelares.

Finalmente, después de este aluvión de observaciones más o menos críticas, analizaremos la regulación que se hace tanto en el CPP como en la LECrim de las medidas cautelares alternativas a la prisión provisional¹²², con especial hincapié en los aspectos más novedosos o que más dificultades presenten. Recordamos igualmente que la clasificación que aquí se propone, aun siendo la que presenta el propio CPP, no es la más adecuada desde el punto de vista técnico-jurídico, pues está basada en el fin de cada tipo de medida, dando por sentado que cada una de ellas solo puede responder a uno de ellos, cuando la práctica nos demuestra que una misma medida cautelar puede responder a más de una finalidad.

4.1. Medidas relativas a la disponibilidad del encausado.

Las medidas que dan nombre al título de este apartado aparecen tanto reguladas en el CPP como en la actual LECrim, si bien, solo en el primero aparecen denominadas como tal, a pesar de que se dedique a estas medidas dos Secciones distintas, la 2ª dedicada exclusivamente a la caución y la 3ª relativa a otras medidas para asegurar la presencia del encausado.

4.1.1 La caución

Esta medida se regula en los arts. 182 a 184 del CPP, teniendo como objetivo garantizar la disponibilidad del encausado durante la tramitación del procedimiento. En la actual regulación vemos que se desconoce este término, pues en la LECrim se habla de fianza. En este caso sí hemos de reconocer el acierto del legislador, pues se presenta más correcto el termino caución que el actual de fianza, en cuanto esta última figura procesal se emplea para asegurar una prestación con un claro componente económico, fin perseguido por las medidas de carácter real y no por las personales que dan nombre a este trabajo.

Observamos que en ambos textos legales se presenta la caución/fianza como alternativa a la prisión provisional, pero la regulación en ambas es bastante dispar. Veámoslo con más detenimiento, a la luz del art. 529 LECrim "*Cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado, el juez o tribunal decretará, con arreglo a lo previsto en el artículo 505, si el imputado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional. En el mismo auto, si el juez o tribunal decretare la fianza, fijará la*

¹²² Entiéndase que las medidas, pese a que a la luz de la denominación que hace de ellas el CPP, no solo buscan ofrecer una alternativa a la prisión provisional, sino también a la detención en tanto en cuanto esta también suponga una limitación de la libertad ambulatoria del sujeto.

calidad y cantidad de la que hubiere de prestar. Este auto se notificará al imputado, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas y será recurrible de acuerdo con lo previsto en el artículo 507".

El régimen específico de la fianza como propio de una medida cautelar personal deberá completarse con las previsiones generales sobre fianzas y embargos de las medidas cautelares reales. Del mismo modo, conforme a la cláusula de supletoriedad que incluye la LEC, habrá de acudir a la regulación procesal civil para lo que expresamente no prevea la LECrim, así como tenerse en cuenta las disposiciones relacionadas con la vía de apremio, materia en la cual la LECrim hace una expresa remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta regulación ha sido blanco de numerosas críticas. Así BARONA VILLAR resalta su carácter peculiar, en cuanto supone la cautela de otra cautela, y se destina a responder de la no comparecencia del procesado cuando fuere llamado por el Juez o Tribunal que conozca de la causa¹²³. En cambio RAMOS MÉNDEZ señala que "la ley actual se muestra obsesiva con la cuestión de la fianza de libertad provisional, dedicándole el grueso de artículos referentes a esta materia. Valdría la pena meditar si no hay que abolir un requisito que se ha revelado inútil en la práctica y que introduce cierta discriminación en función de la capacidad económica de los inculcados"¹²⁴. Pero coincidiendo con DE LA ROSA QUINTANA¹²⁵, la crítica más profunda es la realizada por ASENCIO MELLADO afirmando que "la diferencia más importante con el Derecho Español reside en el carácter alternativo de la fianza, En nuestro país, la fianza aparece como una medida tienden a asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al sujeto respecto del cual se acuerda la libertad provisional (art.529 LECrim), es decir, no constituye alternativa alguna a la prisión provisional. Por el contrario, en el Derecho comparado se configura como una auténtica alternativa a aquella medida, impuesta cuando puede verificar los mismos fines que la privación de libertad y en sustitución de la misma. Así se expresa el art. 146 del CPP chileno o el art. 244 de Costa Rica, el art.

¹²³BARONA VILLAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona, 1988. pág. 214.

¹²⁴RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *El proceso penal (Sexta lectura constitucional)*. Barcelona, 2000, pág. 265.

¹²⁵DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares....op. cit.* pág. 265

197 del CPP portugués y el párrafo 1161.4 StPO alemana, que la mencionan como una alternativa genérica¹²⁶.

Vemos según este autor como la fianza no cumple su objetivo de ser una medida alternativa a la prisión. Así, la exigencia de fianza estaría orientada principalmente a garantizar la sujeción del imputado al proceso. La fianza por lo tanto debería ser coercitiva, o lo que es lo mismo, se debe situar en un nivel en el que verdaderamente haga gravoso eludir la acción de la Justicia, pero a su vez no debe impedir la libertad ambulatoria¹²⁷.

La doctrina del TC también se ha pronunciado sobre la fianza, teniendo como puntos principales los que exponemos a continuación:

a) se trata de una medida cautelar que busca asegurar la no sustracción del imputado de la acción de la Justicia, así como la celebración del juicio como el eventual cumplimiento de una sentencia condenatoria;

b) no debe depender del mayor grado o responsabilidad del imputado;

c) el quantum de la fianza puede afectar al derecho fundamental a la libertad;

d) implica una restricción de la libertad personal; e) debe ser contrastada con el criterio general que deriva del derecho fundamental a la libertad¹²⁸.

En otro orden de cosas, hemos de distinguir la libertad con fianza de la prisión eludible con fianza. Para MORENO CATENA " materialmente ambas se resumen al final en lo mismo: el imputado o un tercero garantizan la presencia de aquel con la suma de dinero que el juez ha señalado; sin embargo, en la práctica es diferente. Con la primera quiere significarse que el imputado continúa en libertad, o pasa a esa situación, durante el plazo señalado judicialmente para constituir la garantía, y solo si no lo hiciera, será ingresado en prisión (art. 540). Cuando se hace referencia a la prisión con fianza quiere significarse que concurren los presupuestos para ordenar la privación de libertad, de modo que el imputado continúa en prisión, o desde ese momento se ordena su ingre-

¹²⁶ASENCIO MELLADO, José María. "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad". *La Ley*. 2005, nº 6211, pág. 2.

¹²⁷ Así dijo en su día la AAP Barcelona sección 6ª, de 5 septiembre de 2002.

¹²⁸ Estos principios se extraen de las STC 108/1984, de 26 de noviembre; 66/1989, de 17 de abril; 169/2001, de 16 de julio; 56/1997, de 17 de marzo; 14/2000, de 17 de enero.

so en el establecimiento penitenciario, pero puede eludir la prisión provisional si presta garantía"¹²⁹.

En general, la crítica mayoritaria tiene lugar a la hora de ver la adopción en la práctica de esta medida, ya que en lugar de decretar la libertad provisional bajo fianza, se decreta la prisión provisional y la fianza que habría que depositar para eludir la prisión. Esta inversión, aunque a primera vista pudiera parecer que no presenta mayor malicia, puede constituir un menoscabo del derecho a la defensa del imputado, pues en la mayoría de las veces el tiempo para el depósito de la suma es muy escaso y no siempre es fácil reunir la suma requerida en tan breve periodo¹³⁰.

Los elementos a tener en cuenta por el juzgador a la hora de establecer la procedencia de la caución son en ambos textos legales muy similares, explayándose ligeramente más el CPP¹³¹, al hacer una verdadera enumeración de los aspectos a valorar. La ponderación de estas circunstancias también permitirá determinar la cuantía de la propia caución, así como su modalidad, pues en el CPP si se contempla la posibilidad de decretar libertad provisional bajo caución, o bien prisión preventiva eludible a través de la caución.

4.1.2 Medios electrónicos de localización

Pese a su aparente carácter futurista, o incluso de película hollywoodiense, el futuro CPP contempla los medios electrónicos que permitan la localización del sujeto como una realidad. Es cierto que no se trata de una novedad en nuestro ordenamiento, pues ya el Código Penal establece con carácter de pena no privativa de la libertad la obligación de estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos que permitan seguimiento permanente del sujeto¹³². Pero como ya habrá notado el lector, se contem-

¹²⁹MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, 2004, pág. 301

¹³⁰Sobre esto BARONA VILLAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas...* op. cit. pág. 215

¹³¹ Art. 182.4 CPP:

4.- Para la determinación de la procedencia, modalidad y cuantía de la caución se considerarán las siguientes circunstancias:

1ª. La insuficiencia de otras medidas cautelares personales menos gravosas.

2ª. La gravedad del delito, su grado de ejecución y la participación del encausado.

3ª. La capacidad económica del encausado.

¹³² Como curiosidad, a pesar de lo relativamente reciente de la utilización de los medios telemáticos de localización de personas como instrumentos auxiliares de nuestro procedimiento penal, hoy día cerca de 2.000 personas portan algún tipo de estos dispositivos para el control de sus movimientos, acordados por la autoridad competente. <http://informativojuridico.com/%E2%80%9Cbarcelona-acoge-un-curso-sobre-la-utilizaci%C3%B3n-de-los-medios-telem%C3%A1ticos-en-el-proceso-penal%E2%80%9D> consultado a día 9 de noviembre de 2015.

plan como pena, no como instrumento en pos del buen desarrollo del proceso, testigo que pretende recoger el nuestro futuro CPP.

En la Sección 3ª del CPP se contempla la posibilidad de "*instalación y puesta en funcionamiento de un instrumento telemático de localización*", como alternativa plausible a otras medidas que restrinjan más la libertad del sujeto, según dicta el apartado 1 del art. 185 CPP.

En este caso no nos encontramos frente una medida restrictiva de la libertad ambulatoria como tal, a pesar de que pueda tener dicho efecto, sino que se trata de una medida limitativa del derecho a la intimidad del encausado que, como toda medida limitativa de derechos, exige una clara determinación de los requisitos y presupuestos de su adopción. En este sentido encontramos la primera crítica de esta posible futura regulación, pues bien es cierto que el CPP consagra su utilización como "*alternativa a otra (medida) más limitativa de su libertad, incluida de la prisión preventiva*", garantizando de esta manera el respeto al principio de proporcionalidad, que como bien sabemos es esencial concurrencia para la adopción del cualquier medida cautelar. Pero como íbamos diciendo, parece que su regulación es un tanto escasa, dado que el texto en ningún momento contempla los supuestos concretos en los que puede ser adoptada esta innovadora medida.

El único antecedente legislativo de esta medida lo encontramos en el ALECrím de 2011¹³³, donde tampoco se contemplaban los supuestos en los que adoptar tal medida, aunque sí que sometida la posibilidad de su adopción a la prestación del consentimiento por parte del sujeto en cuestión, y en defecto de este, abriendo la posibilidad a la adopción de una medida más gravosa.

Dado que en el CPP no aparece un precepto de esta naturaleza, ni se concretan los requisitos que permiten la adopción de este tipo de medidas, se plantean serias dudas sobre su armonía con la CE¹³⁴.

Los posteriores artículos que tratan sobre esta figura, como bien hemos señalado, obvian las cuestiones anteriores sobre requisitos y presupuestos. Están directamente

¹³³ Se trata de un anteproyecto de ley muy innovador en materia de medidas cautelares y de protección que nunca llegó a ver la luz.

¹³⁴ Da la sensación de que el CPP a la hora de tratar esta materia es incomprensiblemente descuidado, como si el respeto a la intimidad del encausado ocupara un lugar de menor importancia dentro de las posibles limitaciones que pudiera sufrir el sujeto.

dedicados al tratamiento de los datos que con estos medios se obtengan, así como a la posterior destrucción de estos.

Es sorprendentemente escasa la regulación del CPP en este concreto aspecto de esta materia, pues tampoco se concreta ningún tipo de límite en relación a la información que debe ser registrada, en contraste con el ALECrím de 2011, que si recogía con más o menos acierto los límites a la hora de registrar los datos obtenidos¹³⁵.

Ante el eventual quebrantamiento de la medida, el art. 185.3 CPP diferencia entre el que se produce de forma involuntaria por parte del encausado, que dará lugar si procede a medidas de protección de la víctima y el quebrantamiento voluntario, que provocará la detención del sujeto.

4.1.3 Prohibición de salida del territorio nacional y prohibición de ausentarse de un ámbito territorial determinado.

La retirada del pasaporte u otros documentos de identidad ha sido considerada y calificada como medida sustitutiva de la prisión provisional ya desde hace bastantes años. Sirvan como ejemplo la resolución (65) 11 del Comité de Ministros de 9 de abril de 1965, y en la n.º. R (80) 11 del Comité de Ministros de 27 de junio de 1980.

Esta posibilidad se admitió en la doctrina de la Fiscalía General del Estado, concretamente en la Instrucción 1/1988, de 11 de enero relativa a las medidas judiciales tendentes a imposibilitar a huida de procesados se consagraba la posibilidad de que el Fiscal velase por que el auto de libertad provisional contuviese la posibilidad de prohibir expresamente abandonar el territorio nacional, a no ser que mediaren especiales circunstancias, en cuyo caso sería la autorización por parte de la autoridad judicial competente.

Incluso la Ley 1/1992 de protección y seguridad ciudadana dispone que el pasaporte o documento que lo supla se expedirá al español que lo solicite salvo que haya sido prohibido por la autoridad judicial.

¹³⁵ 4. La información objeto de tratamiento, que deberá ser registrada en un soporte adecuado para tal fin, deberá limitarse a los siguientes datos:

- a) La identidad de la persona puesta bajo medios electrónicos de vigilancia.
- b) El juez o tribunal que haya impuesto la medida.
- c) El domicilio designado por la persona a efectos de localización.
- d) Los datos identificativos del medio de control utilizado.
- e) Las incidencias ocurridas durante la vigilancia.

Es decir, hasta la reforma de la LECrim en 2003 no se consagraba como tal la posibilidad de que la autoridad judicial pudiera imponer esta prohibición, por lo que preceptos como el mencionado anteriormente, así como la práctica llevada a cabo por los Fiscales y Jueces parecían no del todo conjugables con las previsiones constitucionales, al darse una limitación de derechos del sujeto sin la necesaria previsión legal. Lo mismo vino a consagrar la STS 2/1999, de 15 de octubre que rechazó como argumento la alegación de la existencia de la costumbre en la Audiencia Nacional de acordar tal medida, por ser contraria a la ley y al orden público. Conforme a esta sentencia que condena por prevaricación judicial *"la medida de prohibición de salida del territorio nacional adoptada por el juez no tiene fundamento en la ley y afecta a un derecho fundamental de manera grave. Ningún método ni modo interpretativo permitiría deducir o inducir del art. 486 LECrim., una limitación del derecho fundamental como la del auto citado."*

Aunque no parece descabellado, a la luz del voto particular del magistrado MARTÍNEZ PEREDA, considerar que si la ley permite al juez dentro de unos límites adoptar las mayores restricciones de la libertad individual, esto es detención y prisión provisional, con mayor razón debe permitir la restricción mínima, que se deduce de la propia esencia de la relación procesal que requiere la puesta a disposición del imputado en cualquier momento.

El Tribunal Supremo reitera su postura en la STS 169/2001, de 16 de julio, en el llamado Caso Scilingo, al analizar si era plausible acordar la libertad con retirada del pasaporte pese a su aparente escasa cobertura legal. El TS concluye admitiendo que en ningún cuerpo legislativo, ni nacional ni internacional parece que se dé la habilitación suficiente como para adoptar dicha limitación¹³⁶, entendiendo que no era procedente su aplicación de forma análoga, ya que esta "haría quebrar la garantía de previsibilidad de las restricciones acordadas por la autoridad judicial en la libertad personal del sometido a un procedimiento penal".

Como ya se habrá podido intuir, hoy por hoy sí que existe esa habilitación legal que permite la prohibición de salida de territorio nacional, incluso se va un poco más allá, permitiendo la prohibición de ausentarse de un ámbito territorial determinado.

¹³⁶ Concretamente afirma que no había "la suficiente previsión normativa que la exigencia constitucional de certeza del derecho y de protección de la libertad personal requiere".

Así, esta medida está contemplada en el art. 530 LECrim, que dio la referida cobertura legal a esta medida. El propio precepto vincula la posible adopción de esta medida a la necesidad de asegurar la presencia del encausado en el proceso.

En el CPP se consagra la prohibición de salida del Estado español en el art. 186 CPP, a pesar de que en el catálogo presente en el art. 181 CPP se hable tanto de prohibición de salida de territorio nacional como de prohibición de salida de territorio de la Unión Europea.

De acuerdo con los citados preceptos, tanto en la futura regulación como en la actual, la prohibición se materializará informando a la policía judicial y de fronteras, complementándose con la retirada del pasaporte y del documento de identidad habilitante que permita entrar en ciertos países. Asimismo, como resulta evidente, se establece la prohibición de expedición de otros nuevos. Además, se expedirá un testimonio del documento original que constate la limitación de movimientos de su titular y permita su identificación.

Como ya se comentó muy sucintamente, el CPP también contempla la restricción de la libertad de movimiento a un ámbito mayor que la propia residencia pero menor que todo el territorio nacional, posibilitando así la adopción de medidas que restrinjan la salida del encausado de la CCAA, de la provincia o incluso del municipio. La incógnita está clara, ¿cómo controlará la Administración de Justicia el cumplimiento de estas limitaciones? Sería un interrogante con fácil respuesta si el propio texto legal recogiese la posibilidad de emplear los medios electrónicos de localización anteriormente examinados con esta finalidad de control, pero como no podía ser de otra manera, el CPP solo ofrece silencio al respecto.

Por otro lado, tampoco contempla el código en cuestión la posibilidad de conceder permisos por razones de especial gravedad, ya sea en la prohibición de ausentarse del territorio nacional o en la comentada en el párrafo superior.

4.1.4 Presentación obligatoria y comunicación de los cambios de localización.

Frente a la primera denominación de "presentación periódica" que hace el CPP en su art. 181 al enumerar las medidas para garantizar la disponibilidad del encausado, nos encontramos con que en el art. 187 se habla de "*presentación obligatoria*". A efec-

tos prácticos, se trata de la obligación de realizar comparecencias periódicas ante el Tribunal, el Fiscal o la policía.

En la legislación actual, vemos que se contempla en el art. 530 LECrim-siendo el precepto legal tremendamente escueto en comparación con su semejante en el CPP-, pero no como una medida autónoma, sino como contenido dentro de la propia libertad provisional, siendo consustancial a la misma producir este efecto. Considera DE LA ROSA CORTINA que la libertad provisional con obligación apud acta, más que una modalidad de libertad provisional sería la medida básica.

Por si quedara alguna duda, el propio Tribunal Supremo en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014 afirma que " que la libertad provisional con obligación de comparecencia es una medida cautelar es cuestión no controvertida en la dogmática". Añadiendo a su vez la misma sentencia que "*el deber de comparecer es el efecto inmediato de la restricción de la libertad ínsita en la medida cautelar de libertad provisional. La Sala no puede aceptar que una libertad calificada como provisional no implique una restricción del valor constitucional proclamado en el art. 1 de la CE. La comparecencia apud acta no puede imponerse a un imputado cuya libertad no es objeto de medida cautelar alguna, sino a todo aquel "...que hubiere de estar en libertad provisional" (art. 530 LECrim). De acuerdo con esta idea, el grado de afectación que tal medida haya podido implicar respecto de otros derechos -por ejemplo, a la libertad de residencia- es cuestión que no altera la naturaleza ni el significado jurídico de la medida impuesta. La libertad está afectada porque a partir de la resolución judicial que impone las comparecencias periódicas del imputado, es sólo provisional -nota ésta que acentúa su carácter de medida cautelar-, condicionada al cumplimiento de ese deber y a la atención a todo llamamiento judicial".*

Queda patente pues que la finalidad pues de la obligación apud acta sería, con carácter mediato, garantizar la sujeción del encausado al proceso, y con carácter inmediato, detectar con rapidez el riesgo de huida del mismo¹³⁷.

¹³⁷ Así se ha considerado que "como todo procesado o imputado está sujeto a las resultas del proceso penal, la ley le exige una garantía menor que la que consiste en la obligación apud acta de comparecer ante el órgano jurisdiccional los días que se le señale. Nuestra Ley señala la libertad como regla. Con la llamada libertad provisional, se pretende que el procesado este permanentemente a disposición del órgano jurisdiccional: así debe ser entendida la obligación de comparecencia periódica apud acta. Como la libertad queda, aunque mínimamente, afectada, resulta que la libertad provisional es una medida restrictiva de

La determinación del día, lugar y hora de presentación dependerá de las circunstancias familiares, así como de la eventual actividad laboral del encausado, debiendo fijarse los días y horas que "satisfagan las exigencias cautelares con el menor sacrificio del obligado", como ya indicaba el ALECRim de 2011.

En el art. 188 se prevé la comunicación de cambios de localización, aludiendo al requerimiento al encausado de comunicar al Fiscal, desde la primera comparecencia, los cambios de domicilio¹³⁸ o de lugar de trabajo que tengan lugar durante la tramitación de la causa, siempre que estos sean relevantes para la misma.

Asimismo, el encausado tiene la obligación de comunicar al inicio de procedimiento donde puede ser encontrado durante la tramitación de la causa; siendo esta obligación general lo que motiva la importancia de comunicar los cambios de domicilio.

Pese a lo "*light*" que pueda parecer esta medida, no debemos pasar por alto que ante cualquier incumplimiento de las obligaciones establecidas, se podrá adoptar (187.3 y 188.3 CPP) otra medida cautelar más gravosa, existiendo la posibilidad de que esta sea la prisión preventiva si se dieran los requisitos legales.

4.2. Medidas protectoras de la víctima.

Si tomamos como referencia en futuro Código Procesal Penal, las medidas protectoras de la víctima forman parte de las medidas alternativas a la prisión preventiva que aparecen catalogadas en el art.181 de dicho texto legal. Su objeto se centra en limitar en menor medida los derechos del encausado, haciendo especial hincapié en el respeto de la libertad ambulatoria, de forma que se conjugue la regulación con el art.17 CE de una forma más armónica.

En concreto, en la letra B) del antedicho artículo, se establecer las siguientes medidas de protección de la víctima:

- 1ª. Prohibición de aproximación o comunicación con la víctima, familiares u otras personas.
- 2ª. Prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos.
- 3ª. Prohibición de residir en determinados lugares.

la libertad". Palabras de ESCUSOL BARRA, Eladio.*El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado*. Madrid, 1990, pág. 63

¹³⁸Inexplicablemente, el CPP no contempla de ninguna manera los cambios de residencia.

4ª. Suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela o administración de bienes.

Más adelante estas medidas encuentran su desarrollo en la Sección 4ª del Capítulo VI del Título II del libro III BACPP, siendo nominadas como "*Medidas protectoras de la víctima*", que como ya se encarga de señalar VELÁSQUEZ GONZÁLEZ¹³⁹, adolece tal denominación de una clara falta de técnica legislativa, pues se regulan cinco y no cuatro medidas como se establece al inicio en el catálogo.

Encontramos otra posible crítica en lo referido a la terminología, pues el legislador juega con los términos "*medidas de protección*" y "*medidas protectoras*" de forma indistinta. Claro ejemplo el art. 181 CPP, en donde se denominan de la primera forma, mientras que en la Sección 4ª del Capítulo VI del Título II del Libro tiene como rúbrica general "*Medidas protectoras de la víctima*". Además, no podemos pasar por alto que la orden de protección no se encuentra enumerada en el art.181.1.B) CPP, pero en cambio sí que encuentra su desarrollo al tratar las medidas protectoras de la víctima.

Tampoco podemos ignorar el error conceptual que comete el legislador en este nuevo código, pues considera a las medidas protectoras de la víctima como medidas cautelares; a pesar de que como bien se ha tratado hasta ahora, parece que persiguen una finalidad ajena al propio concepto de medida cautelares y no tan estrechamente conectadas con el proceso. De todas formas, no es un error novedoso, pues ya en la Ley de Enjuiciamiento Criminal se comete la misma inexactitud.

Aun así hay voces como DAMIÁN MORENO que afirman que en el proceso penal las medidas cautelares no solo sirven para asegurar el cumplimiento de la pena impuesta, sino para garantizar el derecho a imponerla. Así parece defendible que los jueces de instrucción puedan acordar medidas de protección durante las primeras diligencias o durante la fase de instrucción, dado que no se trata de una posibilidad ajena a la función del proceso penal¹⁴⁰.

Las medidas de protección que se incluyen en el CPP no son una novedad en nuestro proceso penal, en cuanto fueron introducidas en la actual LECrim por la Ley

¹³⁹VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Zugey. "Medidas protectoras de la víctima como alternativas a la prisión preventiva en el borrador de anteproyecto del Código Procesal Penal". En *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal... op. cit.*, pág. 430.

¹⁴⁰ DAMIÁN MORENO, Juan. "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal" en *El Derecho y su garantía jurisdiccional*. Madrid, 2009, pág. 172 (también en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Madrid, 2004, págs. 91-111)

14/1999, de 23 de noviembre, que añadió al art. 544 el apartado *bis*, incorporando la prohibición de residir, de acudir a determinados lugares o incluso de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. Además, el art. 544 de la LECrim prevé la conocida orden de protección, que fue introducida por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de violencia de doméstica. Por último tampoco podemos olvidar la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o administración de bienes ya ha sido contemplada por el art. 65 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

A continuación, tomando como referencia la estructura que propone el Código Procesal Penal, analizaremos con más detalle cada una de estas medidas de protección.

4.2.1 Prohibición de aproximación o comunicación. Prohibición de entrada en locales y determinados lugares. Prohibición u obligación de residencia.

Los arts. 190, 191 y 192 CPP regulan cinco medidas destinadas a la protección de la víctima, no siguiendo la senda de la LECrim en su art. 544 bis en dos cuestiones en particular: por un lado, a la hora de enumerar las concretas medidas, ya que el CPP a las medidas contempladas por la LECrim, esto es, a la prohibición de aproximación o comunicación, la prohibición de acudir a ciertos lugares o a la prohibición de residencia, les añade además la obligación de cambio de residencia para el supuesto victimario. Por el otro lado, la LECrim contempla estas medidas únicamente para los supuestos en que se esté delante de uno de los delitos del art. 57 del Código Penal, mientras que el CPP, no conoce tal limitación, exigiendo solamente la existencia de "*indicios suficientes de posibles atentados del encausado contra la vida o integridad de las víctimas u otras personas con las que estén íntimamente vinculadas, o contra su patrimonio*" (art. 190 CPP).

Asimismo, la crítica que se puede hacer a la regulación actual es extensible a la regulación recogida en el CPP, dado que en ambos textos legales se omite cualquier referencia al procedimiento a seguir, pese a que nos encontramos ante medidas que limitativas de los derechos del encausado, lo que exigiría una regulación con algo más de detalle.

Y como no podría ser de otra manera y podrá intuir el lector, tampoco se recoge ninguna utilización de los medios telemáticos de localización previstos en el CPP, en

pos de garantizar el cumplimiento de estas medidas de protección de la víctima, lo cuales podrían llegar a ser un complemento perfecto para garantizar la eficacia de las medidas adoptadas¹⁴¹.

Por lo general, tanto la LECrim como el CPP brindan varias posibilidades de alejamiento¹⁴², introduciendo pautas flexibilizadoras para que su utilización se adapte a las particularidades de cada caso.

Estas peculiaridades se ven concretadas en los siguientes principios¹⁴³: 1) autonomía, por la cual cada prohibición tiene sustantividad propia, pudiendo ser perfectamente adoptadas de forma individual; 2) acumulatividad, dado que las distintas modalidades pueden ser adoptadas conjuntamente; 3) adaptabilidad, que supone la sumisión de las diferentes medidas a la cláusula *rebus sic stantibus*, pudiendo aplicarse a diferentes marcos espaciales así como temporales, pudiendo siempre ser revocadas, sustituidas, o modificadas ya en existencia como en extensión¹⁴⁴.

Así, el art. 554 bis LECrim estructura estas medidas con unos contornos muy flexibles, de forma que puedan adaptarse a cada situación en concreto, procurando el mínimo daño al sometido pero a la vez garantizando la seguridad del protegido. No debemos olvidar que como en toda medida limitativa de derechos, sigue jugando un papel protagonista el principio de proporcionalidad, acompañado como siempre de los parámetros de idoneidad y necesidad.

a) Prohibición de aproximación o comunicación

Se refiere de manera muy sucinta a esta prohibición el art. 544 bis LECrim, afirmando que cuando se "*investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpa-*

¹⁴¹ Así muestran su parecer GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal...* op. cit. pág. 464

¹⁴² Autores como ARAGONESES consideran que "son tres medidas diferentes, enunciadas según su mayor o menor intensidad, cuyo propósito común, el alejamiento o distanciamiento entre v [presunto] agresor y víctima para la protección de la última, justifica su tratamiento conjunto". ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, y otros. *Tutela pena y tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid. 2006, pág. 411

¹⁴³ DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares...* op. cit. pág 323.

¹⁴⁴ DELGADO MARTÍN, Joaquín. "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". *La Ley*. 2004, n° 2.

do (...) la prohibición de (...) aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas".

El alejamiento entre victimario y víctima está configurado en nuestro ordenamiento penal no solo como medida cautelar, sino también como pena accesoria impropia (art. 57 CP), como medida de seguridad (art. 105.g CP); como condición para la suspensión de la pena impuesta en sentencia condenatoria (art. 83.1, 1.º y 1º bis CP); como condición para llevar a cabo la sustitución de la pena privativa de libertad por trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88 CP) y como una de las reglas de conducta para el mantenimiento del beneficio de la libertad condicional (90.2 CP).

Su fundamento como medida cautelar encuentra su explicación en la EM de la Ley 14/1999, señalándose que "persiguen el objetivo de facilitar la inmediata protección de la víctima" por medio del "distanciamiento físico entre agresor y víctima"¹⁴⁵.

Esta materia ha sido regulada por aluvión, como sostiene DE LA ROSA QUINTANA, dado quizás por la presión social que exigía -y exige- soluciones contundentes sobre la materia. Así coexiste una regulación general para los delitos cometidos contra las personas que se contemplan en el art. 57 CP¹⁴⁶, y ya dentro de esta regulación general se incluyen diversas especialidades para un subgrupo constituido por los delitos englobables bajo la violencia doméstica genérica, cometidos por las personas que menciona el art. 173.2 CP¹⁴⁷. A su vez, dentro de éste subgrupo, existiría otro subconjunto constituido por los delitos de violencia de género, que como bien cabe remarcar, cuentan con sus propias particularidades cautelares. Así, a la luz de la regulación hoy por hoy existente, distinguimos un sistema constituido por un régimen aplicable a la genera-

¹⁴⁵ No en vano, las medidas de alejamiento han sido definidas como "medidas cautelares que persiguen el distanciamiento físico del agresor y la víctima con la finalidad de reducir el riesgo de reiteración delictiva". MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada. "Órdenes de alejamiento". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 2001, nº 4, pág. 487. Nótese, como ya se ha ido mencionando a lo largo de este trabajo, que existe una cierta identidad en los fines de las medidas que buscan evitar la reiteración delictiva con aquellas que buscan proteger a la víctima de posibles ataques, pues en ambas se busca evitar la comisión de una acción delictiva.

¹⁴⁶ Estos son: los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

¹⁴⁷ Estas personas son según su relación con la víctima: *quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados*

lidad de los casos, un régimen especial (art. 544 bis en conexión con el art. 544 ter) y luego un régimen *especialísimo* integrado por los supuestos contemplados por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Casualmente, será en este último ámbito tan especial donde la medida encuentra su máxima aplicación práctica, sobre todo en términos cuantitativos, ya que en este caso, las relaciones entre víctima y victimario reflejan específicos perfiles criminológicos¹⁴⁸.

Si volvemos nuestra vista al CPP, vemos que la prohibición de aproximación o comunicación se regula en el art. 190, aunque en el no sé especifique a quiénes estaría dirigida la medida, en contraste con el art. 181.1.B).1ª del mismo texto, que al referirse a estas medida alude a las "*víctimas, familiares u otras personas*".

Como ya dijimos, para acordar esta medida es necesario que se den indicios de posibles atentados contra la integridad o vida de las víctimas u otras personas con las que exista ese estrecho vínculo, o incluso contra su patrimonio. Eso sí, no se hace ningún tipo de mención respecto a las circunstancias económicas, laborales o familiares del encausado, que en cambio sí se mencionan y se tendrán en cuenta a la hora de adoptar la prohibición u obligación de residencia del encausado (art. 192); eso sí, para la concreción de la prohibición de aproximación sí que consagran la observación del lugar del domicilio del encausado y las ubicaciones de los lugares vetados, a los efectos de establecer con precisión los límites sobre el "mapa" de la medida.

En los supuestos en los que pueda tenerse como incumplida dicha prohibición, se puede llegar a adoptar la prisión preventiva (190.2 CPP), siempre y cuando se diesen los requisitos legales necesarios. Eso sí, merece especial atención y resulta un gran acierto del legislador la aclaración sobre los supuestos en los que no se considerará quebrantamiento de la medida, mencionando específicamente los encuentros ocasionales en lugares distintos a los prohibidos, ni los acercamientos provocados por la propia persona objeto de la protección (190.1ª.2). Con ello, el CPP busca resolver numerosos de los problemas prácticos que dicha medida suele generar en la práctica.

¹⁴⁸SÉPULVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles. "Psicopatología de las víctimas de malos tratos". *CEJAJ-Instituto de la Mujer. Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. 2000, pág. 390 y 391

b) Prohibición de entrada en locales y determinados lugares.

Esta medida está recogida tanto en el art. 191 CPP como en el art. 544 bis LE-Crim, que alude expresamente a la "*prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas*".

Tal y como está contemplada esta medida en el CPP, parece que se da a entender que está solo se verá aplicada cuando se trate de lugares cerrados, sin embargo, en la enumeración del art. 181.1.B) 2ª del CPP, parece que la prohibición es de mucha mayor extensión, incluyendo "*acudir a determinados territorios, lugares y establecimientos*". En este mismo sentido, el propio CPP en su art. 191 señala que el Tribunal podrá, previa instancia de parte, imponer al encausado la prohibición de entrada o tránsito en determinados sitios, evitándose así cualquier clase de encuentro fortuito o personas en riesgo de atentados ya sea contra su vida, integridad personal o patrimonio.

A la luz de lo expuesto, esta prohibición supone una mayor intensidad en la restricción de derechos, por lo que debemos de pensar que se ha de presuponer un mayor riesgo para la víctima, para que se dé esta mayor intensidad en la protección, o lo que es lo mismo, mayor intensidad en las limitaciones para el encausado. Así, la antedicha prohibición puede adoptarse en relación al lugar en que se haya cometido el hecho delictivo, o aquel en donde resida la víctima o su familia, si no coincidieran. Si bien, la prohibición puede ser genérica, aplicándose a una ciudad, municipio, provincia o incluso comunidad autónoma completa¹⁴⁹, como también puede ser más específica, no permitiendo la entrada a bares, clubs de alterne, centro de trabajo¹⁵⁰...

c) Prohibición u obligación de residir.

La prohibición de residencia, contrastando con la prohibición de acudir a ciertos lugares, limitaría del derecho del afectado a establecer libremente su lugar de residencia, lo que se podría llegar a manifestar de dos maneras: prohibiendo al sujeto el establecimiento de su residencia en los términos fijados en la prohibición, o también obligando

¹⁴⁹Esto produce numerosos problemas en la práctica. Piense la prohibición que no permita al encausado residir en una CA puede ser ciertamente gravosa, pero más aún si la prohibición incluyese también la imposibilidad de tan siquiera acudir a ella, dando lugar a verdaderos trastornos para el encausado a la hora de desplazarse por el territorio nacional sin quebrantar la medida. Se espera entonces, que el criterio del juez unido al siempre aplicable principio de proporcionalidad evite la adopción de este tipo de prohibiciones que podrían a llegar a sobrepasar los límites del sentido común.

¹⁵⁰ En alguna ocasión se ha llegado a prohibir residir o simplemente acudir a una determinada ciudad y a lugares que se encontrasen a 25 Km de la misma. SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*. Granada, 1996. pág. 2

al sujeto a trasladar su residencia fuera de los límites que concrete la medida en cuestión. Así, cumpliendo con este cometido, no habría razón para que el encausado no pudiera acudir al barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad autónoma en cuestión.

El CPP no introduce grandes modificaciones en lo que a esta prohibición se refiere, pese a que en su art. 181.1.B) enumera las medidas cautelares de protección de la víctima, refiriéndose a la "*prohibición de residir en determinados lugares*", y posteriormente en el art. 192, a la hora de desarrollar esta medida parece incluir además la obligación de residencia en un determinado lugar, que en nuestra opinión, tendría la sustantividad propia para ser considerada otra medida cautelar¹⁵¹. Pero como ya venimos comprobando a lo largo del análisis, en el CPP la rúbrica no es indicativa del concreto contenido de las medidas sobre las que trata.

De este modo, el art. 192 CPP permite al órgano judicial imponer al encausado medidas restrictivas de su libertad de residencia, que pueden obligarle al cambio de residencia o impedir establecer esta en determinados lugares. Por tanto, no se establece una obligación dirigida al encausado de residir en un determinado lugar, sino de cambiar el lugar de esta.

Como en el resto de medidas de esta índole, a la hora de su adopción se tendrá en cuenta la situación familiar, económica y laboral del encausado. Asimismo, el incumplimiento de estas medidas posibilitaría la adopción de la prisión preventiva si se cumpliesen los requisitos legales.

4.2.2 Suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes

La regulación actual de esta medida hemos de buscarla en la LECrim, concretamente en su art. 544 *quinquies*¹⁵². En ella se recoge la posibilidad en los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, de que el Juez o Tribunal, cuando resulte necesario al fin de protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, adopte las siguientes medidas:

¹⁵¹En cuanto se añade en la rúbrica el término "*obligación*", se configuraría ya como una medida propia, según autores como GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal...* op. cit. pág. 465.

¹⁵² Ese artículo es ciertamente reciente pues fue introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, entrando en vigor durante la realización de este trabajo (28 de octubre de 2015).

a) Suspender la patria potestad de alguno de los progenitores. En este caso podrá fijar un régimen de visitas o comunicación en interés del menor o persona con capacidad judicialmente modificada y, en su caso, las condiciones y garantías con que debe desarrollarse.

b) Suspender la tutela, curatela, guarda o acogimiento.

c) Establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, sin perjuicio de las competencias propias del Ministerio Fiscal y de las entidades públicas competentes.

d) Suspender o modificar el régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor, cuando resulte necesario para garantizar la protección del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada

Estas medida reguladas por la LECrim, aunque materialmente traten sobre cuestiones de índole civil, al darse su adopción en el marco de un proceso penal hemos de entender que no están sometidas a las limitaciones y elementos propios de las medidas civiles, salvo en las concretas referencias que hagan a la LEC por parte de la LECrim.

La Ley 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género(en adelante LOMPICVG) tampoco es ajena a esta medida cautelar. Encontramos reguladas medidas cautelares de suspensión de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho. Al estar reguladas singularmente por la LOMPICVG, entendemos que son medidas específicas de naturaleza autónoma, debiendo entenderse que no están sometidas al plazo de caducidad propio de las medidas civiles de la orden de protección que más adelante trataremos. Además, tampoco se deben entender como subordinadas a la ratificación del proceso civil¹⁵³.

¹⁵³ Las conclusiones de magistrados de secciones especializadas emancipan esta medida de los requisitos de las medidas civiles de la orden de protección, y por ello se entiende que "habrán de estar sometidas a plazo en la causa penal, con independencia de que se presente o no demanda que inicie un proceso de familia. En todo caso habrá de valorarse el interés de los menores afectados". Así se pronuncia, entre otros autores GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*. Madrid. 2007, pág. 105.

A la hora de valorar la conveniencia de la adopción o no de estas medidas cautelares debe tenerse en mente el interés superior del menor¹⁵⁴, no debiendo nunca optar por la aplicación de esta medida de forma automática o estandarizada¹⁵⁵. En este sentido es de especial valor la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2004, de 14 de junio que afirma "el carácter pluriofensivo de los delitos relacionados con la violencia de género supone reconocer que el círculo de víctimas no se identifica exclusivamente con la persona que soporta el maltrato. La erosión de los valores que han de regir la convivencia del grupo familiar afecta también cómo no a los hijos menores de edad". El alcance de los efectos de la violencia de género a otros miembros de la familia más allá de la propia víctima ya fue afirmado por la Fiscalía General del Estado en la Circular 4/2003¹⁵⁶, dejando la importancia de esto, así como sus repercusiones en el proceso cautelar. No resulta ilógico pensar que ciertos delitos pueden generar efectos altamente negativos sobre los hijos, como tampoco nos parece ilógico pensar en extender dicha consideración más allá de los delitos de violencia de género a los delitos de violencia doméstica.

Continuando con el análisis, vemos que el art. 65 LOMPICVG que ha sido modificado muy recientemente en esta materia por la Ley 8/2015 en relación con los menores víctimas de violencia de género, al regula esta materia consagra que "*el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él.*

¹⁵⁴ "No hay que olvidar que la protección de las víctimas, sobre todo en los casos en los que la conducta violenta se proyecta exclusivamente hacia la mujer, no justifica por sí sola la adopción de estas medidas que, como es el caso de la suspensión de la patria potestad o del régimen de visitas, debe quedar reservada para los supuestos de singular gravedad... Hay que velar porque el niño no sea separado de sus padres, excepto cuando tal separación sea necesaria para el interés superior del menor, como es el caso de ser objeto de maltrato por parte de sus padres". Palabras de TASENDE CALVO, Julio Jesús. *Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Pamplona. 2005, pág. 19

¹⁵⁵ La adopción de esta medida cautelar debe ser siempre acompañada de cierta prudencia y motivación suficiente para cada caso en concreto, huyendo de las resoluciones estereotipadas y sin perder de vista la debida ponderación de los intereses en conflicto. En esta línea se considera que "la restricción al presunto maltratador de estos derechos paterno-filiales debe ser la excepción, debe ceñirse a lo que impida la real efectividad del alejamiento acordado y permite puntos de intermediación que no los convierten en irrealizables a través de su puesta a disposición en puntos neutrales de entrega, que bajo ningún concepto deben propiciar denuncias por quebrantamiento". Así se manifiesta en VELASCO NUÑEZ, Eloy. "Las medidas cautelares en la Ley integral contra la violencia de género." *La Ley Penal*. 2005, nº 15, pág. 10.

¹⁵⁶ La Circular mentada establece que determinados actos, por su propia naturaleza y ejecución, pese a que recaen como tales en un miembro concreto de la unidad familiar, afectan en cierto modo a todos los miembros de la misma, debiendo ser considerados víctimas del delito en su conjunto. Esta consideración tendrá una especial relevancia en sede de medidas cautelares.

Si no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de lo menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento periódico de su evolución.”

Como bien sabrá el lector, se trata de una materia extremadamente sensible, donde la mayoría de las veces confluyen numerosos intereses jurídicos, todos ellos en principio merecedores de protección, incluso desde la perspectiva del propio menor, teniendo un derecho a estar protegido frente a comportamientos violentos (incluso a no ser testigo de ellos) y que tiene también derecho, siempre acorde con su interés, al contacto con ambos progenitores¹⁵⁷.

Podemos apreciar como la reforma de la LECrim va más allá de aquella recogida en la LOMIPCVG, dado que no concibe únicamente la medida como protectora de los menores como el art.65 de la 1/2004, sino que su ámbito se extiende también a otras personas sometidas a tutela, curatela o administración de bienes, como pueden ser los incapaces. De la misma manera se contempla en el art 193.1 del CPP, aunque hemos de reconocer que este va más allá, no limitándose únicamente a la suspensión de figuras como la tutela, la patria potestad o la administración de bienes, sino que además se refiere a cualquiera de las facultades inherentes a estas figuras. Así, en la propia resolución en que se adopte la medida, se deberá indicar qué concretas facultades de la patria potestad, custodia, tutela, curatela o administración de bienes, se suspenden en relación al encausado. Esto haría totalmente innecesaria la previsión de la suspensión de visitas, configurada de medida autónoma, tal como se incluye en el art. 66 de la Ley 1/2004.

Además, tanto en el CPP como en las innovaciones de la LECrim, se recoge que si se produjera una situación de desamparo con respecto al menor como consecuencia de la adopción de alguna de estas medidas, el órgano judicial deberá ponerlo en conocimiento de la entidad pública competente en materia de protección de menores, ya sea de oficio o instancia de parte.

¹⁵⁷ Así se manifiesta DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Tutela Cautelar de la Víctima. Órdenes de Alejamiento y Órdenes de Protección*. Pamplona, 2008, pág:317

4.2.3 Orden de protección

La orden de protección se enmarcaría dentro de los más recientes instrumentos de tutela de los intereses de las víctimas en el proceso penal. Bien es cierto que su radio de acción se encuentra más limitado que el de las medidas de alejamiento que anteriormente vimos, dado que en la actual regulación estas no están orientadas exclusivamente a las víctimas de la violencia doméstica. Así, la orden de protección se enfoca exclusivamente a las víctimas de los injustos englobables dentro del concepto de violencia doméstica. Así, el ámbito de actuación que la orden de protección abarcaría tendría principalmente cuatro manifestaciones principales: violencia contra la pareja, violencia contra la infancia, violencia contra los ancianos y violencia de hijos mayores de edad contra sus progenitores.

Tal y como están consagradas en el ordenamiento actual, las medidas de alejamiento y la orden de protección se sitúan en una relación *sui generis*¹⁵⁸, ya que cabe aplicar alguna medida de alejamiento a supuestos en los que no puede acordarse la orden de protección, al tiempo que en el marco de la orden de protección siempre existiría la posibilidad de acordar una medida de alejamiento. Por otro lado, la relación entre ambas instituciones no siempre es tan simple, dado que cabría aplicar alguna de las medidas del art. 544 bis LECrim en supuestos de violencia doméstica sin pasar antes por los trámites de la orden de protección.

Una vez más, debemos recordar, con el fin de evitar equívocos, que la orden de protección no es como tal una medida cautelar, sino que es el cauce formal por el que puede acordarse, tomando prestada la expresión de DE LA ROSA CORTINA¹⁵⁹, un cóctel de medidas, que tampoco, en el sentido estricto del término, son en principio cautelares.

Así, la orden de protección presenta ciertas especialidades desde la promulgación de la LOMPICVG. Este régimen especial es de gran relevancia, pues paradójicamente es el más aplicado, ya que con las estadísticas en la mano, los supuestos más fre-

¹⁵⁸DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares....op. cit.* pág 337

¹⁵⁹ Empleada por ejemplo a lo largo de la obra de DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Tutela Cautelar de la Víctima....op. cit.*

cuentes de violencia doméstica son de novios, maridos y compañeros contra sus mujeres¹⁶⁰.

Podemos tomar como definición de orden de protección la que da la Fiscalía General del Estado, que define la orden de protección como "resolución judicial que constata la existencia de una situación objetiva de riesgo para una víctima de violencia doméstica (recordamos que estas son algunas de las personas contempladas en el art. 173.2 CP) y, en consecuencia, ordena su protección durante la tramitación de un proceso penal por delito o falta¹⁶¹ mediante, por un lado, la adopción de medidas cautelares civiles y/o penales; y por otra parte, a través de su comunicación a las entidades competentes para la adopción de medidas de asistencia y protección social"¹⁶².

Es evidente la necesidad de una singular tutela frente a este tipo de delincuencia, pues como señala algún autor "el hogar es de hecho el lugar más peligroso en la sociedad moderna. Los seres humanos tenemos mayor probabilidad de ser asaltados, maltratados o torturados, física y mentalmente, en nuestro propio hogar y a manos de alguien supuestamente querido, que en ningún otro lugar"¹⁶³.

Frente a esta problemática, la importancia de la tutela cautelar alcanza una esencial importancia, llegando incluso a superar la respuesta definitiva. Debemos partir de la base de que en muchos casos, la pena impuesta a través de la sentencia tiene una eficacia relativa, viéndose su efecto preventivo ciertamente muy mermado. En opinión de SOLETO MUÑOZ, muchos de estos agresores no son motivables por la pena, dado que llegan a actuar mostrando un evidente desprecio por la propia vida, desembocando en conductas suicidas. En esta tesitura, la tutela cautelar adquiere una importantísima rele-

¹⁶⁰ Si acudimos al Instituto Nacional de Estadística vemos que en el año 2014, hubo 7.084 víctimas de violencia doméstica, frente a 27.087 mujeres víctimas de violencia de género. Instituto Nacional de Estadística, www.ine.es/prensa/np906.pdf. Consultado a 11 de noviembre de 2015.

¹⁶¹ Dada la última reforma del CP a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el Código Penal, las faltas ya no existen como tales, luego deberemos interpretar este "faltas" conforme a la nueva regulación, es decir, como "delitos leves".

¹⁶² Informe de la Fiscalía General del Estado al Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 355/2004, de 5 de marzo regulador del Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica.

¹⁶³ CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Violencia doméstica. Una introducción desde la criminología". *Revista del Ministerio Fiscal*. 2005, nº 13, pág. 19

vancia, proporcionando al proceso penal un añadido de eficacia y legitimación a través de la protección de la víctima desde los inicios¹⁶⁴.

En todo caso, y en palabras del Tribunal Supremo: "[el problema] *debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios*"¹⁶⁵.

Centrándonos ya en la letra de la Ley, vemos que la orden de protección aspira a dotar a las víctimas de la violencia doméstica de un estatuto integral de protección, como bien señala la propia norma (art. 544 *ter*5 LECrim): "*La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico*".

Opina RAMOS MÉNDEZ que el legislador "ha estado a punto de crear un nuevo juicio especial, pero las limitaciones constitucionales que intuía le han obligado a incardinar este bloque protector en el marco de un juicio penal."¹⁶⁶ Lo más interesante de la regulación de la orden de protección, es que permite aglutinar medidas restrictivas de derechos, medidas de contenido patrimonial y medidas de índole civil a la vez, pero no ha incluido ninguna medida que no se encontrase ya en los textos legales. Además, dada su consideración de medida cautelar, su pervivencia está vinculada al mantenimiento de los presupuestos que la habilitaron, a la duración de cada medida autónoma que incluya y a la suerte del juicio del cual sea instrumento.

A la hora de hablar del contenido de la orden de protección, vemos que el art. 544 *ter* 5 LECrim señala que el contenido estará formado por "*las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo*". Cuál será nuestra sorpresa al ver

¹⁶⁴ SOLETO MUÑOZ, Helena. *Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica*. Madrid, 2005. Pág. 3. Además en este sentido RIBOT IGUALADA, Jordi. "Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el derecho civil?". *Diario La Ley*. 12 de octubre de 2001.

¹⁶⁵ Cita extraída de la STS 927/2000, de 24 de junio. En el mismo sentido, STS 1162/2004, de 15 de octubre.

¹⁶⁶ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...op. cit.* pág. 320

que el artículo no dice nada al respecto, sino que únicamente se remite a otras normas, las cuales deberán aplicarse con sus propios presupuestos.

Así, al amparo de una orden de protección vemos que pueden otorgarse:

-Cualquiera de las medidas cautelares penales prevista en la legislación procesal criminal, con el respeto debido a sus presupuestos, contenido y vigencia. Lo único que añade la orden de protección es la especial mención a la consideración de la necesidad de protección integral e inmediata de la víctima. (Art. 544 *ter*6 LECrim).

Dado que las medidas cautelares típicas son autónomas tanto en presupuestos como en su duración procesal, parece que el legislador está incitando inconscientemente al uso de la prisión provisional como solución contra la violencia doméstica.

Además, como ya tratamos anteriormente, las prohibiciones del art. 544 *bis* pueden formar perfectamente parte del contenido de una orden de protección.

-Medidas de naturaleza civil¹⁶⁷, que englobarían principalmente las medidas provisionales típicas de los juicios de separación y divorcio. Como también mencionamos *supra*, estas medidas pueden ser adoptadas por el juez de instrucción, sin perjuicio de que posteriormente puedan ser -o no- ratificadas en el marco de un proceso civil.

Entre las medidas que vienen expresamente citadas por el texto legal encontramos la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, la determinación del régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios (art. 544 *ter* 7 LECrim)

Por otro lado, la recientísima modificación de este artículo por la ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, supone un refuerzo a la protección de los hijos de las mujeres víctimas de violencia de género en el marco de la orden de protección, al prever que el Juez deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas civiles (régimen de guarda y custodia, visi-

¹⁶⁷Con más detalle al respecto CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. “Medidas en el ámbito civil de la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica”. *Justicia*, 2010 nº 1 y 2, págs. 193 a 223

tas, comunicación y estancia, etc.). Antes de la entrada en vigor de esta ley¹⁶⁸, el Juez sólo podía adoptar las medidas civiles de la orden de protección si lo solicitaban la víctima o su representante legal, o el Ministerio Fiscal.

Vemos que se hace mención expresa a la vigencia de las medidas de esta tipología que puedan llegar a adoptarse, estableciendo 30 días de vigencia temporal. Si dentro de este plazo fuese incoado a instancia de la víctima o de su representante legal un proceso de familia ante la jurisdicción civil, las medidas adoptadas permanecerán en vigor durante los treinta días siguientes a la presentación de la demanda. En este término las medidas deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el Juez de primera instancia que resulte competente (art. 544 *ter* 7 segundo párrafo de la LECrim).

-Por último se incluye la adopción de *medidas de asistencia y protección social* establecidas en el ordenamiento jurídico (art. 544 *ter* 5 LECrim). Este punto puede parecer un tanto extraño, pues resulta ciertamente desproporcionado que haya de intervenir un juez para que una presunta víctima de violencia doméstica sea oída por las instancias administrativas más próximas¹⁶⁹.

Para terminar este apartado, siguiendo la dinámica hasta aquí seguida, analizaremos qué dice al respecto y cómo lo dice el CPP.

Para empezar, observamos que la orden de protección de la víctima no está prevista dentro del ya famoso "*catálogo de medidas alternativas a la prisión preventiva*", pero si se regula posteriormente en el art. 194:

1.- El Tribunal dictará orden de protección de las víctimas de violencia contra la mujer, cuando alguna de las personas previstas en el artículo 173.2 del Código Penal resulte en situación objetiva de riesgo que haya motivado la adopción de alguna de las medidas previstas en esta Sección, y existan indicios bastantes que fundamenten la sospecha de la comisión por el denunciado o encausado de un delito o falta reiterada contra su vida, integridad física o moral, libertad sexual o libertad o seguridad.

¹⁶⁸ Dichas modificaciones entraron en vigor el 28 de octubre de 2015, como establecía el apartado trece de la disposición final primera de la ley en cuestión.

¹⁶⁹ RAMOS MÉNDEZ, considera que esta medida consagra la orden de protección como salvoconducto que abre las puertas de las autoridades y administraciones públicas, cuestionándose el Estado de Derecho. RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal...op. cit. pág. 321*

Este primer apartado del CPP sobre la orden de protección dista mucho de no ser polémica. Como habrá podido leer, se restringe su uso a supuestos de violencia de género, olvidando completamente la mención a las víctimas de violencia doméstica, como si incluye la ley actual. Por si fuera poco, en el apartado 2º de dicho artículo se establece entre otras cosas que la orden se dictará a instancia de la víctima o personas mencionadas en el art. 173.2 del CP, por lo que se recogen las víctimas tanto de violencia doméstica como de género.

Siguiendo con el estudio, vemos que en lo que respecta al ámbito objetivo de la orden de protección no se enumera en ningún precepto cuál es el concreto "*estatuto integral de protección*", sino que se hace una remisión a lo contenido en la LO 1/2004. De esta forma, surgen numerosas dudas sobre la extensión de la misma, dado que podemos entender que se limita exclusivamente a los art. 61 a 69 LO 1/2004 o por el contrario incluye también las medidas de asistencia y protección necesarias¹⁷⁰. Debemos intuir, pese al despropósito del legislador, que la intención de este era la inclusión de estas medidas asistenciales y sociales a la víctima en la orden de protección, en cuanto el art 194 CPP alude expresamente a estas.

De nuevo, vemos que el legislador se olvida del uso de medios telemáticos de localización, que podrían resultar de grandísima utilidad a la hora de dotar a la orden de protección de efectividad, garantizando su cumplimiento.

4.3. Medidas neutralizadoras de la peligrosidad del encausado

Se trata de una serie de medidas muy diferentes entre sí, en las que incluso se puede llegar a apreciar una naturaleza jurídica diversa, y cuyo punto de conexión sería el objetivo general que persiguen, materializado en la neutralización de la peligrosidad del encausado. De todos modos, como ya no nos es ajeno, veremos que algunas de ellas no persiguen únicamente esta finalidad.

Las medidas recogidas por nuestra actual regulación tienen un carácter más bien marginal. Además, no encuentran recogidas en un solo texto legal, sino que se encuentran diseminadas por diferentes leyes.

Asimismo, es de vital importancia recordar al lector que las medidas que se examinarán a continuación son de naturaleza preventivo-cautelar, esto es, no tienen

¹⁷⁰ Entre otras: casas de acogida, centros de día o pisos tutelados, asistencia jurídica gratuita y especializada o asistencia psicológica gratuita.

carácter de penológico, a pesar de que la mayoría de ellas encuentren su *réplica* como penas accesorias por el Código Penal

En este sentido, la propuesta que hace el CPP en su art. 195 si es innovadora, al intentar agrupar en un solo articulado la gran mayoría de medidas *nominativamente* cautelares que buscan neutralizar la peligrosidad del individuo. Aunque también es cierto que parece que el legislador ha optado por convertirlo en el cajón de sastre de las medidas *cautelares*, pudiéndose encontrar, como veremos a continuación, medidas de lo más dispares entre sí.

No todas estas medidas no tienen por objeto la privación de libertad del encausado, sino que en su gran mayoría buscan la privación de otro tipo de derechos, en cuanto suponen la inhabilitación para el ejercicio de determinadas actividades o privación del derecho a conducir o a portar o tener armas de fuego. Viendo esto, nos podremos cuestionar la naturaleza de estas medidas, dado que son idénticas a las penas que se podrían imponer en una eventual sentencia condenatoria, así podría decirse que su naturaleza jurídica es más próxima a las medidas provisionales o anticipatorias que a las medidas cautelares. Lo mismo podríamos pensar de la obligación de participar en programas educativos o formativos. Más semejante a una medida de seguridad parece la obligación de someterse a tratamiento o control médico, contemplada en el art. 197, dada su gran similitud con la medida de seguridad prevista el art. 101.1 CP. Finalmente, el sometimiento a custodia previsto en el art. 198 CPP sí que supondría una privación de la libertad deambulatoria -aunque leve- del encausado.

4.3.1 Inhabilitación para ejercer determinadas actividades.

El primer grupo de medidas neutralizadoras viene propuesto por el CPP en su art. 195, bajo la rúbrica "*inhabilitación para ejercer determinadas actividades*". Una denominación bastante inapropiada, claro ejemplo de falta técnica legislativa dado que no alude por completo al contenido que se desarrolla, ya que el precepto en cuestión incluye tres medidas cautelares diferentes: inhabilitación o suspensión de profesión, oficio o función pública; privación del derecho a conducir; y por último la suspensión del derecho a la tenencia o porte de armas.

El apartado 1 del art. 195, de forma genérica concreta los presupuestos necesarios para la adopción de estas medidas, que vienen siendo los mismos que para cualquier medida cautelar, estos son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*-, siendo este

último matizado al decir textualmente que deben existir "*indicios bastantes que fundamenten la sospecha de que el encausado haya cometido algún delito castigado con la pena de inhabilitación o suspensión de profesión, oficio o función pública, o de privación del derecho a conducir o a la tenencia o porte de armas*". Así, de este modo se delimita el tipo de injustos frente a los que se puede adoptar alguna de estas medidas. Posteriormente el artículo concreta en cierta manera el *periculum in mora* al requerir la concurrencia de "*un peligro concreto de reiteración delictiva durante la tramitación de la causa*". Por último la adopción de estas medidas exigirá que el tribunal en cuestión tenga en mente, en todo caso, las circunstancias tanto personales, como laborales, económicas, profesionales y familiares del encausado. Si se tratase de un funcionario o autoridad, el tribunal deberá tener también en cuenta "*las obligaciones inherentes al cargo público que desempeñe*".

En la regulación actual encontramos de forma dispersa por numerosos textos legales algunas medidas cautelares asimilables a las que propone el CPP, eso sí, sin la sistemática con la que este lo hace. Así en el proceso penal actual podrían adoptarse otro tipo de medidas que implican una limitación de temporal de determinados derechos, restricciones que podrán ser ratificadas por la sentencia que en su caso se dicte. De esta forma acontece la privación provisional del permiso de conducir, que puede ser adoptada cuando el encausado lo sea por delitos cometidos con motivo del uso y circulación de vehículos a motor (art. 529 *bis*). La regulación de esta materia es extraordinariamente parca y pese que no afecte a un derecho fundamental, es exigible un esfuerzo normativo que no deje enteramente dependiente del criterio del juez la privación del permiso de conducir vehículos a motor cuando se trate de un proceso por delito cometido con motivo de su conducción, sin establecer ningún tipo de parámetro para la resolución judicial, ni siquiera el tiempo máximo¹⁷¹.

Como bien cabe pensar, la medida carece de finalidad si se acuerda junto con la prisión provisional, por ello el propio articulado de la LECrim condiciona su adopción a la libertad del encausado.

¹⁷¹MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal...op. cit.* pág. 307.

Para autores como ARMENTA DEU, esta medida se caracteriza por "conllevar una restricción provisional del mismo bien jurídico o derecho que se verá afectado por una pena de inhabilitación, de suspensión o de privación del permiso de conducir."¹⁷²

A la hora de adoptar esta medida hay que tener en cuenta el principio de proporcionalidad, dado que "será necesario examinar y considerar si es proporcionado a los fines perseguidos el privar a una persona del permiso de conducir, si quizás por ejemplo se gana la vida con este medio."¹⁷³

Además, la coercibilidad de esta medida se refuerza con la tipificación como delito de aquel que condujese tras haber sido privado, ya cautelar como definitivamente, del permiso de conducir por decisión judicial (art. 384 CP).

Igualmente también podemos encontrar contempladas en nuestro ordenamiento una serie de suspensiones de carácter más personal, como lo son la de cargos o funciones públicas de los procesados por delitos de terrorismo (art. 384 bis LECrim); o de los jueces y magistrados (arts. 383.1º y 384 LOPJ), miembros del Ministerio Fiscal (art. 60 EOMF) y funcionarios civiles del Estado (art. 48 LFCE). O incluso, la suspensión de actividades de sociedad, empresas, fundaciones o asociaciones, o la clausura de carácter temporal de locales o establecimientos, como indica el art. 129.2 CP¹⁷⁴.

Cierto es que en este aspecto el CPP, a pesar de que al encontrarnos con medidas de contenido tan diverso hubiese sido aconsejable su tratamiento de forma separada y más detallada, supone una mejora con respecto a la regulación actual, tanto en el número de supuestos en los que estas medidas pueden ser adoptadas, como en variedad de las suspensiones, presentando verdaderamente un gran abanico de posibilidades alternativas a la prisión provisional.

4.3.2 Obligación de participar en programas educativos o formativos.

Otra de las medidas previstas en el CPP es la obligación de participar en programas o centros educativos o formativos, regulada en el art. 196 CPP, no delimitando el tipo de delitos ante los cuales se puede adoptar tan medida, sino aludiendo de manera genérica a la "naturaleza del delito objeto de la causa".

¹⁷²ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal Penal... op. cit.* pág. 226

¹⁷³BARONA VILLAR, Silvia. *Prisión provisional y medidas alternativas... op. cit.* pág. 245

¹⁷⁴ En el apartado 3º de este artículo se indica expresamente que "la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7."

En la legislación actual no encontramos ninguna medida de este tipo con carácter preventivo que se pueda incardinar dentro de un proceso como medida cautelar. Aunque *de lege ferenda* se ha defendido la posibilidad de acordar la libertad provisional con imposición de diversas obligaciones¹⁷⁵. Y en cierto modo es de agradecerlo, porque pese a que la medida tenga como finalidad la evitación de la reiteración delictiva además de una importante carácter neutralizador de la peligrosidad criminal, parece muy difícilmente aceptable a la luz de la CE y de la presunción de inocencia que alberga su art. 24.2 la posibilidad de obligar a una persona a asistir a programas educativo-formativos para eliminar conductas delictivas que en ningún momento se han visto confirmadas por una sentencia. Estaríamos tratando al encausado como culpable, no dando el tratamiento de inocente que exige nuestra CE y confirma nuestro TC¹⁷⁶. Parece que el legislador se aparta del principio ya dicho de la presunción de inocencia, que debe inspirar a toda medida restrictiva de derechos, para partir del principio contrario, dando lugar a una verdadera presunción de culpabilidad, tratando de *reformatar* a una persona que no se sabe si ha cometido injusto alguno.

Misma opinión merece la finalidad consistente en "*iniciar su futura reinserción, si se dictara sentencia condenatoria*" que hace el legislador en el mismo artículo. Pues parece inaceptable que se busque la reinserción del culpable cuando jurídicamente todavía no se haya constatado que necesite ser reinsertado, porque no es considerado autor o partícipe del hecho enjuiciado.

4.3.3 Obligación de someterse a tratamiento o control médico.

No sin cierto recelo vemos como el CPP contempla esta medida en su art. 197 CPP, en supuestos en los que en encausado padezca alguna patología psiquiátrica que haya motivado en cierta medida la presunta realización de los hechos. Contempla el antedicho artículo la posibilidad de obligar al encausado a someterse a tratamiento o control médicos durante el tiempo que su patología lo aconseje. Posteriormente añade en el

¹⁷⁵ "Aunque nada se dice en nuestra LECrim podría admitirse en el futuro el deber u obligación de comparecer ante determinadas autoridades o personas no judiciales con el propósito de efectuar el correspondiente control de los supuestos en que se realicen determinadas actividades profesionales o de formación cultural, en cuyo caso sería conveniente llevar a cabo controles ante la autoridad laboral o educativa correspondiente. Nada se dice en nuestra LECrim sobre el tema planteado, pero a esta posibilidad se refiere el Code de Procedure Penale francés y creemos que podría también ser regulado como posibilidad real frente a la prisión provisional en nuestro sistema" BARONA VILLAR, SILVIA. *Prisión provisional y medidas alternativas...* op. cit. pág.: 173

¹⁷⁶ En sentencias como la STC 31/1981, de 13 de agosto; STC 64/1986, de 27 de junio; STC 82/1988 de 25 de mayo.

197.2 la posibilidad de solicitar informe médico forense o del profesional o institución adecuados.

Figura también desconocida dentro de las medidas cautelares en nuestra LECrim, que merece un tratamiento similar a la medida analizada *supra*. No habiendo sido constatada la comisión de ningún hecho delictivo, no parece adecuado obligar al encausado a recibir tratamiento médico para tratar de solucionar el problema que haya motivado, total o parcialmente, la presunta comisión del injusto, pues dicha actuación parecería a todas luces una medida de seguridad de carácter predelictual, a día de hoy no contempladas en nuestro ordenamiento.

4.3.4 Sometimiento a custodia.

El sometimiento a custodia se regula en el art. 198.1 CPP, expresado de esta forma: "*El Tribunal a instancia de parte podrá disponer que el encausado en libertad sea puesto bajo el cuidado o vigilancia de una persona o institución que a tal fin se designe y que acepte el encargo de custodia*". En este caso, el CPP nos presenta una medida desconocida para nuestro ordenamiento procesal penal, tan solo pudiendo encontrar una medida similar en el Anteproyecto de la LECrim 2011¹⁷⁷.

Se trataría entonces de una medida restrictiva de la libertad del encausado y por ello, el legislador tendría que haber precisado con más profundidad los supuestos concretos en los que podría tener cabida la medida en cuestión¹⁷⁸. La misma crítica podría hacerse a la hora de enumerar las obligaciones de aquella persona o institución encargada de la custodia, dado que solo se dice en el apartado 2 de dicho artículo la obligación de informar periódicamente, al menos una vez al mes, al Ministerio Fiscal.

Tampoco se dice nada, y nos parece de inmensa gravedad, sobre la responsabilidad de aquel que estuviese encargado de la custodia, dado que cabe preguntarse si es, en cierto modo, responsable de los injustos penales que pudiera cometer el custodiado y en qué medida.

¹⁷⁷GARCÍA MORENO, José Miguel. "Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares procesales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal." *Revista de Jurisprudencia*. 2012, nº 2.

¹⁷⁸GONZÁLEZ PILLADO y GRANDE SEARA. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal... op. cit.* pág. 472

5 Las medidas cautelares personales en el ámbito del Derecho Comunitario.

5.1. Introducción

Como manifestación tradicional de la soberanía, el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte un Estado se encuentra limitado a su propio territorio. No obstante, bien es cierto que los retos planteados por los movimientos migratorios y la creciente interrelación entre individuos y empresas de diversos puntos de Europa , así como por la seguridad y la lucha contra la delincuencia internacional¹⁷⁹ obligan a adoptar mecanismos jurídicos que permitan la actuación fuera del propio territorio en el ejercicio de la jurisdicción al tiempo que se respeta la soberanía de cada Estado miembro, así como los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Junto a ello, el proceso de construcción de un “espacio judicial común” enunciado en el Tratado de Lisboa¹⁸⁰, supone un importante avance en materia de cooperación judicial penal que, plenamente *comunitarizada*, va más allá, fijando la vista en el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales.

La cooperación ha ido incrementándose de manera incesante, de modo que hoy es difícil encontrar alguna parcela del ordenamiento en que no se haya tratado de instaurar algún mecanismo de cooperación comunitaria. Vemos como la cooperación jurídica desde su concepción clásica —en un principio se extendía tanto por lo que se conocía como “asistencia mayor” (es decir, la extradición) como por la denominada “asistencia menor” (citaciones, emplazamientos y notificaciones)-hasta nuestros días ha experimentado una ampliación significativa. Así las materias objeto de cooperación, antes únicamente contempladas como materia propia de la política exterior, han cobrado en la actualidad sustantividad propia¹⁸¹. Además recalcamos que se trata de una cooperación

¹⁷⁹ Aspecto desgraciadamente en boga últimamente en el seno de la Unión Europea, en especial tras los atentados en territorio francés contra la revista Charlie Hebdo, así como las masacres cometidas la noche del 13 de noviembre de 2015 en París.

¹⁸⁰ LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. "El espacio de libertad, seguridad y justicia ", en MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, 2014, págs. 717 a 747

¹⁸¹ARNÁIZ SERRANO, Amaya. "Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional: la Cooperación Judicial Penal en Europa" en GONZÁLEZ VEGA, Ignacio U./ MORENO CATENA, Victor/ CARMONA RUANO, Miguel. *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid. 2013, pág. 14

multilateral o regional, en la que ya no sólo intervienen los Estados, sino también organizaciones internacionales con personalidad jurídica propia.

La cooperación jurídica en asuntos de justicia e interior empezó a resaltar su importancia y sustantividad dentro de la propia Cooperación Política Exterior a partir del Consejo Europeo de Roma de 1975, en ella se afirmó la necesidad de que los Ministros de Interior u homólogos se reunieran periódicamente para tratarlas materias de su competencia, esencialmente las relativas al orden público, dando así origen al Grupo de Trevi. No podíamos hablar de autonomía propia en materia de cooperación judicial hasta que se estableció el Tercer Pilar del TUE, a partir del Tratado de Maastricht. En él se derogaron las disposiciones del Acta Única y se estableció en su lugar la PESC (Política Exterior y de Seguridad Común, un replanteamiento de lo que fuera la PCE).

De esta forma es como la cooperación alcanza su propio lugar dentro del proceso de construcción de la Unión Europea, atesorando un protagonismo que ha supuesto su consagración como materia de primer orden través del Tratado de Lisboa, de modo que ya pasa a formar parte del Derecho supranacional comunitario.

La cooperación judicial penal tras el Tratado de Lisboa se contempla en los arts. 82 y ss. del Capítulo 4 del Título V, “Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia” del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, lo que significa que las cuestiones penales han pasado a regularse por las reglas y procedimientos comunitarios en lo que se refiere a procedimientos legislativos e instrumentos legales. Esto supone que esta materia queda sometida al control del TJUE y se encontrará condicionada por los principios del derecho comunitario¹⁸².

El TFUE contempla en su art. 82.1 que *"la cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83."*

El reconocimiento mutuo será la base que posibilita todo Derecho comunitario en materia de cooperación penal. En el origen de este se encuentran los tres elementos que lo definen: en primer lugar, la distinción entre reconocimiento y armonización; en

¹⁸²ARNAIZ SERRANO, Amaya. *La Cooperación Judicial... op. cit.*, pág 16.

segundo lugar, la equivalencia normativa, en razón de los objetivos, intereses protegidos y garantías dispensadas; en tercer lugar, su vinculación con el espacio único de justicia¹⁸³.

Fue la consagración del susodicho principio de mutuo reconocimiento la base para la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en los Consejos Europeos de Cardiff (1998) y de Tampere (1999), siendo este el gran avance en el seno de la Unión Europea que supuso la superación de los criterios y reglas tradicionales de las cooperaciones más propias de mecanismos de asistencia judicial internacional¹⁸⁴.

Este panorama de la cooperación, que hasta el momento se había materializado en una política de armonización de los sistemas nacionales -generalmente a través de decisiones marco-y una política de cooperación institucionalizada, parecía sufrir una nueva transformación en el Tratado Constitucional de la Unión, en el que finalmente se consagraba como comunitaria esta materia. Sin embargo, el fracaso de este Tratado prolongó esta situación hasta el 1 de diciembre de 2009, como ya dijimos, con la entrada en vigor el Tratado de Lisboa, que recoge fielmente el testigo, al menos en este ámbito, de la fallida Constitución Europea.

Con respecto al futuro más próximo, lo deseable, que ya ha empezado a materializarse, es que los Estados vayan avanzando, dejando a un lado ese recelo a perder los "plenos poderes" sobre las materias penales, hasta alcanzar una cierta armonización de los Derechos sustantivos y procesales de naturaleza de dicha naturaleza. Sólo a través de la adopción de normas que garanticen un alto grado de protección de los derechos de las personas, y que por tanto posibiliten la consolidación una confianza mutua entre los distintos Estados, reforzándose el principio de reconocimiento mutuo, que es y seguirá siendo el elemento clave de la cooperación judicial¹⁸⁵. No en vano, afirma MORENO

¹⁸³ En estos términos se expresa PEITEADO MARISCAL, Pilar. "El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en tramitación en la Unión Europea", en *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*, cit., págs. 183-184

¹⁸⁴ "Un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitaría la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, *el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión*. El principio debe aplicarse tanto a las sentencias como a otras resoluciones de las autoridades judiciales". En estos términos se expresa la conclusión núm. 33 de la Presidencia del Consejo de Tampere.

¹⁸⁵ Así lo sostiene a lo largo del siguiente artículo GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. "El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados Miembros". *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 2006, nº 10.

CATENA que "ambas vías, la armonización y el mutuo reconocimiento, deben ser complementarias, pues para lograr la directa validez y eficacia de una resolución extranjera, aun contando con las obvias y naturales discrepancias de los distintos sistemas jurídicos, deberá respetar desde luego el orden constitucional del Estado donde se pretende hacer valer".¹⁸⁶

Retomando las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere, vemos en la conclusión número 36 cómo el principio de mutuo reconocimiento debe ser también aplicado en los actos anteriores al juicio, donde podríamos incluir a las medidas cautelares¹⁸⁷.

Con respecto al ordenamiento español, no podemos desconocer la Ley 23/2014, de 20 noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea (LRMRPUE). Esta ley ha realizado un importante esfuerzo codificador en relación a esta materia, afectando plenamente a las medidas cautelares personales en el seno de un proceso penal.

Cabe mencionar que en el art. 4 de la anteriormente mencionada ley¹⁸⁸ dispone que el reconocimiento mutuo y la ejecución de los instrumentos con él relacionados se regirán por dicha ley, por las normas de la Unión Europea sobre la materia así como por los convenios internacionales ratificados por nuestro país. No menos importante es la remisión que hace la LRMRPUE a la LECrim en defecto de disposiciones específicas.

Cierto es que esta materia dista mucho de ser breve, más aún cuando está configurada como uno de los pilares de la Unión Europea. Es por ello por lo que solamente trataremos alguno de los instrumentos cautelares y de protección más relevantes, concretamente: la orden de protección europea, las medidas cautelares en el seno de un or-

¹⁸⁶ MORENO CATENA, Víctor. "El cambio de paradigma y el principio de reconocimiento mutuo". En *La Cooperación Jurídica...op. cit.* pág.: 66.

¹⁸⁷ Conclusión núm. 36. *El principio del reconocimiento mutuo debe aplicarse también a los autos anteriores al juicio, en particular a los que permiten a las autoridades competentes actuar con rapidez para obtener pruebas y embargar bienes que puedan ser trasladados con facilidad; las pruebas obtenidas legalmente por las autoridades de un Estado miembro deberán ser admisibles ante los tribunales de otros Estados miembros, teniendo en cuenta la normativa que se aplique en ellos.*

¹⁸⁸ Art. 4 de la LRMRPUE: *1. El reconocimiento y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo que se enumeran en el artículo 2, se regirán por lo dispuesto en esta Ley, en las normas de la Unión Europea y en los convenios internacionales vigentes en los que España sea parte. En defecto de disposiciones específicas, será de aplicación el régimen jurídico previsto por la Ley de Enjuiciamiento Criminal.*

den de detención europea y las medidas alternativas a la prisión provisional en el ámbito comunitario.

5.2 Orden de protección europea.

Su origen más inmediato se encuentra en la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección. Tiene por objeto instaurar el marco jurídico que posibilite que una autoridad judicial de algún Estado miembro dicte una orden de protección que faculte a una autoridad de cualquier otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de dicho Estado miembro. La finalidad de esta medida es la protección de la persona en cuestión contra actos delictivos de otra persona que puedan poner en peligro su vida, integridad -ya física, ya psicológica-, dignidad, libertad individual o integridad sexual, de forma que pueda ser eficaz en otros Estados miembros.

La directiva establece los cauces para que las medidas de protección dictadas con arreglo al Derecho de un Estado miembro -denominado Estado de emisión-, puedan desplegar plenos efectos en otro Estado miembro en el que la persona destinataria de la protección decida residir o permanecer (Estado de ejecución)¹⁸⁹. Esgrime la propia directiva que "debe garantizarse asimismo que el ejercicio legítimo por parte de los ciudadanos de la Unión de su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) y del artículo 21 del TFUE, no vaya en menoscabo de su protección."

Una posible limitación criticable que está presente en la Directiva es que se aplica para las medidas de protección en relación a las víctimas, o posibles víctimas, pero no a los testigos. Se aplicará para amparar a cualquier víctima (y eventualmente a sus familiares), no solo a las víctimas de la violencia de género, y se limita a las medidas de protección que se dicten en asuntos penales, dejando a un lado las propias de los procedimientos civiles se regularán en un Reglamento aunque de carácter complementario, es independiente¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Lo deja bien claro la propia Directiva 2011/99/UE en su punto 6: En un espacio común de justicia sin fronteras interiores es menester garantizar que la protección ofrecida a una persona física en un Estado miembro se mantenga y continúe en cualquier otro Estado miembro al que la persona vaya a trasladarse o se haya trasladado..

¹⁹⁰ Se trata de Reglamento (UE) 606/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil que regula en su art. 1 un

El Estado de ejecución, salvo que se dé alguno de los supuestos de no reconocimiento del art. 10 y decida invocarlos, reconocerá la orden europea de protección transmitida y adoptará una resolución en la que adopte cualquiera de las medidas previstas en su propio ordenamiento para un caso semejante, a fin de garantizar la protección de la persona protegida. El hecho de que se regule por su Derecho nacional permite que el Estado de emisión pueda aplicar medidas penales, administrativas o civiles, en función de lo que disponga su Derecho propio. Notificará las que vayan a ser adoptadas, también al posible agresor, advirtiéndole de las consecuencias de su incumplimiento, pero teniendo presente en su caso el interés de la persona protegida¹⁹¹.

Además, es de vital importancia recordar que este procedimiento no genera un título válido en todos los países que componen la Unión, sino que la autoridad judicial emisora adopta la orden europea de protección en relación a un Estado miembro concreto, o para un conjunto de ellos determinado¹⁹².

Volviendo la vista hacia el desarrollo interno de esta materia, vemos, como ya tratamos *supra*, que el papel protagonista es el de la Ley LRMRPUE, con el apoyo de la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, que modifica la LOPJ para reconocer a los Juzgados de Instrucción y a los Juzgados de Violencia contra la Mujer en el orden penal competencias tanto para la emisión como para la ejecución de la orden europea de detención.

Curiosamente, vemos en el ordenamiento nacional que no se restringe la aplicación de esta orden a supuestos de violencia de género, ni siquiera a los supuestos de violencia doméstica¹⁹³. La finalidad que se persigue consista en que las medidas de pro-

mecanismo relativamente fácil y ágil para el reconocimiento de las medidas de protección dictadas en un Estado miembro en materia civil,

¹⁹¹LICATA, Fabio. 2013. *El principio del mutuo reconocimiento y su desarrollo*. En GONZÁLEZ VEGA, MORENO CATENA y CARMONA RUANO [Directores]. *La Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid, 2013, pág. 746

¹⁹²BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. "La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género". *Diario La Ley*. 2014, nº 8427.

¹⁹³ Cabe destacar que "frente a la recurrente intención de le legislador español de restringir el elenco subjetivo de las víctimas a las relacionadas con el entorno de la violencia de género, la directiva, en su considerando 9, ya nos advertía con contundencia que las medidas de protección a que se refiere habrá de abarcar no solo a las víctimas de la violencia de género, sino a cualesquiera otras, (...) teniendo en cuenta las características propias de cada uno de los delitos de que se trate. Ni siquiera es exigible en términos de presupuesto para el dictado de la orden europea de protección con que la medida adoptada por el Estado de emisión se denomine o pueda equipararse al concepto jurídico de la orden de protección. Basta con que se trate de medidas que, protegiendo a la víctima frente a concretos ataques a bienes jurídicos suyos por parte del causante del peligro, pueda encajarse o adaptarse a alguna de las prohibiciones o restricciones desarrolladas en el art. 5".

tección adoptadas a favor de una víctima, la acompañen a cualquier lugar de la Unión al que se desplace.

La dimensión transnacional del problema no es precisamente pequeña. Tiene un alto significado el estudio realizado por el Observatorio contra la Violencia de Género, en el cual se puede comprobar cómo en el 2013 se dictaron 7865 órdenes de protección, siendo el 30% de las víctimas extranjeras, y siendo el 30% de los denunciados también extranjeros¹⁹⁴.

Así, la orden de protección europea puede emitirse tanto en relación con medidas impuestas cautelarmente en un proceso penal como respecto de las penas privativas de derechos, siempre y cuando consistan en¹⁹⁵:

a) Prohibición de entrar o aproximarse a determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida resida o frecuenta.

b) La prohibición o reglamentación de cualquier tipo de contacto con la persona protegida, incluidos los contactos telefónicos, por correo electrónico o postal, por fax o por cualquier otro medio.

c) La prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la prevista.

Asimismo, la autoridad española no siempre estará obligada al reconocimiento de esta orden de protección, pudiendo en los supuestos contemplados en el art. 140 de la LRMRPUE denegar el reconocimiento, así como por aquellos que se contemplan con carácter general en el art. 32 del mismo texto legal.

En definitiva, la tratada ley se configura como un instrumento de doble función ya que, además de dar cumplimiento a las obligaciones normativas europeas, tiene en mente el compromiso de mejora de la cooperación judicial penal en la Unión Europea. Además se configura como mecanismo de lucha contra la criminalidad, consagrando como fin irrenunciable del Estado la garantía de la seguridad y los derechos de los ciudadanos.

¹⁹⁴ Datos presentes en la obra op. cit. de BLANCO-MORALES LIMONES.

¹⁹⁵ DE LA ROSA CORTINA. *Medidas cautelares personales...* op. cit. Pág.558

5.3 Las medidas cautelares personales y la orden europea de detención y entrega.

Dentro del ámbito europeo, nos encontramos, además de con la anteriormente vista orden de protección europea, con un instrumento que atesora una tremenda importancia y supone un gran avance en la construcción de un espacio común de seguridad y justicia, esto es la Euroorden, también conocida como orden europea de detención y entrega. Ella es en sí misma una medida cautelar, pero además durante su sustanciación, debido a su especial carácter internacional, se pueden adoptar otras medidas cautelares. A continuación, analizaremos con más detenimiento esta figura y su origen.

5.3.1 De la extradición a la Euroorden.

La apertura de fronteras internas y la libertad de circulación de personas en el territorio de la Unión, consagradas gracias al ahora tan criticado Acuerdo de Schengen, han supuesto pasos importantes en el camino hacia la construcción del gran proyecto europeo. Pero sin embargo, la suspensión de los controles fronterizos internos ha tenido indeseables consecuencias, dado que ha favorecido a la delincuencia transnacional, la cual ha experimentado un gran auge en los últimos años. No descubrimos nada nuevo al decir que las fronteras abiertas favorecen el paso de un Estado a otro con el fin de eludir responsabilidades tanto penales como civiles.

Por tanto, como ya mencionamos en la introducción de este capítulo, los mecanismos de cooperación judicial han de saber evolucionar y adaptarse para dar una solución a este tipo creciente de delincuencia.

Uno de los instrumentos clásicos de cooperación internacional es la extradición, a la que deberán recurrir los diferentes Estados cuando deseen iniciar o continuar un proceso penal o ejecutar una pena o medida de seguridad privativa de libertad sobre un sujeto que se encuentre en el territorio de otro Estado.

La fuente convencional básica sobre esta materia es el Convenio Europeo de Extradición, firmado en París el 13 de diciembre de 1957¹⁹⁶, en donde se comenzaría a observar la predisposición de los Estados miembros al acercamiento de posturas en materia de extradición. Tal es así que, sobre esta base, en el marco comunitario se adoptaron diversos convenios con los que se perseguía la mejora y simplificación de los mecanismos relacionados con esta figura. Entre ellos destacar el Convenio de Aplicación

¹⁹⁶ Al que habría que sumarle sus Protocolos adicionales de 15 de octubre de 1975 y de 17 de marzo de 1978.

del Acuerdo Schengen del 1990; el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados Miembros de la Unión Europea del 1995; y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 1996.

Pero pese a todos los esfuerzos, el fracaso de la vía convencional como cauce de cooperación en materia penal ha sido estrepitoso, dado que ni el convenio de 1995 ni el de 1996 han llegado a entrar en vigor, aplicándose solo de forma provisional en algunos países -España entre ellos-.

Los principales puntos negros que se achacaban a estos mecanismos convencionales eran dos: el primero sería la excesiva dilación temporal del procedimiento, debido a que el aspecto procesal se confiaba enteramente al ordenamiento interno de cada estado; mientras que el segundo problema viene dado por el amplísimo margen de discrecionalidad política a la hora de decidir sobre las solicitudes de extradición, dado que las autoridades judiciales no tenían nunca la última palabra, siendo la autoridad política quien por razones de oportunidad, podía condicionar el procedimiento¹⁹⁷.

Tras estos intentos, a los que se unió la imperante necesidad de llegar a una solución común, se empezó a gestar, en sede del reconocimiento mutuo y con la lamentable ayuda de los actos terroristas sucedidos a principios de milenio¹⁹⁸.

Así, el 19 de septiembre de 2001 se presentó la Propuesta de decisión marco sobre la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros. Tras un *iter legislativo* nada sencillo, debido a la oposición de algunos países en ciertos aspectos, superados los obstáculos iniciales, el Consejo de la Unión Europea adopta el 13 de junio de 2002 la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los estados miembros.

Esto supondrá el adiós, quién sabe si definitivo o no, al procedimiento de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea¹⁹⁹.

¹⁹⁷ En este sentido CEDEÑO HERNÁN, Marina. "La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del *non bis in ídem* como motivo de denegación" en *El Derecho procesal penal en....op. cit.* pág.: 77 a 79.

¹⁹⁸ Todos los Estados comenzaron a sentir una mayor sensibilidad hacia el problema del terrorismo (aunque en España ya llevábamos tiempo sufriendo esta lacra), tomando conciencia de la necesidad de adoptar rápidamente medidas eficaces para combatirlo.

¹⁹⁹ Como gran avance en esta materia, algunos autores defienden la necesidad de crear, desarrollándola y dotándola de una eficacia real, una Fiscalía Europea, como bien deja abierta la posibilidad el Tratado de Lisboa (2007). Por ejemplo, GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/ CERVELL HORTAL, M^o José/ PIER-

5.3.2 La relación entre la Euroorden y la adopción de medidas cautelares.

La Decisión Marco 2002/584/JAI fue inmediatamente incorporada al Derecho española través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, que complementaba la anterior. Actualmente la Ley 3/2003 se encuentra derogada por la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, anteriormente citada como LRMRPUE.

En aplicación clara del principio del reconocimiento mutuo, una vez que la autoridad judicial competente para su ejecución recibe la orden europea, ésta se produce de forma prácticamente automática, sin necesidad de que la autoridad judicial que ha de ejecutar tal mandato realice ningún examen de fondo sobre la conformidad de lo ahí contenido con su ordenamiento jurídico interno. Ciertamente se recogen, tanto en la Decisión Marco como en la Ley que recoge su testigo, taxativamente una serie de supuestos en los que la autoridad judicial del país receptor de la orden en cuestión podrá denegar su cumplimiento. Eso sí, al contrario de lo que sucedía con la extradición, no se contemplan dentro de estos supuestos las negativas fundadas en la no entrega de nacionales o en la consideración de los delitos como delitos políticos, rompiéndose así con el mecanismo político e intergubernamental que suponía el anterior procedimiento de extradición.²⁰⁰

Es importante señalar, como lo hace MORENO CATENA que "la euroorden es una resolución judicial formal (...) por medio de la cual un juez de un Estado de la UE ordena la detención y entrega por otro Estado de una persona. (...) La definición legal (...) no se refiere ya a una solicitud, es decir, a una petición o ruego que pueda ser atendido o quepa negarse a darle cumplimiento, sino de un mandato que debe ser cumplido por las autoridades del Estado en donde se encuentra la persona reclamada. En este procedimiento (...) no tienen intervención alguna las autoridades políticas y son, por tanto, razones estrictamente jurídicas, que han de ponderar los órganos judiciales, las que determinarán el estricto cumplimiento o rechazo de la orden emitida".²⁰¹

NAS LÓPEZ, Juan Jorge/ GARCÍANDÍA GARMENDIA, Rosana. *La Unión Europea y su Derecho*. Madrid, 2012,

²⁰⁰ CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. "El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 2003, N° 587.

²⁰¹ MORENO CATENA, Víctor. "La orden europea de detención en España". *Revista del Poder Judicial*. 2005, n°78, pág.: 141 a 185.

Hemos de reconocer que la euroorden ha sido acogida con bastante éxito por la gran mayoría los Estados miembros, hasta el punto de que la propia Comisión Europea resalta su gran acierto, afirmando la importancia de su utilización año tras año como instrumento de gran agilidad procesal, facilitando entregas en plazos vinculantes y reducidos con respecto a los procedimientos de extradición anteriores²⁰².

La Decisión Marco establece unos mínimos procesales comunes a todos los Estados Miembros, los cuales están todos obligados a respetar. No obstante, es precisamente el procedimiento de ejecución el que se ha implementando en cada país teniendo en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento, por lo que más allá de las garantías mínimas que se exigen y los plazos (no siempre respetados), cada Estado adoptará las decisiones correspondientes conforme a sus normas procesales²⁰³.

Si nos centramos en el aspecto puramente normativo desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, vemos que la reciente LRMRPUE es una puesta al día de la anterior regulación, siguiendo sus previsiones pero con el beneficio de la experiencia ya adquirida en esta materia. Supone un refuerzo en las garantías jurídicas, en especial con la introducción del arriba mencionado principio de proporcionalidad, ya conocido en materia de medidas cautelares en el ordenamiento nacional.

Así la euroorden, en cuanto medida restrictiva de derechos, ha de ser adoptada atendiendo al principio de proporcionalidad, no pudiendo obviarse que es una medida que restringe la libertad de persona y el alto coste económico de la entrega. Más aún si tenemos en cuenta las posibles medidas cautelares *adicionales* que, como veremos, se pueden adoptar para garantizar el buen desarrollo de la entrega, entre las que se puede encontrar la prisión provisional.

A este respecto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en relación al conocido *Caso Radu*, afirmando la necesidad de valorar la gravedad de la infracción, la sanción, las posibilidades de detención, la necesidad de protección de la

²⁰² Lo hace en el informe de 11 de julio de 2007, nº 407. Consultado a día 17 de noviembre de 2015 en la página web de la propia Comisión Europea: ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2007/.../1-2007-407-ES-F1-1.Pdf

²⁰³ PENÍN ALEGRE, Clara. "La Orden de Detención Europea". En *Cooperación Judicial...op. cit.*, pág. 523

población y los intereses de las víctimas, tanto en el momento de efectuar la orden europea de detención como en la adopción de las pertinentes medidas cautelares²⁰⁴.

Además, este nuevo texto legal dedica a las medidas cautelares que son susceptibles de ser adoptadas en el seno de este mandato de arresto europeo el artículo 53, bajo el epígrafe "*Situación personal de la persona reclamada*".

Observamos como artículo en cuestión, en su primer punto dispone que en el curso de la audiencia (o en la vista para la audiencia del detenido y decisión sobre la entrega), el Juez Central de Instrucción, tras la pronunciación pertinente del Ministerio Fiscal, podrá adoptar prisión provisional o libertad provisional. Además, habilita -dentro de la situación de libertad provisional-, la adopción de las medidas cautelares de la LECrim en la medida en que resulten necesarias y proporcionadas respecto al fin esencial de las medidas cautelares, esto es, poner al sujeto a disposición judicial.

No podemos sino señalar como el artículo 53 rehúye del principio acusatorio como tal, resolviendo sobre las medidas cautelares adoptables el Juez Central de Instrucción, sin que sea necesaria la intervención del Ministerio Fiscal, bastando con que este sea escuchado²⁰⁵. Es curioso cuanto menos, ya que en el procedimiento contemplado en la LECrim el juez puede decretar la libertad provisional sin necesidad de oír al Ministerio Fiscal, mientras que en la regulación de la LRMRPUE, antes de poner en libertad provisional al sujeto, el juez está obligado a escuchar al Ministerio Fiscal. Parece que se configura así al Ministerio Fiscal como garante del principio de legalidad penal internacional, habilitándolo como voz de la autoridad requirente.

A tenor de todo lo anteriormente dicho, vemos que para lo no expresamente previsto por la ley de transposición, habremos de dirigirnos a la legislación procesal española, especialmente la LECrim, de forma subsidiaria.

Como no podría ser de otro modo, en materia de medidas cautelares también habremos de invocar los preceptos de la LECrim. No sucede así con la prisión provisional que se pueda adoptar mientras se sustancia la entrega del detenido a la autoridad extranjera pertinente, en donde rige para este caso un régimen especial, por ser esta la medida más gravosa. Por tanto la prisión provisional acordada en el procedimiento de la

²⁰⁴ Véase C-396/11, de 27 de julio de 2011, *caso Radu*. También es de especial importancia en esta materia y atañe al Estado español el C-399/11, de 26 de febrero de 2013, *caso Melloni*,

²⁰⁵ Bien es cierto que esta previsión ya estaba incluida en el art. 17 de la Ley 3/2003.

orden europea de detención tiene unos plazos específicos y no pueden aplicarse los plazos y prórrogas de la LECrim.

Nuestro TC también se ha pronunciado al respecto, estudiando las peculiaridades de la prisión provisional en este aspecto. Afirma así que la adopción, mantenimiento y duración de la medida cautelar privativa de libertad posee un régimen específico, y que en caso de colisionar el régimen específico con el régimen general, será el más beneficioso aquel que se aplique al encausado²⁰⁶.

En posteriores sentencias se ha tratado la relación de la prisión provisional con la euroorden, como es el caso de la STC 210/2013, de 16 de diciembre. En esta resolución se rechaza la aplicación de la prisión provisional "en diferido", fórmula que llevaba adoptado la Audiencia Nacional desde hace un tiempo. Este tipo de aplicación suponía que la prisión provisional no se haría efectiva en el momento en que se acuerda, sino posteriormente, al haberse decidido la libertad del reclamado en el procedimiento penal en virtud del que se hubiera suspendido la ejecución de la entrega. Afirma el TC que la ausencia de legislación no puede ser colmada por la jurisprudencia en sede de medidas privativas de libertad. En ningún caso pudiéndose adoptar una medida de prisión diferida en el tiempo de forma indeterminada, dado que no considera las circunstancias concurrentes en el momento en que se materializa la privación de libertad por dicha causa. Es decir, según el TC el hecho de la que ley prevea la suspensión de la entrega cuando la persona reclamada tenga un proceso penal pendiente en España, no supone que la prisión preventiva adoptada para garantizar una futura entrega pueda prorrogarse durante el período de dicha suspensión²⁰⁷.

Por todo esto, la reciente LRMRPUE en su art. 58 busca evitar estos problemas derivados entre la suspensión de la entrega las eventuales medidas cautelares adoptadas, estableciendo una serie de mecanismos tendentes a coordinar ambas instituciones.

Vemos pues que tanto la orden europea de detención como las distintas medidas que se puedan adoptar junto con ella juegan un importante papel procesal, pero a diferencia de las medidas cautelares de ámbito nacional, el proceso que posibilita su adop-

²⁰⁶ STC 95/2007, de 7 de mayo. FJ nº 4. El problema que trata aquí el TC versa sobre el incumplimiento del plazo máximo legal de prisión provisional en el procedimiento de la euroorden (STC 99/2006), no justificado por la pendencia de otra causa penal ante la jurisdicción española.

²⁰⁷ Sobre esto trata de forma más extensa ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden*. 2005. Valladolid: Lex Nova.

ción no *pertenece* al ordenamiento nacional del que emanan las medidas cautelares, sino que se trata de un proceso que se sustancia en otro Estado miembro, por lo que estas medidas -observadas de esta perspectiva-, tendrían una naturaleza levemente distinta con respecto al concepto de medida cautelar que maneja nuestra doctrina sobre la institución en su vertiente nacional.

5.4. Resoluciones sobre medidas de vigilancia como forma de sustitución de la prisión provisional.

Uno de los puntos de acción del ya mentado Consejo Europeo de Tampere, posteriormente desarrollado en el *Programa de medidas destinado a aplicar el principio del reconocimiento mutuo de las decisiones penales* de noviembre de 2001, es la introducción del reconocimiento mutuo de las resoluciones no privativas de libertad adoptadas por los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros.

El propósito es incrementar la adopción de medidas de vigilancia distintas a la prisión provisional, introduciendo un modelo europeo de libertad provisional como medida cautelar idónea a adoptar por todos los Estados miembros con el fin último de reforzar tanto el derecho a la libertad como el respecto a la presunción de inocencia dentro de la UE. El objetivo final sería la reducción de la cifra de prisiones preventivas adoptadas, reduciendo el número de detenidos no residentes que se encuentran a la espera de juicio en la Unión Europea²⁰⁸.

En este Libro Verde²⁰⁹, la Comisión ha sentado los cimientos mínimos necesarios para la introducción de un nuevo instrumento que permita el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad, buscando promover la sustitución de la prisión preventiva por una medida basada en el control, no suponiendo una privación total de la libertad ambulatoria, correspondiendo al Estado miembro en el que el sospechoso resida habitualmente su ejecución. Para garantizar la eficacia de esta propuesta, el Libro Verde llega incluso a prever su entrega a través de la orden de detención en caso de que la persona afectada no vuelva al Estado de emisión de las medidas de vigilancia.

²⁰⁸ "Se ha observado que la valoración de los riesgos de fuga induce frecuentemente a adoptar medidas de prisión preventiva contra sospechosos no residentes, mientras que los residentes tienen más posibilidades de quedar sujetos a medidas no privativas de libertad". Según LICATA, Fabio. "El principio de reconocimiento mutuo y su desarrollo". *La Cooperación Jurídica...op. cit.* pág. 714

²⁰⁹ El Libro Verde es un documento de la Comisión que sirve como base para un debate que permita preparar la propuesta de un nuevo instrumento legislativo.

De este modo, afirma LICATA que la idea que subyace de este nuevo instrumento es "la sustitución de la prisión preventiva por un tipo de medida de control no privativa de libertad, así como la transmisión de tal medida al Estado miembro en el que el sospechoso resida habitualmente. De este modo, esta persona podría ser objeto de una medida cautelar en su ambiente habitual, hasta el momento del proceso en el Estado miembro competente"²¹⁰.

Fruto de las ideas y reflexiones propuestas en el Libro Verde es la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la unión europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la pena de prisión provisional²¹¹.

Ello viene dado por la escasa armonización que existía en este campo entre los diferentes Estados miembros, lo que la Comisión en su día consideró un riesgo, posible fuente de desigualdad de trato entre ciudadanos residentes y no residentes. Este trato es un factor que suele fundamentar el riesgo de fuga, dado que un extranjero, o más precisamente un no residente, se expone a ser sometido a prisión preventiva, cuando en las mismas circunstancias un residente en el Estado en cuestión no lo sería²¹².

Se prevé que para el control de la persona sometida a estas medidas de vigilancia puedan utilizarse distintos medios electrónicos, siempre con arreglo al Derecho y a los procedimientos nacionales.

Fijándonos ya en el propio texto de la Decisión, vemos que contempla una serie de medidas de vigilancia en su articulado, concretamente en el art. 8 se enumeran las siguientes:

²¹⁰ LICATA, Fabio. "El procedimiento de reconocimiento mutuo y su desarrollo". *La Cooperación Judicial...op. cit.*, pág.: 714

²¹¹ Esta Decisión marco "permitirá la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad desde el Estado miembro en el que el no residente es sospechoso de haber cometido un delito en el Estado miembro donde tenga sus residencia habitual, reducirá la prisión preventiva de los ciudadanos de la Unión Europea no residentes en el Estado en el que han delinquido. De esta forma, el juez permitirá volver a casa a un ciudadano de otro Estado de la Unión Europea si es Estado de residencia aplica medidas alternativas de control en lugar de la prisión provisional. Pero el éxito de la aplicación del mencionado instrumento dependerá de la confianza existente entre los Estados miembros" AGUSTINA, José R. y MARTINEZ JARIOD, Adela."La aplicación judicial de la medida de prisión provisional: un enfoque criminológico". *Cuadernos de Política Criminal... op. cit* pág. 274

²¹² DE LA ROSA CORTINA. *Las medidas cautelares... cit. op.* pág. 564

a) Obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en vistas a posibles citaciones o actuaciones penales.

b) Obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución.

c) Obligación de permanecer en un lugar señalado, si procede, durante periodos determinados.

d) Imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución

e) Obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica.

f) Prohibición de aproximarse a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Como habrá podido contemplar, son todas ellas medidas muy similares a las recogidas en nuestra actual LECrim y las propuestas en el CPP. Pero sí es detectable una importante diferencia en cuanto a sus fines, dado que en la legislación española dichos instrumentos se consagran como medidas de protección de la víctima, y en cierto modo como medidas de evitación de delitos, mientras que las medidas que propone la Decisión son de un carácter estrictamente procesal, al estar enfocadas casi exclusivamente a evitar el riesgo de fuga del sujeto, por lo que bajo la óptica de la actual concepción caerían de lleno bajo el concepto de medida cautelar. De todas formas, presentan igualmente ciertas particularidades, dado que el proceso respecto al cual se da esa relación de instrumentalidad propia de su naturaleza cautelar, se sustancia en un Estado diverso de aquel que adopta las medidas.

Sin embargo, en el caso de que estas medidas de vigilancia sean incompatibles por su naturaleza con el Derecho del Estado de ejecución, la autoridad competente de dicho Estado podrá adaptarlas a los tipos de medidas que se contemplen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes. De igual modo, las medidas adoptadas deberán corresponderse tanto como sea posible con aquellas dictadas en el Estado de emisión.

Centrándonos ya en la regulación interna, hemos de volver a fijar la vista en la ya conocida Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. A este texto debemos sumarle las modificaciones hechas por la Ley

Orgánica 6/2014, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la Unión Europea, encargada de modificar la LOPJ para reconocer a los Juzgados de Instrucción y de Violencia de Género en el orden penal la competencia para la emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales de la UE que les atribuye la ley.

Retomando la Ley de Reconocimiento Mutuo, en su art. 109.1 esta reconoce como su objeto *las resoluciones cuyo régimen de reconocimiento y ejecución se regula por este Título son aquellas adoptadas en un proceso penal por la autoridad competente de un Estado miembro por las que se imponen a una persona física una o más medidas de vigilancia en sustitución de la prisión provisional.*

Se busca así principalmente garantizar la acción de la justicia y la comparecencia en juicio de la persona en cuestión, aunque también es cierto que como sucede en el ámbito nacional, se alcanza también un cierto grado de protección de las víctimas, otro tanto de seguridad ciudadana, además de promover la adopción de resoluciones de libertad provisional en relación con imputados que no sean residentes en el Estado miembro en el cual se siga el proceso penal en su contra.

La Ley vuelve a enumerar, como ya lo hiciera la Decisión Marco, el ámbito de aplicación así como las medidas que son susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro, o de recepción por las autoridades judiciales españolas. Sin embargo, la decisión del legislador ha ido más allá de la mera transposición, optando por enumerar en las letras *g), h), i), j) y k)*²¹³, medidas que no se recogen en la decisión comunitaria, pero que podrán transmitirse a otros Estados miembros siempre y cuando asuman su supervisión mediante notificación a la secretaría general de la Unión Europea. De la misma forma, en el siguiente art. 111, se prevé que la autoridad extranjera incluya otras medidas previstas en su ordenamiento jurídico cuyo reconocimiento haya sido objeto de notificación por España.

²¹³ Art. 110.1 de la Ley de Reconocimiento Muto:

g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido.

h) La obligación de no conducir vehículos de motor.

i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único.

j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones.

k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

Dado que se trata de una materia que puede sufrir cambios sustanciales de un ordenamiento a otro, a la hora de transmitir una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional la ley (art. 122 LRMRPUE) articula una serie de mecanismos de consulta e información entre las autoridades competentes.

6 Conclusión y posibles críticas.

I. Singularidad de las medidas cautelares personales. Las medidas cautelares en el proceso penal exigen un tratamiento diferenciado de aquellas destinadas a servir en el proceso civil, dado que afectan de forma directa a la libertad y demás derechos fundamentales del sujeto. De la misma forma, deberá distinguirse la naturaleza y diversidad entre las medidas cautelares reales que puedan darse en el proceso respecto a las estrictamente personales.

II. Relevancia de la presunción de inocencia. La tutela cautelar penal está íntimamente relacionada con el respeto al derecho de la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.1 de nuestra Constitución. Esto influirá a la hora del tratamiento exigible con respecto al encausado, dado que toda injerencia cautelar o limitación en los bienes jurídicos de este sujeto pasivo, deberá responder a un motivo consagrado en la Ley. Dicho fin por el cual se limitan los derechos del sujeto deberá ser aquel que motive la adopción de la medida, y no otro.

III. Características esenciales de toda medida cautelar. Una de las características definitorias de toda medida cautelar personal, que nos sirve para diferenciar este tipo de medidas de cualquier otro, es su instrumentalidad con respecto al proceso penal. Así, no es concebible la existencia de una medida cautelar sin un proceso al que tratar de servir. De tal forma, la conclusión del proceso conlleva la desaparición de la medida cautelar o su transformación. Así mismo, toda medida cautelar personal deberá ser adoptada por la autoridad judicial pertinente, siendo su jurisdiccionalidad una de sus características definitorias. Bien es cierto que ciertas medidas, por su naturaleza, deberán ser ratificadas por la autoridad judicial una vez adoptadas materialmente, como es el claro ejemplo de la detención ante un delito flagrante.

Es menester recalcar la relevancia del principio de proporcionalidad, consagrado por escrito en el CPP, aunque de facto, se aplica en sede de medidas limitativas de la libertad desde hace tiempo, dado que es una exigencia derivada de la propia Constitución española y de más recientes reformas de la LECrim. La proporcionalidad a su vez está unida de forma insoluble con lo que el CPP denomina "patrón de prohibición en exceso", vinculado a la satisfacción de cuatro requisitos en la adopción y práctica de medidas restrictivas de derechos: legalidad, idoneidad, necesidad y la ya mencionada proporcionalidad.

Así mismo, la propia naturaleza y funcionalidad de las medidas cautelares exige de estas cierta flexibilidad, de tal forma que puedan ser modificadas, adaptadas en función de la situación de hecho, para que así puedan cumplir de forma efectiva su función.

IV. Los fines de la medida cautelar como elemento definitorio. De forma errada, tanto legislador -ya sea en la actual y reformadísima LECrim, ya sea en el quién sabe si próximo CPP-, como jurisprudencia insisten en abarcar bajo el concepto de medidas cautelares un verdadero cóctel de medidas a adoptar durante el proceso. Estas medidas -muy diversas entre ellas-, no responden siempre al fin originario de la medida cautelar, esto es, eliminar, disminuir, contraatacar el así llamado peligro procesal o *periculum in mora*, centrándose en otros aspectos contemporáneos, que aun asegurando el desarrollo y conclusión de este, no están enfocadas a combatir como tal el peligro procesal respecto al sujeto pasivo.

Es por ello que consideramos ciertamente inapropiado, tal y como está configurado nuestro proceso penal en la actualidad, atribuir una función de prevención criminal a medidas cautelares como pueden ser la detención o la prisión provisional, dado que no se respetaría el principio de idoneidad y se englobarían bajo el mismo techo medidas que responden a diferentes tipos de peligrosidad, esto es, la peligrosidad criminal y la peligrosidad procesal. Así las medidas de prevención criminal no serían instrumentos respecto al proceso penal, lo que no es obstáculo para considerar que estas medidas necesitan su inserción en un proceso penal para poder ser adoptadas.

Por lo mismo tampoco podemos considerar que los fines de protección y aseguramiento de presuntas víctimas y terceros tampoco puedan incluirse entre los fines propios de las medidas cautelares, dado que pensamos que existen otros mecanismos ajenos al concepto de medida cautelar y sin las especialidades que esto supone, que permiten la protección de la integridad económica, personal y psicológica de la víctima. También es cierto que parece que el CPP, desconociendo la diferencia de las medidas cautelares con respecto a otros tipo de medidas adoptables durante el proceso, es consciente de esto, proponiendo un amplio catálogo de medidas alternativas a las principales instituciones restrictivas de la libertad del encausado.

V. Protección y aseguramiento en medidas cautelares concretas. Respecto a las dos principales medidas cautelares desde la perspectiva de la limitación de la libertad, prisión provisional y detención, vemos en nuestro análisis que la función de prevención/protección se manifiesta de forma clara en ambas instituciones, bien es cierto

que con una serie de matices. Así, la detención cumpliría esta función, pese a que no se consagre explícitamente en los textos legales. Del mismo modo, no responde a los mismos fines la detención efectuada por un particular, la cual debemos considerar como sustancialmente cautelar y eventualmente preventiva, dado que no podemos considerar que esta responda a fines propios del Derecho de Policía. En cambio, no se puede negar el carácter protector y de aseguramiento de la sociedad en su conjunto como de potenciales víctimas concretas que atesora la detención por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Bien es cierto que, según nuestra opinión, existen otras medidas alternativas a la limitación total de la libertad ambulatoria que responden mejor a estos fines y respetan con mayor rigurosidad los derechos del sujeto.

Por otro lado, no cabe ninguna duda de que la prisión provisional, o también llamada de forma muy clarificativa preventiva, responde a estos fines de protección y aseguramiento de la víctima, máxime cuando, aunque no exento de polémica, se contempla como fin en la actual LECrim y en el CPP, habiéndose pronunciado en el mismo sentido el Tribunal Constitucional, así como la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, pese a estar este fin más que arraigado en el ordenamiento español, no podemos sino dudar de que sea acorde con la naturaleza cautelar de la prisión. Es por esto por lo que no podemos considerar puramente cautelar la prisión provisional adoptada con fines únicamente de prevención criminal, sino que se trataría, desde la dogmática, de una institución con marcada semejanza respecto a las medidas de seguridad pre-delictuales. De la misma forma, no ponemos en duda la necesidad de proteger a la víctima durante el proceso, pero parece más razonable hacerlo a través de instrumentos independientes de la tutela cautelar, de forma que se respeten, de manera más evidente, la esfera de derechos y libertades fundamentales del encausado.

VI. La importancia de las medidas alternativas. En estrecha relación con lo dicho en el punto anterior, hemos de considerar las medidas alternativas que propone la legislación, en especial el Proyecto de Código Procesal Penal, a la prisión preventiva. Estas medidas, pese a la escasa regulación que presenta la legislación actual y la más que criticable recopilación que hace el CPP, se presentan como un óptimo instrumento para sustituir la función protectora-preventiva de la prisión provisional, pues suponen la adopción de una medida menos gravosa, es decir, buscan la intervención mínima en el núcleo de derechos del encausado. Así, el carácter subsidiario y de *ultima ratio* de la prisión provisional viene en gran parte condicionado por la cantidad y calidad de alter-

nativas a ella, de forma que un deficiente catálogo de medidas alternativas supondrían o bien la negación de la tutela cautelar penal para ciertos casos, o directamente privaciones de libertad desproporcionadas. Bien es cierto que no podemos considerar a la gran mayoría de ellas, a pesar de la terminología empleada por el legislador, como medidas cautelares, ya que en gran parte son ajenas al desarrollo del proceso y únicamente se aprovechan de este como medio para su adopción.

VII. La presencia de las medidas cautelares, de protección y aseguramiento en la esfera comunitaria. Por último, debemos destacar como la propia Unión Europea, reconociendo la importancia de las medidas cautelares y de protección y aseguramiento de la víctima, ha puesto las bases para armonización y cooperación entre todos los Estados miembros en dicha materia. De esta forma, encontramos varios ejemplos de esta creciente cooperación judicial, como son la orden europea de detención, la orden europea de protección y el reconocimiento de las medidas alternativas a la prisión provisional. Todos estos instrumentos atesoran una gran importancia en materia cautelar a nivel comunitario, dado que dotan a las medidas cautelares, de protección y de aseguramiento de una dimensión supranacional difícilmente concebible hace unas décadas.

7 Bibliografía

AGUSTINA, José R. y MARTINEZ JARIOD, Adela. "La aplicación judicial de la medida de prisión provisional un enfoque criminológico". *Cuadernos de Política Criminal*. 2012, nº 107.

ALBRECHT, Jobst. *Das Festnahmerecht jedermanns nach*. Kiel, 1970.

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.

ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. "El Juez y la Prisión Provisional". [aut. libro] Marino (coord.) BARBERO SANTOS. *Prisión Provisional, Detención Preventiva y Derechos Fundamentales*. Cuenca, 1997.

ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara. *Tutela pena y tutela judicial frente a la violencia de género*. Madrid, 2006. .

ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Las medidas cautelares en el procedimiento de la euro-orden*. Valladolid, 2005.

ARMENTA DEU, Teresa. *Lecciones de Derecho Procesal*. Madrid, 2004.

ARNÁIZ SERRANO, Amaya. "Evolución de la Cooperación Judicial Penal Internacional la Cooperación Judicial Penal en Europa". [aut. libro] En Ignacio U. González Vega / Víctor Moreno Catena/ Miguel Carmona Ruano. *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid, 2013.

ASENCIO MELLADO, José María. "Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad". *Diario La Ley*. 16 de marzo de 2005.

-*La prisión provisional*. Madrid, 1987.

BARONA VILLAR, Silvia. *Las Medidas Cautelares*. Madrid, 1993.

-*Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona, 1988.

-*Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*. Valencia, 2013.

BELLIDO PENADÉS, Rafael. "La prisión provisional y las medidas alternativas aseguradoras de la presencia del encausado en el Borrador del Código Procesal Penal". [director] Victor MORENO CATENA. *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. Valencia , 2015,

BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar. "La eficacia internacional de las medidas de protección en materia de violencia de género". *Diario La Ley*. 24 de noviembre de 2014.

CAMARERO GONZÁLEZ, Gonzalo J. "Violencia doméstica. Una introducción desde la criminología". *Revista del Ministerio Fiscal*. 2005, nº 13.

CARRARA, Francesco. *Opúsculos de Derecho Criminal*. 2ª. Bogotá, 1978.

CARRERAS LLANSANA, Jorge. *Las medidas cautelares del art. 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 1962.

CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, Adán. "Medidas en el ámbito civil de la orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica". *Justicia*. 2010, nº 1-2

CASTILLEJO MANZANARES, Raquel. "El procedimiento español para la emisión y ejecución de una orden europea de detención y entrega". *Actualidad Jurídica Aranzadi* . 2003, nº 587.

CEDEÑO HERNÁN, Marina. "La orden de detención y entrega europea. Especial consideración del non bis in idem como motivo de denegación". [aut. libro] GASCÓN, Fernando/ CEDEÑO, Marina/ [coord.] ARMENTA DEU, Mª Teresa. *El Derecho procesal penal en la Unión Europea*. Madrid, 2006.

CONDE SALGADO, Remigio. "La prisión provisional". *Revista del Poder Judicial*. 1995, nº 37.

DAMIÁN MORENO, Juan. "La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar penal". *El Derecho y su garantía jurisdiccional*. Madrid, 2009,

DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *La Detención por Delito*. Navarra, 1998.

DE LA ROSA CORTINA. *Tutela Cautelar de la Víctima. Órdenes de Alejamiento y Órdenes de Protección*. Pamplona, 2008.

-*Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal*. Madrid, 2015.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica". *La Ley. Estudios monográficos*. Febrero de 2004, nº 2.

ESCUSOL BARRA, Eladio. *El proceso penal por delitos estudio sistemáticodel procedimiento penal abreviado*. Madrid, 1990.

GARCÍA MORENO, José Miguel. "Consideraciones generales sobre la regulación de las medidas cautelares procesales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal". *Revista de Jurisprudencia*. 2012, nº 2.

GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTINEZ, Manuel. "La prisión provisional y sus medidas alternativas". *Estudios de Derecho Judicial*. 2004, nº 58.

GIMENO SENDRA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*. Primera edición. Navarra, 2012

- "Valor probatorio de los métodos alcoholimétricos". *La Ley*. 1984, nº 4.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta. "El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados Miembros". *Revista de Derecho de la Unión Europea*. 2006, nº 10.

GONZÁLEZ PILLADO, Esther y GRANDE SEARA, Pablo. "Las medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva en el Borrador de Anteproyecto del Código Procesal Penal". En Víctor MORENO CATENA. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia, 2015.

GUERRA PÉREZ, Cristina. "Las decisiones de prisión provisional". *Jueces para la Democracia*. 2010, nº 69.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo. "Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento". *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. 1972, nº 4.

- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo. *La prisión provisional*. Navarra, 2004.
- GUTIÉRREZ ROMERO, Francisco Manuel. *Violencia de género. Fundamentos y práctica procesal*. Madrid, 2007.
- GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo/ CERVELL HORTAL, M^a José/ PIERNAS LÓPEZ, Juan Jorge/ GARCÍANDÍA GARMENDIA, Rosana. *La Unión Europea y su Derecho*. Madrid, 2012,
- HÉLIE, M. Faustin. *Traité de l'instruction criminelle: ou theorie du Code d'instruction criminelle*. París, 1853.
- ILLESCAS RUS, Angel Vicente. "Las medidas cautelares personales en el proceso penal". *Revista de Derecho Procesal*. 1995.
- ILUMINATI, Giulio. *La presunzione di innocenza dell'imputato*. Bolonia, 1979.
- KARAMUNTZOS, Anastasius. *Die Vorläufige Festnahme bei Flagrantendelikten*. Bonn, 1954.
- KLEINKNECHT, Theodor y JANISCHOWSKY, Georg. *Das Recht der Untersuchungshaft*. Múnich, 1997.
- LICATA, Fabio. "El principio del mutuo reconocimiento y su desarrollo". En [aut. libro] GONZÁLEZ VEGA, Ignacio / MORENO CATENA, Víctor/ CARMONA RUANO, Miguel. *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid, 2013.
- MEINCKE, Jens Peter. *Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach*. Frankfurt, 1963.
- MARTÍN Y MARTÍN, José Antonio. "La prisión provisional en la jurisprudencia española y en el TEDH". *Cuadernos de Derecho Judicial*. 1996, nº 18.
- MONTALBÁN HUERTAS, Inmaculada. "Órdenes de alejamiento". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*. 2001, nº 4.
- MONTERO AROCA, Juan. *Derecho Jurisdiccional I*. Barcelona, 1993. .

MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal*. Valencia, 2004.

-*Derecho procesal penal*. Valencia, 2012.

MORENO CATENA, Víctor. "La orden europea de detención en España". *Revista del Poder Judicial*. 2005, nº 78.

MORENO CATENA, Víctor/ CONQUILLAT VICENTE, Ángela / DIEGO DIÁZ, Luis Alfredo. *El Proceso Penal*. Valencia, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte General*. Valencia, 1998.

MANGAS MARTÍN, Araceli y LIÑÁN NOGUERAS, Diego J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid, 2014.

ORTELLS RAMOS, Manuel. *El embargo preventivo*. Barcelona, 1984.

- "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal". *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1978, nº 5.

PEITEADO MARISCAL, Pilar. "El reconocimiento mutuo y la eficacia directa de resoluciones penales definitivas sobre procesos penales en trámite en la Unión Europea". En *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea*. Madrid, 2006.

PENÍN ALEGRE, Clara. "La Orden de Detención Europea". En [aut. libro] GONZÁLEZ VEGA, Ignacio / MORENO CATENA, Víctor/ CARMONA RUANO, Miguel. *Cooperación Judicial Penal en Europa*. Madrid, 2013.

PIÑOL RODRIGUEZ, José Ramón. "Medidas cautelares personales". *Derecho Procesal Penal*. Navarra, 2013

PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo. "Anteproyecto de ley de represión ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas". *Jueces para la Democracia*. [En línea] [Consultado el: 23 de octubre de 2015.] www.juecesdemocracia.es/pdf/INFOLEYSEGcIUDADANA.pdf.

PUJOL RIBERA, M^a Asunción. "La orden de protección: cuestiones que suscita su adopción y aplicación". *Estudios Jurídicos*. 2005.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal (Novena lectura constitucional)*. Barcelona, 2010.

-*El proceso penal (Quinta lectura constitucional)*. Barcelona, 1999.

-*El proceso penal (Sexta lectura constitucional)*. Barcelona, 2000.

RIBOT IGUALADA, Jordi. "Prevención de malos tratos familiares: ¿Un papel para el derecho civil?". *Diario La Ley*. 12 de octubre de 2001

RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis. "La orden europea de protección". *Diario La Ley*. 9 de mayo de 2012

ROXIN, C. *Problemas básicos del Derecho Penal*. [trad.] Diego Manuel LUZÓN PEÑA. Madrid, 1976.

SANGUINÉ, Odone. *Prisión provisional y derechos fundamentales*. Valencia, 2003.

SÉPULVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Ángeles. "Psicopatología de las víctimas de malos tratos". *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. 2000.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio. *Comentarios sistemáticos a la Ley del Jurado y a la reforma de la prisión preventiva*. Granada, 1996.

SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús. "Consideraciones sobre la tutela de la seguridad personal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal". *Revista del Poder Judicial*. 1982, n° 4

SOLETO MUÑOZ, Helena. *Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica*. Madrid, 2005.

TASENDE CALVO, Julio Jesús. *Aspectos civiles de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*. Pamplona, 2005.

TORRES RICO, Remberto. *Tratado de Derecho de Policía*. Bogotá, 2004

VECINA CIFUENTES, Javier. "La potestad cautelar: contenido y límites". *CEJ: Estudios Jurídicos*. 2004.

VELASCO NUÑEZ, Eloy. "Las medidas cautelares en la Ley integral contra la violencia de género". *La Ley Penal*. 2005, nº 15.

VELÁSQUEZ GONZÁLEZ, Zugey. "Medidas protectoras de la víctima como alternativas a la prisión preventiva en el borrador de anteproyecto del Código Procesal Penal". En [aut. libro] Víctor MORENO CATENA. *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*. Valencia, 2015