



Universitat de Girona

PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES

Virginia PUJADAS TORTOSA

Dipòsit legal: Gi. 206-2014

<http://hdl.handle.net/10803/129639>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

Universitat de Girona
Departament de Dret Públic

**PARA UNA TEORÍA GENERAL DE LAS MEDIDAS
CAUTELARES PENALES**

TESIS DOCTORAL

Presentada por Virginia Pujadas Tortosa. Dirigida por la Dra.
Teresa Armenta Deu, Catedrática de Derecho Procesal de la
Universitat de Girona.

Girona, enero de 2007

ÍNDICE

ABREVIATURAS	15
--------------------	----

INTRODUCCIÓN.....	17
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL: SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL. 25

I. Indeterminación de la naturaleza de la tutela preventiva dispensada en el proceso penal.	25
--	----

II. El derecho a la presunción de inocencia: especial atención a su proyección como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal.	29
---	----

1. Asunción de la tesis de la triple acepción de presunción de inocencia e incertidumbre de su contenido como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal.	30
---	----

2. La relación de poder entre el Estado y el ciudadano. Posicionamiento político y filosófico de base para la concreción del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.	38
--	----

A) El poder, el Estado y las libertades individuales.	39
--	----

B) La justicia: legitimación del poder, razón e intención.....	41
--	----

C) El motivo: razón suficiente y derecho.	45
--	----

3. Legitimación del poder y “justo medio” en el derecho penal.....	46
--	----

A) Algunas nociones de “justicia” en el derecho penal: Racionalidad de la actuación formal y material del Estado.	48
--	----

B) Motivo de la pena y consideración que se exige para imponerla: culpabilidad e inocencia.....	50
---	----

4. La injerencia estatal sobre derechos individuales en el seno del proceso penal: contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso.	52
--	----

A) Sobre las consideraciones y el trato dispensado por el órgano judicial al sujeto enjuiciado.	53
--	----

a) Consideraciones y tratamientos generales en el proceso penal.	54
---	----

b) Consideraciones y tratamientos especiales en el proceso penal.....	56
B) Fin, motivo, consideración y trato: relaciones e identificaciones internas y justificación.	57
C) Proyecciones técnicas de la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, sobre el proceso penal: Requisitos formales para el dictado de consideraciones y la imposición de tratamientos en dicho proceso.	61
D) Presunción de inocencia y tesis sobre medidas cautelares propuesta: presentación de la influencia de la primera sobre la segunda.....	63
III. El debate sobre la tutela cautelar en el plano procesal civil y la asunción legislativa de un fundamento material.	65
1. Asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria <i>versus</i> garantizar la efectividad de la sentencia estimatoria.	66
2. El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de las medidas cautelares civiles.....	70
CAPITULO SEGUNDO.- FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.....	79
I. Relación entre fundamento y función y objeto del presente capítulo.	79
II. Traslación al proceso de la protección ofrecida por el derecho penal sustantivo: ¿Resulta viable otorgar un fundamento material a la tutela cautelar penal?	82
1. Consideraciones previas de derecho penal sustantivo: ausencia de derechos subjetivos penales, relaciones de derecho penal y funciones de la pena.	86
A) La ausencia de derechos subjetivos de carácter punitivo.	86
B) Relaciones de derecho penal: delito, pena y proceso.	87
C) Funciones afirmadas de la pena. Especial consideración a la distinción entre efectividad y funcionalidad de la pena.	92
2. Tutela judicial efectiva y tutela cautelar penal.	94
A) La acción penal como <i>ius ut procedatur</i>	95
B) ¿Garantía de la efectividad o de la funcionalidad de la pena?.....	97
C) Resultados del análisis precedente: negación de un fundamento material de la tutela cautelar penal e inconveniencia de atribuirle uno procesal tomando como base la tutela judicial efectiva.....	102

3. Fundamento material de la tutela cautelar penal y presunción de inocencia.....	104
4. ¿Por qué negar un fundamento material a la tutela cautelar penal?	109
III. El fundamento procesal de la tutela cautelar penal.	111
1. La innegable función de aseguramiento y su objeto.....	111
A) Aseguramiento de las funciones del proceso.	113
B) Aseguramiento de la realización material del proceso.	115
2. Elementos determinantes del fundamento de la tutela cautelar penal.	116
A) Consideraciones previas de derecho procesal: la configuración del proceso penal.	116
a) Los elementos que permiten el avance del proceso.....	117
b) Requisitos o exigencias sustantivas y formales del proceso penal.....	122
B) El elemento objetivo del fundamento de la tutela cautelar penal: el <i>riesgo de frustración procesal</i>	124
a) La ausencia de requisitos o exigencias del proceso: los peligros para el proceso y sus efectos.	124
b) La ausencia de requisitos sustantivos y el concepto <i>riesgo de frustración procesal</i>	128
C) El elemento subjetivo del fundamento de la tutela cautelar penal: la <i>peligrosidad procesal</i> del imputado.	131
a) Origen o causa de la frustración del proceso.....	133
b) La peligrosidad procesal y sus tipos.....	135
c) Las reacciones del ordenamiento ante la peligrosidad procesal.....	137
IV. Concreción del fundamento de las medidas cautelares penales y necesarias derivaciones.....	139
1. <i>Riesgo de frustración procesal, peligrosidad procesal potencial</i> del sujeto pasivo y <i>peligro cautelar abstracto</i>	139
2. Necesarias derivaciones del fundamento: fines y presupuestos de las medidas cautelares penales.	143
CAPÍTULO TERCERO.- CONCRECIÓN DEL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. FINES CAUTELARES Y MEDIDAS DE ESTE GÉNERO.....	147

I. Precisiones previas a la determinación de los fines cautelares.	147
1. Precisiones conceptuales: Peligro cautelar abstracto, peligro cautelar concreto, función y fines cautelares.	147
2. Precisión analítica: las normas relativas al proceso como parámetro para determinar los fines cautelares.	150
II. Estado de la legislación y doctrina españolas en materia de fines de las medidas cautelares penales.	154
III. Determinación de los <i>peligros cautelares</i> del proceso penal vigente y referencia a sus medios de evitación.	159
1. Peligros asociados a la desaparición del sujeto.	161
A) La vinculación del sujeto pasivo al proceso y la obligación de comparecer... ..	161
B) Efectos de la ausencia del sujeto pasivo del proceso.....	164
C) Matiz sobre la incidencia, en la determinación del peligro cautelar concreto, de los motivos por los que se exige la presencia del acusado en el juicio oral y potencialidad de que su ausencia sea provocada por él mismo.	166
D) Elementos con los que el ordenamiento reacciona o previene la ausencia del sujeto pasivo del proceso.....	169
2. Peligros asociados a la desaparición de los indicios que permiten conocer el hecho.....	171
A) Especial relevancia del hecho en el proceso penal.....	171
B) La determinación del acto: del conocimiento de la <i>notitia criminis</i> a la fijación de los hechos en la sentencia.	173
C) Efectos sobre el proceso derivados de la indeterminación del hecho.....	175
D) Potencialidad para materializar este riesgo de frustración procesal.....	179
E) Medios con que el ordenamiento reacciona ante los <i>riesgos de frustración procesal</i> relacionados con la indeterminación del hecho y del sujeto.....	181
3. Irrelevancia en materia cautelar de los peligros asociados a la desaparición de la norma.	186
4. Peligros asociados a la posibilidad de ejecución material de la pena.....	188
A) Penas que requieren, para su ejecución, la disponibilidad o presencia física del condenado.....	189
B) Penas que pueden ejecutarse sin la disponibilidad o presencia física del condenado.....	191

C) Penas privativas de derechos cuyo contenido se determina en referencia a otro sujeto.....	193
a) La protección a la víctima y el fundamento procesal de la tutela cautelar...	196
b) Protección a la víctima, revisión de la negación de un fundamento material y conflicto de derechos individuales.	200
c) Recapitulación y percepciones sobre la tendencia proteccionista con carácter previo a la sentencia penal.....	205
IV. Recapitulación: peligros cautelares concretos, fines cautelares y medidas de este género.	208
1. Exposición de los distintos peligros cautelares concretos y precisión de los fines cautelares que a partir de aquéllos pueden identificarse.....	209
A) El peligro de ausencia o indisponibilidad, física y jurídica, del sujeto pasivo del proceso. La tutela cautelar como instrumento para <i>evitar la huída</i>	210
B) El peligro de indeterminación del hecho y del sujeto. La tutela cautelar como instrumento para <i>evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba</i>	213
C) El peligro de insolvencia provocada del sujeto pasivo del proceso. La tutela cautelar como instrumento para <i>evitar esa insolvencia</i>	215
2. Relación de medidas que pueden considerarse cautelares, por responder a una necesidad de evitar la materialización del peligro cautelar.	216
A) Identificación del contenido de la tutela cautelar penal a partir de su fundamento.	216
B) Las medidas cautelares penales en la Ley de Enjuiciamiento criminal.....	219
3. La causa, el fin y el medio: comprobaciones para valorar “lo justo” de la tutela cautelar penal.....	223
CAPITULO CUARTO.- VERIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL EN EL CASO CONCRETO: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.	231
I. El presupuesto relativo al peligro: la verificación en el caso concreto de los elementos del Peligro Cautelar (tradicionalmente llamado <i>Periculum in Mora</i>).	232
1. Verificación del elemento objetivo del fundamento cautelar: existencia de un <i>riesgo de frustración procesal</i>	233

A) Extensión objetiva de la protección cautelar: posibilidad de acordar medidas cautelares en cualquier tipo de proceso penal.	234
B) El carácter objetivo del <i>riesgo de frustración procesal</i> y criterios para identificarlo en el caso concreto.	236
2. Verificación del elemento subjetivo del fundamento cautelar: la <i>peligrosidad procesal potencial</i> del sujeto pasivo del proceso.	240
A) Lo subjetivo e hipotético de este elemento. Componentes de la <i>peligrosidad procesal</i>	240
B) Posibilidades de objetivación del juicio de peligrosidad procesal: el indicio cautelar.	247
C) Circunstancias objetivas a partir de las que valorar la peligrosidad procesal y posibles inferencias.	249
a) Indicios de la disposición material o capacidad de acceso y alteración.	251
b) Indicios de la disposición anímica.	258
D) Contenido mínimo de la peligrosidad procesal para el recurso a la tutela cautelar.	266
E) Conexiones entre peligrosidad procesal potencial, peligrosidad procesal real y peligrosidad criminal.	273
II. El presupuesto necesario para apreciar el anterior: La verificación de lo que pretende protegerse y de la condición de sujeto pasivo del proceso (tradicionalmente llamado <i>Fumus Boni Iuris</i>).	277
1. ¿Qué expresa el <i>Fumus Boni Iuris</i> ? Ubicación del mismo en la tesis sostenida en el presente trabajo.	277
2. Contenido del <i>Fumus Boni Iuris</i>	280
A) Relación entre el hecho objeto de enjuiciamiento y el sujeto: La “imputación” o “atribución” a un sujeto del hecho enjuiciado.	280
B) Relación entre el hecho objeto de enjuiciamiento y la norma penal: la existencia de un hecho con apariencia “delictiva”.	287
C) Relación del sujeto con la norma penal: La apariencia de “responsabilidad” penal del sujeto pasivo del proceso.	288
3. Algunas ideas sobre la relación del <i>Fumus Boni Iuris</i> con las consideraciones generales que se dictan en el proceso penal.	290

4. La vinculación del <i>Fumus Boni Iuris</i> a la formulación y contenido del <i>Periculum In Mora</i>	292
5. El <i>Fumus Boni Iuris</i> como manifestación de la intención estatal en la persecución penal: hipótesis sobre la incidencia de la vigencia del principio de oportunidad sobre la tutela cautelar penal.	294
III. Reflexiones acerca de la terminología utilizada para identificar los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales: del <i>Fumus Boni Iuris</i> a la imputación y del <i>Periculum in Mora</i> a la peligrosidad procesal potencial.	297
1. Peligrosidad procesal potencial en lugar de <i>Periculum in Mora</i>	297
2. Imputación en lugar de <i>Fumus Boni Iuris</i>	299
CAPÍTULO QUINTO.- LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD.	305
I. Idoneidad: fin cautelar e institutos afines a las medidas de este género.	308
1. La idoneidad en la tesis de medidas cautelares propuesta.	308
2. ¿De qué depende la idoneidad de una medida cautelar penal?.....	309
3. Institutos afines a las medidas cautelares penales.	311
II. Necesidad, alternativa menos gravosa, menor lesividad o intervención mínima. ...	315
1. La “intervención mínima” en la tesis de medidas cautelares penales propuesta y parámetros de los que depende el juicio de alternativa menos gravosa.	315
2. Propuestas para una real subsidiariedad de la prisión provisional.	319
3. Ampliación del actual catálogo de medidas cautelares penales, necesidad de adecuación finalista de medidas previstas en nuestro ordenamiento y control telemático de personas imputadas.	323
III. Proporcionalidad <i>strictu sensu</i> : respeto al contenido esencial del derecho objeto de restricción y “ponderación” de intereses.	329
CAPÍTULO SEXTO.- EXIGENCIAS O PRESUPUESTOS FORMALES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.	335
I. Presupuestos formales derivados de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.	335
1. Jurisdiccionalidad y competencia.	336

A) Legitimación estatal para la imposición de medidas cautelares y división de poderes: jurisdiccionalidad.	336
B) Función cautelar, principio del juez no prevenido, imparcialidad y competencia funcional para imponer una medida cautelar.....	339
a) Competencia funcional para acordar, alzar o modificar medidas cautelares en la legislación procesal penal vigente.	341
b) Competencia para acordar medidas cautelares, imparcialidad y “principio del juez no prevenido”.....	346
c) Medidas cautelares y juez de instrucción: los recelos suscitados por la actividad valorativa del instructor.	349
d) Medidas cautelares y órgano enjuiciador: argumentos para el debate sobre la compatibilidad entre la función cautelar y la sentenciadora.....	353
2. Legalidad y medidas cautelares penales: reserva, rango y contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal.	357
A) Ordenando algunas nociones básicas para la previsión legal del tratamiento y la consideración (o los “-ismos” de la presunción de inocencia): constitucionalismo, liberalismo, racionalismo y otros hitos históricos.	359
B) Tutela cautelar penal y derechos fundamentales.	361
a) Rango de la ley que regule la tutela cautelar penal.	361
b) Contenido de las medidas cautelares penales y límites al legislador en la restricción de derechos.	366
C) Tutela Cautelar Penal y principio de legalidad.....	370
a) Taxatividad de las medidas cautelares penales: necesaria previsión legal de las mismas.	372
b) Contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal.....	373
c) Aplicación en el tiempo de la Ley que regule la tutela cautelar penal.....	383
3. Motivación de las resoluciones que imponen, alzan o modifican medidas cautelares penales.	388
A) Fundamentos del deber de motivar y su exigencia en la tesis de medidas cautelares penales propuesta.....	388
B) Contenido o alcance de la exigencia de motivación de la resolución que impone una medida cautelar.	391
II. Presupuestos formales derivados de algunos principios del proceso penal.....	394

1. Principio de oficialidad, principio acusatorio y solicitud de medidas cautelares penales: ¿instancia de parte u oficialidad en la adopción de medidas cautelares penales?	394
2. Principio de audiencia, derecho de defensa y decisión sobre la adopción de una medida cautelar: ¿es necesario celebrar una audiencia previa a la imposición de una medida cautelar penal?	399

CAPÍTULO SÉPTIMO.- CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO: MÉTODO Y MOMENTOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES. VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS.....409

I. Método de adopción de las medidas cautelares penales.	410
1. Procedencia del recurso a la tutela cautelar penal: la verificación del fundamento en el caso concreto.....	413
A) El orden de análisis de los presupuestos materiales.	413
B) Delimitación subjetiva del «juicio cautelar»: jurisdiccionalidad y sujeto pasivo del proceso.....	417
C) Elementos utilizados para analizar los presupuestos: parámetros, indicios y máximas de la experiencia.....	418
a) El parámetro.	419
b) El indicio cautelar.	420
c) Las máximas de la experiencia judicial.....	422
D) Posibles fases del «juicio cautelar»: diagnosis y prognosis. Especial mención al acopio y selección de datos sobre los que valorar la peligrosidad procesal.	425
E) La apreciación de los elementos que conforman el Peligro Cautelar.	431
a) El análisis del <i>riesgo de frustración procesal</i>	433
b) El análisis de la <i>disposición material</i>	434
c) El análisis de la <i>disposición anímica</i>	436
F) Efectos derivados de la apreciación de los presupuestos. Posibilidad de imponer medidas cautelares y limitación en cuanto a la gravedad de esta medida.	440
2. Necesidad de adoptar una medida cautelar en el caso concreto: aplicación de la regla de proporcionalidad.	440
A) El tránsito de los presupuestos materiales a las exigencias de la regla de proporcionalidad: la concreción del <i>fin</i>	441

B) Juicio de idoneidad y confección de un listado de medidas (cautelares o no) penales aptas para el fin perseguido.	442
C) Juicio de intervención mínima: orden, prelación y elección de la medida o medidas de defensa del proceso a considerar.	443
D) Juicio de proporcionalidad <i>strictu sensu</i> : comprobación del carácter no desproporcionado de la medida elegida a partir del juicio de menor lesividad....	445
E) Comprobación de la legitimidad de las medidas finalmente escogidas.....	447
 II. Momentos de adopción y vigencia de las medidas cautelares penales. Una explicación basada en las características de la tutela cautelar penal.	448
1. Instrumentalidad y objeto de la protección cautelar: momentos de adopción de las medidas cautelares penales.	450
2. Provisionalidad y duración de las medidas cautelares acordadas: plazo máximo y plazo razonable.	453
A) Temporalidad y plazo máximo de duración: cualidad y exigencia atribuibles en función del concreto derecho que es objeto de limitación con la imposición de la medida.	454
B) Provisionalidad y plazo razonable de duración: cualidad y exigencia predicables de todas las medidas cautelares penales.	455
3. Variabilidad y vigencia de los presupuestos que fundamentaron la adopción de la medida: respeto a la regla <i>rebus sic stantibus</i> y revisión de la tutela cautelar dispensada a un concreto proceso.	457
A) Modificación de los elementos normativos de los que depende el recurso a la tutela cautelar penal.	459
B) Modificación de la realidad sobre la que se examina la concurrencia de los presupuestos.	465
4. Ejemplificación de las implicaciones de la instrumentalidad y especial mención al distinto tratamiento temporal cuando el fundamento de la medida pretendida es la peligrosidad criminal.	468
 ANNEXO.- EL ANÁLISIS IDEOLÓGICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.....	477

I. Pautas para el análisis ideológico de los productos discursivos de carácter jurídico relativos a medidas cautelares penales.	477
II. Incidencia de la cuestión ideológica en materia cautelar penal y efectos de aquella en la tesis propuesta.....	481
CONCLUSIONES	491
BIBLIOGRAFÍA	503

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.
AN	Audiencia Nacional.
Art.	Artículo
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Cit.	Citado/a
DRALE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos.
FGE	Fiscalía General del Estado.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LECA	Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
Loc.	Lugar.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
Ob.	Obra.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
RDP	Revista de Derecho Procesal.
Riv. di Dir. Proc.	Rivista di Diritto Processuale.
S(s)TC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional.
S(s)TEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
S(s)TS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
Vid.	Véase.

INTRODUCCIÓN

En el análisis dogmático de las instituciones y fenómenos jurídicos existen “temas nuevos”, que lo son porque son deudores directos de un contexto (sociológico, político, tecnológico, etcétera) al que las categorías jurídicas clásicas no se acomodan.

Existen también “temas viejos”, que han sido objeto de tratamiento científico y sistematización general, pero cuyo análisis necesita ser adecuado a la evolución de la realidad a que se refieren.

Pero también existen temas viejos que no han sido objeto de sistematización o que, formulados algunos intentos, los mismos no han sido desarrollados. Estos “temas” tienen la dificultad de condensar en sí lo laborioso de la categorización con lo arduo de la acomodación de viejos conceptos a realidades evolucionadas. En esta tercera posición se encuentra el tratamiento de las medidas cautelares penales.

Cuando uno se acerca a las «medidas cautelares penales» encuentra, además de una desorganización legislativa y la ausencia de una teoría general, un especial distanciamiento entre las dispersas propuestas teóricas y la práctica forense en esta materia. Más allá de la advertida situación legal y doctrinal (y probablemente también éstas sean motivo de lo que se dirá a continuación), la sentida necesidad de abordar una sistematización de este tipo de medidas viene dada por una inevitable preocupación por el futuro: no puede sostenerse, en mi opinión, una situación como la actual, en que el estudio de las medidas cautelares penales resulta excesivamente complicado y su aplicación, en consecuencia, normalmente superficial y automática. Una correcta sistematización, a la que pretendo sólo contribuir humildemente con la propuesta que presento, facilitará un buen aprendizaje, y un buen aprendizaje favorecerá, a su vez, una correcta aplicación por parte de futuros y presentes abogados, jueces y fiscales. La actual regulación de la prisión provisional, fruto de un importante esfuerzo doctrinal, tanto científico como jurisprudencial, mostrará hasta qué punto la anterior reflexión es factible o sólo una muestra de exceso de ingenuidad.

El trabajo que ahora se introduce comenzó hace algo más de tres años, justo antes de aprobarse la última reforma de la prisión provisional, con un intento de hallar alternativas a dicha medida: para esto se consideraron una serie de instrumentos que

tenían como característica común acordarse durante la pendencia del proceso penal y tener por objeto la limitación de algún derecho del sujeto pasivo del proceso. El ejercicio consistió en examinar, respecto de cada una de estas medidas, el fin a que tienden, sus presupuestos y procedimiento de adopción, duración y consecuencias asociadas a su incumplimiento. Con este ejercicio quedó patente lo que ya se ha afirmado: la ausencia de un régimen legal completo y coherente respecto a las medidas analizadas. Pero aún una cuestión más importante: la inexistencia de un estudio sobre el fundamento de las mismas y, por ende, de su justificación tanto racional como finalista. Ahí estaba el reto: ¿cómo sistematizar las medidas cautelares penales sin conocer el fundamento de las mismas? Y precisamente por ausencia en la determinación de su fundamento asaltaba la siguiente pregunta: ¿qué son las medidas cautelares penales? ¿Por qué motivo se niega que el de evitar la reiteración delictiva es un fin de las medidas cautelares penales y a la vez se afirma ese carácter de la prisión provisional? ¿Acaso la prisión provisional no es sólo una medida cautelar? ¿Y el resto de medidas a las que no se atribuye un fin específico, qué son? Y, con esto ¿por qué habríamos de distinguir entre medidas cuya adopción permite evitar la huída del imputado y medidas que tienden a evitar la comisión de futuros delitos? ¿Han de apreciarse distintos presupuestos para perseguir uno y otro fin con la imposición de estas medidas? Pero ¿cuáles son los presupuestos de las mismas? En definitiva, ¿qué se exige para acordarlas? Muchas preguntas sin un punto de partida para su respuesta.

Hasta el momento la cuestión se había “solucionado” con la traslación del fundamento y presupuestos afirmados de las medidas cautelares civiles. Las medidas cautelares civiles son uno de esos “temas” relativamente viejos cuyo análisis en los últimos años se ha centrado en la adecuación de su fundamento a la evolución de la realidad a que se refieren: el proceso civil y el derecho sustantivo al que este proceso sirve. Esta es la situación desde la que ha de valorarse lo beneficioso o desacertado de aplicar la teoría de medidas cautelares civiles a las penales: ¿acaso no resulta más coherente que el análisis de los actos que se llevan a cabo en el proceso penal se realice desde la perspectiva de la realidad, normativa y fáctica, en la que se integran? Sea como fuere, no podía obviarse la evolución en el tratamiento de las medidas cautelares civiles, en tanto habían constituido el único referente para la afirmación (puramente nominal) de un fundamento a las penales.

El reto radicaba (y radica todavía), precisamente, en hallar un motivo que justifique las injerencias del Estado en los derechos de un individuo durante la pendencia del proceso penal. La carga ideológica de la racionalidad de dicho motivo estaba servida, pero no por ello había de abandonarse el intento de poner cierto orden en la cuestión. Sólo a partir de una mínima clarificación de los parámetros de que depende el motivo (o los motivos) de la injerencia estatal podía proponerse un fundamento de las medidas cautelares penales (o cómo quisiera llamárselas), y sólo a partir del fundamento podían proponerse unos requisitos de adopción de dichas injerencias.

En la clarificación del embrollo inicial y en la relajación del vértigo que supone haber de enfrentarse a una cuestión tan primaria y prácticamente huérfana de tratamiento científico por parte de nuestra doctrina, ha jugado un papel trascendental el acercamiento a la más liberal y racional de las acepciones del derecho a la presunción de inocencia: la que la entiende como una regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso. A la determinación de su contenido (o más bien de su sentido) también notoriamente parca en nuestra doctrina, se ha destinado el primer capítulo de este trabajo, que se completa con una breve referencia a la evolución del fundamento de las medidas cautelares civiles, ilustrativa de la distinción entre el fundamento procesal y material de las mismas.

Si se quería presentar un trabajo, además de honesto, completo, el análisis del fundamento había de observar tanto la posibilidad de defensa del derecho sustantivo como del proceso. Esto es, ¿las medidas cautelares pueden tener una función de prevención delictiva o han de limitarse a asegurar la válida realización del proceso penal? A responder este interrogante se dedica el segundo capítulo de este trabajo. Formulada una propuesta de fundamento de las medidas cautelares penales, según la que estas medidas responden a la existencia de (lo que se ha dado en llamar) un «peligro cautelar», había de aplicarse esta noción abstracta a nuestro proceso penal, con el fin de concretar los motivos que justifican el recurso al género cautelar en nuestro ordenamiento procesal penal: así, en el tercer capítulo, se precisan cuáles son los «peligros cautelares concretos» y su expresión teleológica: los fines de las medidas cautelares penales. He de advertir que dicho análisis se ha realizado respecto a distintos procesos ordinarios, en coherencia con el carácter general de la sistematización que propongo.

Tras este descenso al derecho positivo, en el capítulo cuarto vuelve a realizarse un ejercicio de abstracción, con el fin de formular y dar contenido a los presupuestos materiales de adopción de las medidas cautelares penales, que se han identificado con la imputación y lo que se ha denominado «peligrosidad procesal del sujeto pasivo». En tanto este último concepto presupone otro, el «riesgo de frustración procesal», también la apreciación de éste es requisito material de adopción de las medidas cautelares penales.

En los capítulos quinto y sexto no se abandona el ejercicio de abstracción, acometiéndose el análisis teórico de la exigencia de proporcionalidad y de los presupuestos formales de adopción de las medidas cautelares penales, respectivamente. El tratamiento de la proporcionalidad encuentra, entre sus primeras trabas, la ubicación o categorización de dicho requisito entre los exigidos para imponer una medida cautelar: por un lado, el mismo no deriva esencialmente del fundamento cautelar, por lo que se descarta caracterizarlo como presupuesto material de las medidas de este género. Por otro, tampoco es expresión de la forma que ha de seguirse para acordar medidas cautelares (por lo que se excluye definirla como un presupuesto formal de las mismas). Pero la proporcionalidad sí condiciona el modo en que es posible defender el proceso mediante la injerencia en las libertades individuales. La proporcionalidad, en definitiva, informa racionalmente la extensión de la injerencia estatal en las libertades del individuo, en atención al motivo y al fin que justifican tales injerencias. Por este motivo, es finalmente presentada como una exigencia añadida al ejercicio del poder por parte del Estado.

En el capítulo sexto, se fijan los presupuestos formales de las medidas cautelares (jurisdiccionalidad, legalidad, motivación y audiencia) y se niega, además, que la instancia de parte haya de incluirse entre los mismos.

Finalmente, en el capítulo séptimo intento señalar las repercusiones prácticas del sistema desarrollado en los capítulos anteriores, con especial referencia a las cuestiones relativas al método de adopción de las medidas cautelares penales y a la vigencia de las mismas.

Con todo, el fundamento de las medidas cautelares propuesto no ha querido presentarse como absoluto, sino aperturista: esto no significa que la posición mantenida (que creo moderada entre las distintas posibilidades que el margen de racionalidad en la actuación estatal permite) carezca de rotunda confianza. Al contrario, con el convencimiento que

es así como debería entenderse la tutela cautelar penal, presento este trabajo. Pero esto no es obstáculo para admitir que existen otras posiciones defendibles (sobre todo en lo que al contenido de la «peligrosidad procesal» se refiere) y que es necesario y altamente beneficioso que así sea. Y es que el presente trabajo pretende sólo aportar un ápice de claridad a la cuestión relativa a la tutela preventiva en el proceso penal: remover una tierra árida, impracticable, con la esperanza de despertar interés en su cultivo, que no es ni ha de ser, en mi opinión, cometido de uno. Tanto es así, que he de admitir que el estudio que ahora se introduce no agota todas las cuestiones relativas a la sistematización de las medidas cautelares penales: además de las perspectivas y líneas de exploración que se proponen al término de este trabajo, resta pendiente un análisis minucioso de las medidas que han de catalogarse como cautelares, o el planteamiento detallado de alternativas para completar el catálogo de medidas cautelares. A pesar de ser, precisamente, estas dos cuestiones las que marcaron el inicio de la presente investigación, he decidido concluir en este punto, dejando el camino de vuelta para el futuro, propio o ajeno. Han quedado fuera del análisis otros extremos de gran relevancia, como la espinosa cuestión de la afección de derechos de terceros como consecuencia de la imposición de una medida cautelar al imputado, o el tratamiento de los recursos contra las resoluciones relativas a medidas cautelares penales.

De hecho, a mi parecer, gran parte de la dificultad en la aproximación, desarrollo y cierre de una teoría general de medidas cautelares penales se debe a dos problemas más amplios, interrelacionados, en los que se enmarca la “tutela cautelar”: uno, el menor desarrollo sistemático del proceso penal, y otro, la necesidad de hallar una justificación racional para los distintos actos judiciales que se llevan a cabo durante la sustanciación de dicho proceso. A este nivel, adquiere especial relevancia la determinación de los parámetros de que depende aquella justificación racional: esta determinación es, en mi opinión, la mayor utilidad que presenta la concreción de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso. Ciertamente, lo que esta regla conglomerada puede ser igualmente observado desde otras perspectivas pero, precisamente, en esta reunión (de argumentos jurídicos, políticos y filosóficos) se justifica la presentación de dicho concepto. Desde esta amplia perspectiva de la actuación racional del Estado, el trabajo que ahora introduzco presenta un “motivo justificativo” para un tipo de injerencia estatal en las libertades individuales: aquél motivo es, en definitiva, la «peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso». Si las medidas que racionalmente responden a dicho motivo han de ser o no

llamadas cautelares, es una cuestión parcialmente relevante: la categorización importa sólo a efectos de fijar un régimen de adopción y vigencia. Que dicha categorización se haga atribuyendo un nombre a las medidas o distinguiendo el motivo por el que se acuerdan, es sólo una cuestión de enfoque. Creo que observar el proceso penal desde la perspectiva del motivo que justifica los actos coercitivos que se llevan a cabo en dicho proceso, puede ayudar a la (hoy tan deseada) motivación de las resoluciones. Pienso que poner el énfasis en el motivo, no en la medida, puede ayudar a racionalizar el sistema procesal penal.

En otro orden de consideraciones, antes de dar paso al primer capítulo, quisiera aclarar un extremo, terminológico, que por coherencia discursiva no ha sido apuntado en las páginas precedentes: me refiero a la utilización de locuciones tales como “resolución cautelar”, “tutela cautelar” o “juicio cautelar”, que acostumbran a entenderse como expresión de cierta autonomía, que no independencia, de las medidas cautelares respecto del proceso principal al que sirven. Su uso en este trabajo es sólo un recurso para simplificar la exposición (de manera que la referencia a una resolución judicial que acuerda, deniega, alza, prorroga o modifica una medida cautelar se condense en la expresión “resolución cautelar”. El mismo efecto habría de observarse respecto a la protección ofrecida por las medidas cautelares -“tutela cautelar”-, el ejercicio valorativo por el que se toma la decisión de dictar una determinada “resolución cautelar” -“juicio cautelar”- o, el conjunto de actos procesales que se sustancian al efecto -“proceso cautelar”-). En consecuencia, rogaría que el encuentro con tales expresiones no fuera apriorísticamente entendido como una posición relativa a la independencia del “proceso cautelar”, ni mucho menos a la defensa de un fundamento material de este tipo de tutela. La posición tomada respecto al fundamento de las medidas cautelares ha de observarse, esencialmente, a partir del fundamento propuesto en el segundo capítulo. Doy paso, sin más dilación, al camino que ha de llevarme a dicha determinación.

CAPÍTULO PRIMERO

CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL: SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL.

CAPÍTULO PRIMERO.- CONSIDERACIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL: SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CIVIL.

I. Indeterminación de la naturaleza de la tutela preventiva dispensada en el proceso penal.

Se advierten en nuestro ordenamiento jurídico-penal una serie de medidas, aplicables con carácter previo a la sentencia, de las que cabe afirmar como elementos comunes, (1) servir a un fin tuitivo o preventivo (2) acordarse durante la pendencia del proceso penal y (3) tener como objeto la limitación o privación de un derecho, libertad individual o garantía del sujeto pasivo de aquel proceso.

Me refiero a la prisión provisional¹, la libertad provisional sujeta a fianza², la libertad provisional sujeta a comparecencia periódica³, determinados supuestos de detención⁴, la retención del pasaporte⁵, las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación⁶, la suspensión de empleo o cargo público⁷, la prohibición de conducir vehículos a motor⁸, la clausura temporal o la suspensión de actividades de determinadas personas jurídicas⁹, la incomunicación¹⁰ la limitación en el conocimiento de las actuaciones sumariales¹¹, o la prohibición de libre elección de abogado¹².

¹ Arts. 503 y ss. LECrim.

² Art. 529 LECrim.

³ Art. 530 LECrim.

⁴ Arts. 13, 490 (apartados 3º a 7º) y 492 LECrim.

⁵ Art. 530 LECrim.

⁶ Arts. 13 y 544bis LECrim.

⁷ Art. 384bis LECrim.

⁸ Art. 529bis LECrim.

⁹ Art. 129.2 CP.

¹⁰ Arts. 509, 510, 520bis y 527 LECrim.

¹¹ Art. 302 LECrim.

La denominación que cabe atribuir a estas medidas, si es que pueden identificarse con un mismo concepto, no es cuestión pacífica: como primera aproximación podríamos afirmar que acostumbra a utilizarse, para referirse a ellas, el nombre de *medidas cautelares*, categoría jurídica construida en el plano procesal civil. No obstante, y pese que el carácter cautelar de algunas ha sido altamente objetado, no se las puede asignar una denominación sancionada, por decirlo de algún modo, fijada al imaginario jurídico. Algunas se asemejan, por su fin y el momento en que se acuerdan, a las denominadas *medidas de seguridad predelictuales*, pero esa denominación no acostumbra a utilizarse tras la declaración de inconstitucionalidad de este tipo de injerencia estatal. En su lugar, se utilizan otras, entre las que destaca, por la cantidad de su uso, la de *medidas preventivas*. Por razón de su contenido, también son genéricamente denominadas *medidas coercitivas*. Otras de las limitaciones de derechos señaladas no acostumbran a identificarse doctrinalmente con ninguno de estos nombres: así sucede con la incomunicación, la prohibición de designar libremente a un abogado, o la de conocer los actos sumariales (secreto de sumario)¹³.

Más que una controversia, debe afirmarse una *indeterminación*, a nivel legal y doctrinal, respecto a la naturaleza y régimen jurídico de aquellas medidas, que incide directamente en la ausencia de sistema de adopción y vigencia de una de las más recurridas formas de injerencia estatal en las libertades individuales: Así, de algunas se afirma su carácter cautelar, respecto a otras se niega dicha categoría, atribuyendo otra cuya denominación no es clara. El consenso en la asignación de categorías tampoco es tal. Normalmente dicha asignación depende del *fin* normativamente atribuido a la medida, si lo tiene, y si no, del que intuitivamente quepa atribuirle. De todos modos, debe advertirse que afirmar una u otra categoría (cautelar o preventiva) es de escasa utilidad si esa determinación no tiene como consecuencia la asunción de un sistema o régimen jurídico derivado de dicha naturaleza. Y así sucede que no hay categoría porque no hay sistema y no hay sistema porque no hay categoría.

¹² Art. 527 LECrim.

¹³ Dado que, de algún modo, las dos últimas, suponen una injerencia del Estado en las libertades individuales (aunque sea mediante la reducción de garantías), tienen un carácter tuitivo y se acuerdan durante la sustanciación del proceso, se ha querido incluirlas en la lista precedente.

Ante esta situación, parece necesario preguntarse: ¿Cuál es la naturaleza de estas medidas? ¿Pueden encuadrarse todas bajo un mismo sistema? Y, tanto si pueden como no, ¿qué régimen jurídico se deriva de aquella naturaleza? Ofrecer una posible respuesta a estas preguntas es cometido de este trabajo, enjuiciar la validez de aquélla, labor que con honor pero humildad quisiera confiarle a usted.

Se pretenderá, en definitiva, ofrecer un *motivo* y un *fin* para tales tipos de injerencia, que las justifiquen fundamental y teleológicamente. Ha de advertirse que la limitación de un mismo derecho puede producirse, en un ordenamiento, por varios motivos¹⁴, y que quizás no todos ellos puedan reconducirse a una misma institución jurídica. En cualquier caso, la proposición de una *razón justificativa* permitirá presentar, a partir de ella, los requisitos y condicionantes de adopción y vigencia de los actos que fundamenta.

Antes de abordar la naturaleza de las medidas a que nos venimos refiriendo, y precisamente para favorecer tal ejercicio, se considera necesario tomar posición acerca de uno de los derechos sobre los que el Tribunal Constitucional ha construido su escueta doctrina sobre la tutela cautelar penal: la presunción de inocencia (y más concretamente, su observación como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal).

De hecho, la jurisprudencia constitucional en materia cautelar puede clasificarse en función de si el tratamiento realizado lo es de cada una de las medidas de este género (entiéndase formulada la salvedad sobre la indeterminación de la naturaleza cautelar expuesta *supra*), o lo es respecto a la clase de tutela que dispensan las mismas, en su conjunto. El primer tipo de tratamiento, naturalmente, es el más común y es con la evolución de éste que el análisis jurisprudencial ha pasado de las *medidas* a la *tutela cautelar*¹⁵. Este ejercicio, que en el ámbito procesal civil permite señalar algunas líneas generales de esta clase de tutela, en el penal es todavía menor. Se acostumbra, en esta última sede, a extrapolar bien razonamientos que provienen del orden civil, bien extremos de la, esta sí, extensa construcción constitucional de la prisión provisional. Dejando de lado ahora la indicada traslación de la teoría relativa a prisión provisional, sí cabe advertir que la que se realiza del orden civil al penal debe tener en cuenta, como

¹⁴ Así sucede, en el nuestro, con la privación de libertad provisional, cuyos varios motivos justificativos se encuentran previstos en el art. 503 LECrim.

¹⁵ Se afirma la naturalidad en lo expuesto en el texto principal porque es precisamente a partir del análisis de los actos que se construyen las categorías y teorías jurídicas. Al menos así sucedió con la *ciencia procesal*, que es la superación del *procedimentalismo*.

elemento de valoración crítica, el distinto fundamento sobre el que el TC aborda ambos tipos de tutela: el derecho a la tutela judicial efectiva en el civil, los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad, en el penal. Que esos dos derechos (a la presunción de inocencia y a la libertad) hayan sido el cimiento sobre el que se ha construido la doctrina constitucional en materia cautelar penal, debe sin duda relacionarse con el contenido de las demandas de amparo concernientes a la aplicación de la prisión provisional. Pero si el derecho reconocido en el art. 17 CE es fundamento válido para enjuiciar la legitimidad de la prisión provisional vigente nuestro ordenamiento, no parece que pueda afirmarse lo propio respecto a otras medidas (entre las mencionadas en al inicio de este capítulo) cuyo contenido no es, o no se limita a ser, la restricción ni privación de la libertad física o ambulatoria¹⁶. Por consiguiente, parece que ha de descartarse el art. 17 CE como elemento analítico de la tutela cautelar en su conjunto, y tomarse el reconocido en el art. 24.2 CE. Pero, como se precisará a continuación, sucede que el significado, contenido e implicaciones de la *presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado* no han sido concretados por la jurisprudencia constitucional española (aún menos por la de los tribunales ordinarios), ni tampoco abordados por nuestra doctrina científica. Por este motivo, si ha de relacionarse la tutela cautelar penal con aquel derecho fundamental, parece necesario acometer una primera aproximación al mismo, que por fuerza habrá de tomarse como hipótesis de trabajo. A esto se dedica el título que sigue.

¹⁶ Tal es el derecho reconocido en el art. 17 CE. Explica DÍEZ-PICAZO, LM. (en *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 231 y 232), respecto a dicho precepto, que “el valor o bien jurídico protegido es la libertad de orientar la propia acción o, más sencillamente, la libertad física (STC 120/1990). Con ello se hace referencia a la mera libertad ambulatoria o de movimiento, a lo que los juristas franceses suelen llamar, de manera plástica, la «libertad de ir y venir». El derecho a la libertad y a la seguridad, así entendido, encarna una de las garantías elementales del Estado de derecho por comparación con lo que suele ocurrir con los regímenes dictatoriales: en frase atribuida a Winston CHURCHILL, se trata de que, cuando suena el timbre de casa a primeras horas de la mañana, uno sepa que no puede ser sino el lechero (...). Dicho cuanto precede, es importante no atribuir al art. 17 CE (ni al art. 5 CEDH) un alcance mayor del que en realidad les corresponde”. Para lo anterior, el autor precisa que la “libertad” protegida por aquel precepto constitucional no se refiere a la “libertad genérica de los individuos”, es decir, que el art. 17 CE no incluye “una regla de libertad residual, propia de todo ordenamiento de matriz liberal-democrática”. Además, explicita que “el derecho a la libertad y a la seguridad se refiere a la libertad física o deambulatoria en cuanto tal, no a los lugares dónde uno puede moverse. El derecho a no ser arbitrariamente privado de la posibilidad de moverse no comprende necesariamente el derecho a circular por todas partes. En ambos supuestos entra en juego la movilidad humana; pero es posible darles regulaciones distintas y, por tanto, configurarlos como derechos diferentes. Esto es lo que hacen la CE y el CEDH, que prevén la libertad de circulación y de residencia como un derecho fundamental diferenciado.”

II. El derecho a la presunción de inocencia: especial atención a su proyección como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal.

Libertad y presunción de inocencia se encuentran íntimamente relacionadas. Y esto no se afirma porque los derechos con sendos objetos hayan sido unidos en el tratamiento constitucional de la prisión provisional, sino que dicha conexión radica en la propia esencia del derecho a la presunción de inocencia, que es a la vez proyección y garantía de la libertad dentro del orden punitivo estatal¹⁷.

En este epígrafe se intentará presentar una visión del contenido del derecho a la presunción de inocencia que permita, después, explicar lógicamente la relación entre este derecho y las medidas cautelares penales, esto es, las exigencias que la vigencia de la presunción de inocencia vierte sobre el régimen de estas medidas en el proceso penal. Para esto, y tras la asunción de la “tesis de la triple acepción de la presunción de inocencia”, habrá de situarse la construcción de una de las acepciones de este derecho: la que se refiere a él como una “regla de tratamiento del imputado en el proceso penal”. Dicha perspectiva obligará a contextualizar el análisis en el orden penal y, con carácter previo, a tomar posición acerca de las relaciones de poder entre Estado y ciudadano. Los motivos del recurso, con esto último, a la filosofía política y moral, serán precisados en breve; pero, al respecto, puede indicarse ahora que dicha opción se estima especialmente relevante para comprender la hipótesis sobre el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y, en última instancia, también del propio fundamento de la tutela cautelar penal¹⁸.

¹⁷ Vid. CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanc, València, 2003, pp. 18 a 20, en las que afirma el derecho a la presunción de inocencia, en sus múltiples fueros y manifestaciones, como eje del «derecho constitucional de garantía» (FERRAJOLI). La noción de FERRAJOLI de la presunción de inocencia como garantía de libertad (y de verdad, a su parecer), en *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 549.

Aunque la más conocida sede aplicativa del derecho a la presunción de inocencia es el proceso penal, también se ha alegado como garantía frente al ejercicio de otras potestades estatales (legislativa y administrativa-sancionadora). Desde un primer momento, el TC asumió formalmente que “la presunción de inocencia se proyecta allí dónde se derive de la apreciación y conducta de las personas un resultado sancionatorio para las mismas o limitativos de sus derechos” (STC 13/1982, de 1 de abril, que resuelve el amparo interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Primera de una Audiencia Provincial, que a su vez ratifica unas medidas provisionales de separación a favor de la esposa, con el siguiente argumento: “pese a los defectos *probados* de la madre, ante la gravedad de la referida *sospecha* en cuanto al padre, conviene continuar el actual estado de cosas, manteniendo el Auto del Juzgado dictado con fecha 17 de marzo de 1978 dejando la guarda de los menores a la madre”).

No podemos obviar que, en los últimos tiempos, tal garantía se ha exigido también frente a los medios informativos, cuestión que ha de relacionarse, en mi opinión, con lo que más adelante se dirá sobre el “ejercicio del poder”.

1. Asunción de la tesis de la triple acepción de presunción de inocencia e incertidumbre de su contenido como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal.

La presunción de inocencia ha sido recurrente objeto de estudio por la doctrina científica y, a la par, de construcción jurisprudencial¹⁹. En nuestro ordenamiento, uno de los trabajos más relevantes al respecto es el del Dr. Vegas Torres, cuya tesis de la triple acepción de este derecho fundamental quiere asumirse en este momento. Según aquella, la presunción de inocencia es (1) un principio informador de todo el proceso penal de corte liberal; (2) una regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso y (3) una regla del juicio fáctico de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio²⁰.

¹⁸ En el último párrafo se ha hecho referencia, en dos ocasiones, a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del *imputado*. Se observará que, a lo largo de este trabajo, me referiré también a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del *sujeto pasivo del proceso*. Quisiera aclarar que ambas expresiones han de comprenderse como equivalentes, con el bien entendido que (1) este derecho se predica del sujeto pasivo del proceso penal, no del civil eventualmente acumulado al penal y (2) dicho derecho se adquiere con la imputación, pero se mantiene también en la condición de imputado y condenado por sentencia no firme.

¹⁹ Entre los juristas españoles, han trabajado la presunción de inocencia (y el listado no agota la enumeración, sino que se limita a las obras que he leído), VAZQUEZ SOTELO, JL; *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984 (del mismo autor, “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992); ROMERO ARIAS, E; *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Aranzadi, Pamplona, 1985.; JAÉN VALLEJO, M; *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987; VEGAS TORRES, J; *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993; PASTOR ALCOY, F; *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995; MONTAÑÉS PARDO, MA; *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1999 y CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional...; ob.cit.* Entre los artículos de revista y capítulos de libro, BACIGALUPO ZAPATER, E; “Presunción de inocencia, in dubio pro reo y recurso de casación”, en *ADPCP*, tomo 41, 1988; TOMÁS Y VALIENTE, F; “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *REDC*, núm. 242, 1989; LÓPEZ GUERRA, L; “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992; ASECIO MELLADO, JM; “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992; ANDRÉS IBÁÑEZ, P; “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Detención y prisión provisional*, CGPJ, 1996; BORRAJO INIESTA, I; “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *La prueba en el proceso penal*, tomo II, CGPJ, Madrid, 1997 y CUERDA RIEZU, AR; “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 1999.

En cuanto a la jurisprudencia, cualquiera de las obras citadas contiene una relación más exhaustiva de la que yo puedo proporcionar, de manera que a ellas me remito (al margen de las resoluciones que, de forma expresa, se tratan en este trabajo).

²⁰ VEGAS TORRES, J; *Presunción de inocencia...; ob.cit.*; especialmente, respecto a la triple acepción, pp. 13 a 45. La asunción de esta tesis implica también tomar como válida la idea que el contenido del derecho, con este nombre previsto en el art. 24.2 CE, incluye las tres vertientes señaladas. Antes que

Es esta última acepción, la que se refiere a los requisitos necesarios para la *enervación* de la presunción de inocencia, la que ha obtenido una mayor atención en nuestra doctrina, tanto científica como jurisprudencial. No obstante, en ambos fueros se han reconocido, con mayor o menor desarrollo, los otros dos significados de la presunción de inocencia, pudiendo hoy afirmarse que el alcance de dicho derecho no se circunscribe a la apreciación definitiva de culpabilidad, sino que su vigencia condiciona la estructura de todo el proceso penal de corte liberal²¹ así como el trato que, bajo una óptica racional, debe dispensarse al sujeto pasivo del proceso.

Pese a la posibilidad de distinguir estas tres acepciones, no puede negarse que todas ellas expresan diferentes alcances de un único derecho, y que aquéllas tres tienen entre sus nexos de unión “una misma preocupación de justicia que se puede resumir en la exigencia elemental de que el inocente no sea castigado”²². Las tres acepciones constituyen, en definitiva, intentos de optimizar el valor “inocencia”.

Por esta interrelación y equivalente función se explica que al hilo del análisis de cualquiera de las tres expresiones puedan identificarse las otras dos²³. Así sucederá en

Vegas formulara esta última conclusión, VAZQUEZ SOTELO había apuntado que la presunción de inocencia es un criterio informador del proceso penal (también, desde su constitucionalización, un criterio normativo, añade) y que “la presunción de inocencia (...) tiene utilidad en cuanto exige que esas limitaciones o derogaciones parciales (*se refiere al procesamiento, l acusación y el encarcelamiento preventivo*) se limiten a esas precisas exigencias de servir al desenvolvimiento del proceso (...)”, en *Presunción de inocencia del imputado...*; *ob.cit*; pp. 265, 266 y 271. También ROMERO ARIAS alude (en lo que identifica contenido esencial de este derecho) a la prohibición de considerar culpable al imputado hasta la sentencia condenatoria definitiva y a necesidad que sea la acusación quien practica prueba tendente a formar la convicción judicial de la culpabilidad del acusado, en *La presunción de inocencia...*; *ob.cit*; pp. 49 y 127. En el mismo sentido, también JAÉN VALLEJO, en *La presunción de inocencia en la jurisprudencia...*; *ob.cit*; pp. 25, 26, 87 y 88.

Curiosamente, de todos los autores citados en esta nota al pie, sólo VEGAS TORRES reconoce el trascendente trabajo previo de ILLUMINATI, titulado *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, publicado por primera vez en 1979 por Zanichelli.

²¹ La parquedad del tratamiento científico de esta regla debe ser matizada, ya que ocupó durante un tiempo gran parte de los esfuerzos de las escuelas (clásica, positiva y técnico-jurídica) penales italianas. Por razón de síntesis, no se incide expresamente en este trabajo en los principales argumentos de los debates de dichas escuelas sobre la presunción de inocencia. No obstante, la virtualidad de la acepción que justifica esta nota al pie puede ser advertida. *infra*, en el capítulo II § III.2.A.a.

²² Así lo afirma VEGAS TORRES, en *Presunción de inocencia...*; *ob.cit*; p. 39. Con lo anterior, se señala que los distintos significados de presunción de inocencia tienen “un origen histórico diferente, nacen en momentos, lugares y culturas jurídicas distintas y dan respuesta a preocupaciones de muy diferente naturaleza” (VEGAS TORRES, en *Presunción de inocencia...*; *ob.cit*; *loc.cit.*). Tampoco los antecedentes históricos de este derecho son objeto de comentario pormenorizado en mi trabajo, aunque en breve se señalarán algunas de las conclusiones extraídas de su estudio.

la exposición que integra este título, centrada en las exigencias que la presunción de inocencia proyecta sobre el tratamiento del sujeto pasivo del proceso²⁴.

La necesidad de abordar la cuestión anunciada ha sido parcialmente justificada (o al menos así se ha intentado) al final del título anterior. No obstante, quiere ahora completarse lo dicho en aquel lugar.

Al respecto, ha de recordarse que el TC inició, con sus primeras resoluciones, un análisis de la tutela cautelar penal basado en el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). Así, en la sentencia núm. 31/1981, de 28 de julio, el Magistrado Escudero del Corral formula una primera relación entre el derecho a la presunción de inocencia y las medidas cautelares, afirmando (aunque ésta no sea la cuestión que se debate en la sentencia de referencia, ni tampoco el asunto central de su voto particular) la posibilidad que el TC examine el “significado de las medidas adoptadas durante el proceso, evitando que éstas puedan (pudieran, en la versión original) tener un carácter punitivo, distinto al cautelar”²⁵. Esta primera mención a la presunción de inocencia como parámetro de constitucionalidad de las medidas cautelares encuentra apoyo implícito en la STC 41/1982, de 2 de julio, en la que se aduce el derecho del 24.2 como uno de los que disciplinan la institución de la prisión provisional. Obviamente, otro de los derechos que cumplen esta función es el de la libertad, reconocido en el artículo 17 de la Carta Magna. Dos años después, en la STC 66/1984, de 6 de mayo (referida a un procedimiento contencioso-administrativo), el TC vuelve a admitir la existencia de la

²³ El significado único o plural de la presunción de inocencia ha sido una cuestión controvertida, en menor grado desde la “tesis de la triple acepción” pero todavía subsistente. No se aboga, por el momento, un tratamiento uniforme de la presunción de inocencia, que se conoce puede inducir a muchos equívocos (por ejemplo, en los que incurren algunas posiciones que cuestionan la validez de la prisión provisional o del sobreseimiento libre sobre la última de las acepciones afirmada por VEGAS). Así que, si bien se estima conveniente distinguir el alcance que el derecho a la presunción de inocencia tiene en los diferentes momentos del proceso, no es menor la necesidad de entenderlo como un solo derecho.

²⁴ Aducía VEGAS TORRES, en 1993, que “la incidencia de la presunción de inocencia en las cuestiones relativas al tratamiento del inculcado durante el proceso (...) es asunto cuyo esclarecimiento reviste indudable interés”, en *Presunción de inocencia...*, *ob.cit.*; pp. 41-42. Salvo error u omisión por mi parte, todavía hoy no se advierte en nuestra doctrina un trabajo que acometa dicho esclarecimiento de forma monográfica (aunque, como advierte el autor referenciado en esta nota al pie, “nuestra doctrina viene relacionando la presunción de inocencia con el tratamiento del imputado durante el proceso, extrayendo consecuencias concretas en cuanto a la prisión provisional y el procesamiento”, en *ob.cit.*; p. 37).

²⁵ Parece ya entreser algo que en el proceso civil había sido ya fijado, principalmente por la doctrina italiana: (1) que la naturaleza cautelar de determinadas medidas se predica por razón de la función que cumplen y (2) que la función cautelar se advierte, al menos parcialmente, por contraposición a la punitiva. Estas dos primeras líneas se mantienen con el tiempo y constituyen, se apuntará en breve, casi la única delimitación doctrinal de la tutela cautelar penal.

regla de tratamiento del imputado, en los siguientes términos: “es conocido que la disposición que declara -dentro de las garantías contenidas en el art. 24.2 de la Constitución- que todos tienen derecho a la presunción de inocencia, contiene una regla del juicio con relevancia en lo que atañe a la prueba, y, además, una regla de tratamiento del imputado -en el proceso penal- o del sometido a procedimiento sancionador, (...) regla que proscribire que pueda ser tenido por culpable en tanto su culpabilidad no haya sido legalmente declarada”. Pese a este reconocimiento expreso, nada aclara esta resolución sobre las implicaciones de esta regla en el régimen de las medidas cautelares: “No se trata ahora (puntualiza el TC) de considerar la compatibilidad de la presunción de inocencia con medidas de signo cautelar y preventivo”. Las primeras alusiones a dichas implicaciones o exigencias se observan en la STC 108/1984, de 26 de noviembre, donde se afirma lo que se ha convertido ya en una cita ritual:

“La presunción de inocencia, interpretada de acuerdo con los términos del art. 10.2 de la C.E.²⁶, es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que *se adopten por resolución fundada en Derecho*²⁷ que, cuando no es reglada, ha de basarse en un *juicio de razonabilidad* acerca de la *finalidad perseguida* y las *circunstancias concurrentes*, pues *una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso*” (FJ 2). Y después, en el FJ 3, reitera: “El derecho a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 de la C.E. exige que las medidas cautelares que afecten a la libertad personal o supongan una restricción de la libre disposición de los bienes²⁸ se fundamenten en un *juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las circunstancias concurrentes*, cuando la decisión del Juez o Tribunal no tiene carácter reglado” (la cursiva es mía).

Una mínima (y única) precisión de esta primera formulación se hace esperar: es en la trascendental STC 128/1995, de 26 de julio (FJ 3), donde se precisa la incidencia del

²⁶ Que establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

²⁷ Explicita, en el mismo fundamento jurídico segundo: “Por otra parte, la necesidad de que la resolución sea fundada en Derecho, en los términos vistos, viene a proyectar en el art. 24.2 de la Constitución la exigencia que deriva del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), que, como ha declarado el Tribunal en muy reiteradas ocasiones, comprende el de obtener una resolución fundada en Derecho”.

²⁸ Entiendo que la referencia que justifica esta nota al pie responde al contenido de las tradicionalmente llamadas medidas cautelares: prisión provisional, fianza y comparecencia periódica.

derecho a la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, en la adopción y vigencia de la prisión provisional:

“La presunción de inocencia (que), como dijimos en la STC 109/1986, opera en el seno del proceso como una regla de juicio; (pero,) constituye a la vez una *regla de tratamiento*, en virtud de la cual *el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo*. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad²⁹; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como *regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva*. Y eso quiere decir que ésta *no puede tener carácter retributivo* de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, *proscribe la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales*”.

En definitiva, la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado impide que la prisión provisional (sobre la adopción de la misma versaba el recurso de amparo) tenga un carácter punitivo. La propia resolución exige, a partir de las coordenadas “derecho a la libertad” (art. 17 CE) y “derecho a la presunción de inocencia” (art. 24.2 CE), que la configuración y aplicación de la medida tengan, “como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva; como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida; y, como objeto, que se la conciba, tanto en su adopción como en su mantenimiento, como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines antedichos” (FJ 3).

Ya en el momento de dictarse la STC 128/1995, la jurisprudencia constitucional había iniciado, sino un viraje (pues la dirección no era demasiado clara), una reconducción del fundamento de sus escasas resoluciones en materia cautelar penal, que pasa a ser el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE. He de matizar esta última apreciación:

1) Lo cierto es que dicha reconducción no se produce propiamente respecto al análisis del género cautelar, sino de la prisión provisional.

²⁹ Exigencia que hoy se asociaría, claramente, a lo que la doctrina ha denominado *Fumus Boni Iuris*.

2) Las exiguas resoluciones del TC referidas a las medidas cautelares penales (entendidas como género), continúan repitiendo la fórmula retórica instaurada por la STC 108/1984.

Si bien la mención al derecho a la presunción de inocencia como parámetro de constitucionalidad de las medidas cautelares no desaparece, sí mengua considerablemente. Probablemente, tal circunstancia se deba a que el TC no ha estimado, hasta la actualidad ni una sola demanda de amparo relativa a la vigencia de medidas cautelares por vulneración del derecho a la presunción de inocencia³⁰. Las exigencias que este derecho vierte sobre las medidas de este género se limitan a (1) que la medida se adopte por una resolución fundada en derecho y (2) la prohibición que la medida tenga carácter punitivo, naturaleza que se evita, según la doctrina del TC, cuando la medida es proporcional esto es, cuando se basa en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes³¹. No es poco, si se cumplieran realmente tales exigencias³². Pero no es, en mi opinión, suficiente: ¿basta

³⁰ De forma más precisa, el Alto Tribunal ha señalado que la alegación de la vulneración de la presunción de inocencia en la adopción de la prisión provisional “no tiene un sentido autónomo, sino que ha de integrarse en el análisis del derecho a la libertad” (a título de ejemplo, STC 217/2001, de 2 de octubre (FJ 5)).

³¹ Los términos en que se expresa esta condición son en ocasiones, si no confudentes, poco clarificadores: también *ad exemplum* vuelvo a citar la STC 217/2001, que hace depender la naturaleza no retributiva de la medida de dos condicionantes: (1) la existencia de indicios racionales de criminalidad y (2) que la medida no se imponga como pena anticipada.

³² Obviaré, por el momento, la cuestión relativa al fin tradicionalmente denominado “evitar la reiteración delictiva”, que cumplen no pocas medidas en nuestro ordenamiento procesal penal. Sí pondré un solo ejemplo de inobservancia del TC de su propia doctrina: el Auto núm. 191/2000, de 24 de julio, inadmitió una demanda de amparo porque “la lesión del derecho a la presunción de inocencia (...) carece de contenido constitucional. (...) De un lado, *no existiendo declaración de culpabilidad, el derecho a la presunción de inocencia carece de ámbito de aplicación*. De otro, en cuanto a la existencia de elementos de prueba de los que inferir la existencia de indicios racionales de intervención del recurrente en el delito imputado, *único aspecto en el que puede conectarse el derecho a la presunción de inocencia y la prisión provisional*, (...) es suficiente la propia declaración del imputado admitiendo los hechos -en los términos en que se produjo-, siendo asistido de Abogado de oficio”. Se advertirá que, de principio, lo señalado en cursiva contradice la doctrina (ciertamente, escasa, pero existente) expuesta en el texto principal. Pero es que, además, en el caso concreto las circunstancias concurrentes son completamente obviadas en los sucesivos mantenimientos de la prisión provisional (acordada con la siguiente motivación: “Concurriendo las circunstancias previstas en el número primero, segundo y tercero del art. 503 LECrim., y apreciándose alarma social, dada la gravedad de los hechos objeto de enjuiciamiento, procede decretar la medida cautelar de prisión provisional”. El Ministerio Fiscal, por su parte, había solicitado la adopción de la medida por la “gravedad y trascendencia social de este tipo de delitos y a fin de evitar el riesgo de fuga que la condición de extranjero del detenido implica”). Ninguno de los órganos que conoció de los recursos interpuestos tuvo en consideración lo aportado por el imputado para negar el riesgo de fuga: un acta notarial de declaración jurada de la pareja del recurrente, en la que afirma que éste convive con ella desde hace tres años; el informe de un centro de atención a drogodependientes confirmando la solicitud del recurrente de someterse a tratamiento en dicho centro y la certificación de una empresa mecánica, en la que se afirma el compromiso de ofrecer empleo de mecánico al recurrente para el caso que ingrese en el centro de rehabilitación citado. Pese a estos datos, la prisión provisional del recurrente en amparo se

con integrar la finalidad perseguida en el juicio de proporcionalidad, o importa cuál sea esa finalidad? ¿Acaso el carácter punitivo o “cautelar” de una medida no depende, precisamente, de la finalidad para que se impone?

Más allá de estas interpelaciones, que serán retomadas en otros lugares de este trabajo, a la menor fundamentación basada en la presunción de inocencia, ha de sumarse el creciente desarrollo de la doctrina constitucional relativa a la prisión provisional sobre la base del art. 17 CE. En mi opinión, el alud de recursos de amparo relativos a la prisión provisional y la relativa indeterminación de que partía el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, han impedido que el TC desarrolle la vertiente de la presunción de inocencia referenciada, privándonos de una orientación jurídico-política que permita asignar un contenido y significado a aquella regla.

Por otro lado, el derecho a la presunción de inocencia aparece por primera vez en nuestro constitucionalismo en la Carta Magna hoy vigente, por lo que la interpretación histórica no reporta grandes frutos³³. Tampoco la literal, obviamente, dada la textura abierta que caracteriza las normas con estructura de principios; ni la sistemática³⁴ ni la teleológica. Ninguno de esos métodos hermenéuticos permite perfilar, más allá de su formulación literaria, el contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, a la que el TC continúa haciendo tímida referencia en la actualidad, y sin variar ni un ápice el enunciado inicial, ya transcrito. Tampoco en la lectura de los debates constituyentes³⁵, ni en el estudio de las manifestaciones más

mantiene por motivo del tipo de delito (contra la salud pública, tipificado en el art. 368 CP), la pena asignada al mismo y el reconocimiento de los hechos por parte del imputado.

³³ VEGAS TORRES, *Presunción de inocencia...*; *ob.cit*; p. 14; VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia del imputado...*; *ob.cit*; p. 241. Ambos autores recurren, como antes lo había hecho ILLIMINATTI (*La presunzione d'innocenza...*; *ob.cit*; pp. 24 y ss). A partir y profundizando en las primeras indicaciones ofrecidas por el italiano, VEGAS analiza los antecedentes (internacionales) más inmediatos de este derecho, camino por el que concluye la triple acepción del derecho reconocido en el art. 24.2 CE.

³⁴ De acuerdo con VEGAS TORRES (*ob.cit*; *loc.cit.* en nota al pie anterior), la interpretación sistemática “arroja algo de luz acerca del ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia, pero todavía sigue en pie el problema de la determinación del contenido de este derecho fundamental”. De asumirse, como hago, el contenido afirmado por VEGAS al final del primer capítulo de su obra, queda pendiente, ya no la determinación del contenido sino las exigencias derivadas de dicho contenido. El mismo autor aborda las implicaciones derivadas de una parte del contenido afirmado de este derecho, restando pendientes las relativas a la regla de tratamiento del imputado.

³⁵ Explica VÁZQUEZ SOTELO (en “La presunción de inocencia”, *ob.cit*; p. 106) que “llama la atención que un precepto tan fundamental fuese introducido en la Constitución sin apenas debate, como pone de

relevantes de este derecho en el constitucionalismo europeo y americano³⁶, ni en la lectura de las principales obras de la dogmática española sobre el derecho a la presunción de inocencia, se han hallado las exigencias derivadas de esta *regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso*. Pero la tarea sí ha propiciado la reflexión suficiente como para presentar una propuesta al respecto.

El principal problema en la proposición de un contenido a la “regla de tratamiento del imputado en el proceso penal” reside, básicamente, en las dificultades asociadas a la interpretación en materia de derechos fundamentales (dificultad que se incrementa cuando la norma que lo declara se presenta como un principio, no como una regla, en la clásica distinción ultimada por Alexy³⁷). Ciertamente, los métodos hermenéuticos se muestran en ocasiones insuficientes para estipular un significado a los términos esencialmente vagos, como el de “presunción de inocencia”. Para asignar (o al menos proponer) un contenido a aquella acepción de este derecho, van a resultar sumamente útiles las instrucciones que, de forma literal, se transcriben a continuación:

“En estos casos (...) la dificultad principal deriva de que se trata de derechos fundamentales formulados como principios; y los principios son, como se ha visto, mandatos de optimización de determinados valores o bienes jurídicos. De aquí se sigue que la interpretación en materia de derechos fundamentales debe dar respuesta a dos interrogantes:

manifiesto la mera lectura de los debates parlamentarios”. Ciertamente, la falta de discusión acerca del contenido de ese derecho es perceptible durante la lectura de los textos relativos al proceso constituyente, publicados en la obra *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, 1980, 4 tomos. Por el objeto del trabajo que me ocupa, considero excesivo ilustrar el análisis realizado sobre el *íter* parlamentario de este derecho. No obstante, de dicho ejercicio extraigo las siguientes conclusiones: (1) La mención al derecho a la presunción de inocencia se mantiene invariable desde el texto del Anteproyecto redactado por la Ponencia y aprobado por la Comisión Constitucional del Congreso, hasta la aprobación definitiva de la Constitución. (2) No resulta posible conocer la intención directa del constituyente con la inclusión del derecho a la presunción de inocencia, ni determinar el alcance que quiso darle a ese derecho. Esta imposibilidad viene dada, en primer lugar, por el carácter reservado de los trabajos de la ponencia y la consiguiente inexistencia de una versión oficial y pública de sus reuniones, así como, en segundo término, por la total ausencia de debate, durante todo el trámite parlamentario constitucional, sobre el sentido y alcance de ese derecho. Finalmente (3) de lo debatido, sólo cabe destacar, en este momento, la referencia genérica a los Tratados Internacionales suscritos por España como fundamento de la previsión constitucional de los Derechos Fundamentales. Respecto a esta última conclusión, *vid.* VÁZQUEZ SOTELO (“La presunción de inocencia”, *ob.cit.*; p. 107) y VEGAS TORRES (*Presunción de inocencia...*; *ob.cit.*; p.p. 32 a 35 y nota al pie 60) para quien “el tenor literal del art. 24.2 CE permite, por tanto, atribuir al derecho a la presunción de inocencia la máxima amplitud, al no vincularlo a ninguna parcela concreta de la actuación punitiva estatal”.

³⁶ El análisis referenciado se dirigió básicamente a la búsqueda de una relación histórico-jurídica entre las tres principales líneas de antecedentes de la presunción de inocencia (en las que VEGAS TORRES basa cada una de las tres acepciones de este derecho). Resulta completamente imposible (y seguramente contraproducente) reproducir los extremos de la investigación llevada a cabo, así como las “conclusiones” provisionales a las que llego que son, más que conclusiones, hipótesis para trabajos futuros.

³⁷ ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

primero, ¿qué debe optimizarse?; segundo, ¿hasta dónde debe llegar la optimización? (...). Por ello, hay que identificar cuál es el valor –o, en su caso, los valores- que cada derecho fundamental protege, lo que no siempre es evidente ni pacífico. Esta necesidad de identificar valores o bienes jurídicos trae consigo, a su vez, una apertura del razonamiento jurídico a la filosofía política y moral. Entiéndase bien: no se quiere decir que la interpretación en materia de derechos fundamentales haya de transformarse en un debate filosófico. Se quiere decir, más bien, que la identificación de esos valores –y, por consiguiente, del sentido mismo de la norma- difícilmente puede abordarse sin recurrir a la filosofía política y moral.”³⁸

Con lo anterior, no encontramos más motivo para dilatar el acercamiento, de acuerdo con la pauta señalada al inicio de este título, al significado de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y a sus posibles exigencias sobre el proceso penal.

2. La relación de poder entre el Estado y el ciudadano. Posicionamiento político y filosófico de base para la concreción del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

Es frecuente asociar los conceptos de libertad e inocencia. También es frecuente cuestionar su carácter absoluto y extremo: ¿Se puede ser más o menos libre, o hemos de afirmar la total libertad o la total ausencia de la misma? ¿Se ha de ser completamente

³⁸ DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; p. 43. Continúa el texto transcrito, aquel autor, afirmando: “Así, la práctica interpretativa en materia de derechos fundamentales resulta mejor explicada por quienes sostienen que las lagunas e imprecisiones existentes en el ordenamiento deben ser colmadas mediante el auxilio de conceptos y argumentos morales (Robert DWORKIN, Robert ALEXY, Jürgen HABERMAS) que por quienes piensan que aquí hay pura y simple discrecionalidad de los operadores jurídicos y, en última instancia, de los jueces (Hans KELSEN, Herbert HART)”. Para matizar (y con un claro resultado conciliador) la tesis de que la interpretación de derechos fundamentales está abierta al debate moral, el autor realiza una serie de precisiones, que cabe resumir en estas cuatro exigencias o condiciones: (1) La moral que puede auxiliar al razonamiento jurídico es la moral crítica (que da argumentos de naturaleza prescriptiva), no la moral positiva o moral social; (2) El recurso a la argumentación moral debe ser realista y respetuoso con las exigencias de la democracia, lo que implica que deban rechazarse aquellas soluciones, por un lado, poco viables y, por otro, subversivas del funcionamiento de las instituciones democráticas; (3) La apertura a la filosofía política y moral en la interpretación de derechos fundamentales ha de ser respetuosa con el texto interpretado y coherente con la tradición y el contexto de la carta constitucional de que se trate, lo que supone que, allí donde el contenido de un derecho fundamental no es claro, debe preferirse aquella interpretación que resulte más acorde con el conjunto del sistema constitucional de que se trate, y (4) La jurisprudencia cumple un papel determinante a la hora de encauzar la utilización de conceptos y argumentos morales, ya que, precisamente por intermediación jurisprudencial, esos conceptos y argumentos de origen extrajurídico se juridifican (*ob.cit.*; pp. 44 a 46).

inocente o completamente culpable, o pueden relativizarse tales atribuciones?³⁹ El primer obstáculo para dar respuesta a estas preguntas es la propia indeterminación de los conceptos “libertad” e “inocencia”. Y dicha indeterminación no tiene otra explicación que el carácter valorativo de lo que aquellos sustantivos expresan. En efecto, “libertad” e “inocencia” *son valores* y la dignidad, o mejor el respeto, que de cada uno de ellos se tenga, así como la relación de dependencia que se establezca entre los mismos, se encuentra sujeta a una particular visión del mundo, a su vez condicionada por influencias culturales y políticas (incluso el culto al patrimonio o el capitalismo han de integrarse en esas posibles influencias). Por este motivo, intentar indagar acerca del contenido e implicaciones de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado requiere, como mínimo, ubicar dicho análisis tomando como base una concreta posición política (el liberalismo, que no ultraliberalismo) y, además, un determinado influjo filosófico y moral (el racionalismo y el relativismo). En consecuencia, expondré a continuación el posicionamiento personal de partida para la proposición, en momentos posteriores, de un contenido a dicha regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso.

A) El poder, el Estado y las libertades individuales.

La vertiente política de la conexión entre libertad e inocencia se ubica en el marco de las relaciones del poder sobre quien está sometido a dicho poder.

Cuando, en este momento, me refiero al «poder», lo hago en su acepción más estricta: no al poder como *potentia* sino al poder como *potestas*, esto es, al poder de mandar y hacerse obedecer, al que se profesa cuando ambas partes, la que ejerce el poder y la que lo padece, reconocen la acción posible del primero sobre la voluntad del segundo. Este poder puede observarse, por ejemplo, en la *potestas* del Estado sobre los individuos que lo integran, o en la que ejerce la religión sobre sus fieles, o en la que un cabeza de familia puede tener sobre los miembros que la componen.

Al centrar la cuestión del poder en la relación que une Estado e individuos que lo integran, se advierte que un Estado (como cualquier otra organización con poder) puede

³⁹ En mi opinión, parte de la discusión entre las escuelas penales italianas radica, precisamente, en el carácter absoluto con que la escuela clásica comprendía el valor inocencia. Pese a que comparto con aquella escuela la voluntad de potenciar el valor «inocencia», me parece que presentarlo de forma absoluta no es la mejor manera de perseguir dicho objetivo.

calificarse de liberal, en caso que respete las libertades individuales, o de totalitario, si las suprime o no las reconoce⁴⁰.

Un Estado liberal es, pues, aquél que respeta las libertades individuales. Pero, ¿qué significa ese respeto? Si por “respeto” entendemos el sentimiento que se tiene de la dignidad de algo, cabrá afirmar que el Estado liberal considera dignas las libertades de los individuos que lo componen y, por ello, las reconoce. Ese reconocimiento es susceptible de gradación y además, como es sabido, el mismo no equivale a un *laissez faire*, sino que todo reconocimiento de libertades implica el establecimiento de obligaciones. Y es así como se ejerce el poder, estableciendo órdenes, obligaciones, controles y sanciones, y es por la cantidad y calidad de éstas que se define el respeto de un Estado a las libertades de los individuos que lo integran.

La cuestión, que inmediatamente sigue a ésta es: ¿Cuál es el mejor parámetro, si existe uno mejor, para procurar (que no garantizar) una ponderación justa, moderada, de las obligaciones a imponer por el Estado y, por ende, de las libertades a reconocer al individuo? ¿Cómo optimizar el necesario establecimiento de órdenes u obligaciones? ¿Cómo hacer que el régimen de libertades y obligaciones se encuentre en un término medio, entre la anarquía y la tiranía?⁴¹

⁴⁰ No debemos, en este momento, confundir el respeto del Estado a las libertades individuales con la concreta organización que ese Estado tome ni con la ideología a la que sirve dicho poder. Totalitarios pueden ser la democracia y la monarquía, y totalitaria puede ser la *potestas* que se ejerce bajo los auspicios del fascismo o del comunismo o del capitalismo.

⁴¹ Y con esto deben relacionarse apotegmas jurídicos tan capitales, y a veces tan olvidados, como el principio de mínima intervención penal: bajo un prisma liberal, el poder que se ejerce sobre el pueblo (que en la concepción democrática es el mismo titular del poder, aunque lo deposite en el Estado) debe ser mínimo. Lo mínimo del poder a ejercer vendrá dado por la *ponderación*, que a su vez nos da, como se verá, un *justo medio*, introduciendo en el excurso la noción de «justicia».

Reconociendo la nimiedad de esta construcción respecto a la que las ciencias política y jurídica y la filosofía han logrado desarrollar, quiere concluirse que, ya que el poder es ejercido por unos y padecido por otros, es de “justicia”, y así lo procurará un Estado “justo”, que dicho padecimiento se mitigue y reduzca al mínimo. Al mínimo... ¿para qué? Lo abordaré en breve, al hilo de la racionalidad material de la actuación estatal.

La referencia, a la anarquía, efectuada en el texto principal, no desconoce que esa forma de organización política, pese a pretender idealmente “la justicia sin la fuerza” (pretensión teórica que se articula bajo distintas prevalencias de valores que informarán cada particular noción de “justicia”), no consigue escapar de un sistema de imposición de penas, aunque no sea llamado “derecho penal”. Pueden encontrarse ejemplos en las obras renacentistas, con claro fondo comunista libertario, *Utopía* (de TOMÁS MORO, 1516), *La ciudad del sol* (de TOMASO CAMPANELLA, escrita en 1602 publicada en 1623) o *La nueva Atlántida* (de FRANCIS BACON, 1627). O, desde el anarquismo, y pese a la absoluta negación del Estado, la idea de pena (aunque “distinta” a la actual) se percibe en BRUNO WILDE, HAMOND o KROPOTKIN (y, estos dos últimos, definiendo además el delito y aceptando algunas penalidades). Para un breve repaso a las posiciones que niegan teóricamente el derecho a penar, JIMÉNEZ DE ASÚA, L; *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 19 a 21. Hoy, entre los

B) La justicia: legitimación del poder, razón e intención.

Admitida la necesidad de poder⁴² que imponga obligaciones que, a su vez, permiten afirmar la existencia de libertades individuales, cabe preguntarse acerca de la “justicia” del orden de este modo establecido.

En breve síntesis, para lo que ahora interesa, puede apuntarse que (1) de la “justicia”, una de las cuatro virtudes cardinales, se afirma no puede existir sin el poder⁴³, por lo que se acaba de exponer; que (2) en tanto virtud, la “justicia” debe entenderse como un justo medio entre dos extremos⁴⁴ y que (3) la “justicia” es, además de una virtud, un deber⁴⁵.

¿Resulta acaso descabellado preguntarse acerca de la “justicia” del derecho penal de un país? ¿No es el *ius puniendi* una de las más claras manifestaciones del poder del Estado y, por ende, uno de los mayores elementos delimitadores del régimen de libertades individuales? Y si no existe justicia sin poder, y la justicia es, además de una virtud, un deber, ¿no resulta lícito exigir un *ius puniendi* de carácter “justo”? Pero ¿qué es lo que va a hacer al derecho penal justo o injusto?

Podría pensarse que quien determina la justicia del derecho es “el propio derecho positivo (*jus*, en latín, de dónde proviene *justicia*) o, mejor, los que lo hacen. Pero, ¿quienes hacen el derecho? ¿Los más justos, en un sentido moral? No. Los más fuertes,

análisis de “modelos utópicos” de Estado, quiere citarse el planteado por ROBERT NOZICK, en *Anarquía, Estado y Utopía* (1974), editado en español por el Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

⁴² Ya se ha dicho, el poder debe ser asumido, y esto porque el poder es, antes que *potestas*, *potentia*. El ejercicio del poder requiere, previamente, la posibilidad de ejercerlo. Aún es más, la posibilidad de poder ya es poder en sí. Afirma al respecto COMPTE-SPONVILLE que “la simple posibilidad de actuar (cuando es actuar sobre alguien) es ya una acción. Poder mandar es ya mandar efectivamente”, en la VOZ: “poder”, *Diccionario filosófico*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 409. Se trata, en definitiva, de la ambivalencia del sometimiento, que es a la vez poder ejercido *sobre* el sujeto y *asumido por* el mismo sujeto (BUTLER, J; *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, Ediciones Cátedra, Universitat de València, 2001, p. 22. Uno de los argumentos centrales del libro es que el sujeto se forma en la sujeción, lo que es indicativo de la relevancia de cual sea el tipo de sujeción establecida).
¿Qué sucede cuando el poder no es asumido, ni como *potentia*, por quien lo padece? La historia nos ofrece, bajo el sustantivo “revolución”, ejemplos de ello.

⁴³ Aunque sí el poder sin justicia. También la historia es buena maestra de las implicaciones que esto comporta.

⁴⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 5-6, 1106b-1107a.

⁴⁵ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, VIII, 1.

y por consiguiente, en nuestras sociedades democráticas, los más numerosos”⁴⁶. Aunque si, ante la pregunta acerca de la justicia del derecho penal, nos conformamos sólo con la legitimidad de quien dicta el derecho positivo para hacerlo, nada decimos acerca de la igualdad (no de hecho, sino de derecho y en dignidad), ni de la ponderación entre el derecho del Estado (interés general o público) y los derechos de los individuos. Si, por esto, además pensamos en la justicia como la *medianía* entre el derecho del Estado y las libertades individuales, introducimos en el discurso la *ponderación*, lo que nos acerca a uno de los conceptos de mayor trascendencia jurídica: la *proporcionalidad*⁴⁷.

Y es que indagar acerca de la “justicia” de un derecho requiere centrarse en cuestiones más políticas que morales y formular preguntas más filosóficas que jurídicas. Cuando, además, estas preguntas se refieren a *un concreto* orden jurídico, veremos que lo político y lo filosófico no escapan, en mi opinión, a la influencia de la ideología.

Así que más allá de la legitimidad de quien dicta el derecho (lo que constituye una cuestión política), examinar la “justicia” del mismo requiere tomar una concreta posición filosófica. ¿Con qué instrumento juzgaremos la “justicia” del derecho? Quien escribe estas líneas no puede sino proponer que bajo la *razón*, que es el poder humano de pensar con el único sometimiento a las leyes immanentes del pensamiento.

Que la razón sea el instrumento significa que sus reglas lógicas presidirán el juicio de ponderación, pero esto no responde a la pregunta: ponderación ¿entre qué dos extremos? Varias son las posiciones morales que podrían aducirse al respecto, pero quien suscribe estas líneas no puede sino condicionar la respuesta a una determinada concepción ideológica.

Más difícil es tomar posición, en este momento, sobre si la razón explica o justifica la realidad. No puede asumirse que la razón carezca de incidencia alguna sobre los actos:

⁴⁶ COMPTE-SPONVILLE, A; *Diccionario...*, *ob.cit*; p. 303.

Al respecto afirma PASCAL que “no pudiendo hacer que sea forzoso el obedecer a la justicia, se ha hecho que sea justo el obedecer a la fuerza. No pudiendo fortalecer a la justicia, se ha justificado la fuerza, a fin que el justo y el fuerte se uniesen y fuera posible la paz, que es el soberano bien”, en *Pensamientos*, 81-299.

⁴⁷ Aunque, se precisará *infra* (capítulo V), ponderación y proporcionalidad no son equivalentes: la técnica de la ponderación exige la aplicación del principio de proporcionalidad, pero la proporcionalidad no se limita a un ejercicio de ponderación.

si bien comparto que es el deseo el que con mayor fuerza obliga o hace actuar⁴⁸, pienso que la acción deseada puede verse modulada por la razón, de manera que el producto del deseo, cuando ha intervenido la razón, permite afirmar una acción razonable, que no racional.

Cuando la cuestión de la razonabilidad y racionalidad de las acciones se traslada a las que lleva a cabo el Estado, parece que es exigible una mayor dosis de racionalidad en la toma de la decisión y en la ejecución de la acción. El Estado también se mueve por deseos (demanda social, decimos en democracia), pero la repercusión de sus acciones requiere el mayor grado de racionalidad posible en sus decisiones. No obstante, ese aumento de racionalidad en la toma de decisión no impedirá que su acción consecuente sea calificada sólo de razonable, dado que en la misma se encuentran siempre el deseo o intención como motor. Esto es, una decisión, como una acción, no puede ser totalmente racional, pero sí más o menos razonable⁴⁹.

Precisamente, bajo la óptica del racionalismo, espíritu de la Ilustración, se gestó una de las que hoy reconocemos como acepción de la presunción de inocencia: la que se refiere a ella como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso. Ésta consiste, básicamente, en sostener que *una actitud razonable del Estado le obliga a tratar al ciudadano en la consideración que lo tiene*⁵⁰.

Si bien la formulación de esta acepción de la presunción de inocencia se atribuye a un pasaje de la obra *Dei deliti e delle pene*⁵¹, no puede negarse que la filosofía de esta

⁴⁸ Decía ARISTÓTELES que “no hay más que un solo principio motor, la facultad deseante”, en *De anima*, III, 10.

⁴⁹ Más grave es que en la decisión estatal no resida ni siquiera la *demanda social*, que en un Estado democrático debería ser lo que manifestara el *deseo* de la acción. Resulta también interesante observar la intención y racionalidad de la actuación estatal desde el prisma de la división de poderes: piénsese en la idea ilustrada del Parlamento como foro de racionalidad, en la iniciativa legislativa (que marca la intención) del Gobierno, de los grupos parlamentarios y la popular, y en la sujeción de la intención de los poderes ejecutivo y judicial a la ley material y formal. Dado en la introducción se advirtió la necesidad de acomodar viejos conceptos (aunque no sistematizados) a nuevas realidades, no puedo dejar de advertir que también esas viejas formas de contrapeso están hoy también en “crisis” (vid FERRAJOLI, L; “El derecho como sistema de garantías”, en la obra colectiva *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 461 y ss.)

⁵⁰ Quiero en este momento recordar parte del enunciado con que, en la STC 128/1995, se presenta la presunción de inocencia: se afirma que la misma constituye a la vez una *regla de tratamiento*, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la *consideración* y el *trato* de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo.

regla nace de la antigüedad clásica y encuentra como fundamento la misma dignidad del hombre, que exige justicia en el tratamiento humano como límite al ejercicio del poder. Estos eran, precisamente, los anhelos que propiciaron el germen de aquella regla, que es, de las tres aceptadas al inicio de este título, la que mejor optimiza, en mi opinión, el respeto al valor «inocencia» durante toda la actividad punitiva estatal. Se explica que un valor es lo que vale, entendiendo por valer el acto de desear o ser desado⁵², sin que el deseo pueda desvincularse de un concreto individuo, sociedad y momento histórico⁵³. El liberalismo como reacción mesurada al totalitarismo punitivo ofrece buena pista sobre por qué el origen de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado se sitúa en el derecho penal liberal.

Pero antes de presentar un posible contenido de esta regla conviene retomar, nuevamente y por breve espacio ya, el discurso sobre la relación de poder entre Estado y ciudadano.

⁵¹ En términos precisos, la presunción de inocencia no es objeto, en la obra del marqués de BECCARIA, de un capítulo concreto, ni aún de un tratamiento unitario cuantitativamente inferior al capítulo (de hecho, en su edición primera, aparecía sin división de párrafos ni capítulos). Al contrario, la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado encuentra su germen, al menos así se le ha atribuido, en un párrafo escrito con ocasión del análisis del instituto de la tortura: “*Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho, si no el de la fuerza será el que dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si es cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados*”, en *De los delitos y de las penas* (traducción de Juan Antonio de las Casas), Alianza, Madrid, 1996, p. 52.

Se observa, en el pasaje transcrito, una relación directa entre la *consideración* y el *tratamiento*, aunque tales términos no son empleados por Cesare Bonesana. Se advierte también una clara posición racionalista: la aversión a que el poder se sustente en la fuerza y no en la razón. En mi opinión, la fama del pasaje cabe atribuirle a la concepción filosófica que encierra: pese a que su formulación recoge un bagaje filosófico importantísimo, y constituye una crucial aportación al futuro derecho penal liberal; pese a esto, la regla señalada en el texto principal no se desarrolla en la obra de Beccaria. La originalidad de la obra ha sido cuestionada, aunque no se puede negar la valentía en publicarla (anónima, pero pública, al fin y al cabo) sin ser consciente de lo favorable del momento histórico en que se hizo. Al respecto, puede leerse a JIMÉNEZ DE ASÚA quien, en *Lecciones de derecho...*; *ob.cit*; pp. 14 y 15, expone brevemente la cuestión complementándola con citas concretas de aquellos que la estudiaron.

⁵² Lo hace COMPTE-SPONVILLE, siguiendo a KANT, en la VOZ: “valor”, en *Diccionario...*, *ob.cit*; p. 540.

⁵³ Por eso el valor es relativo, y el relativismo ético o normativo una de las posiciones asumidas en la formulación de esta hipótesis, según se ha advertido *supra*, al inicio de este epígrafe 2.

C) El motivo: razón suficiente y derecho.

Las decisiones que un Estado toma son derecho, y las acciones materiales de dicho Estado deben estar sujetas a ese mismo derecho. Más allá de esta formulación, deviene una opción intelectual considerar que la racionalidad del derecho sea un elemento extrínseco o intrínseco al mismo.

Se afirma, en ocasiones, que para que el Estado pueda ser calificado *de derecho*, es necesario que el derecho por él dictado responda a unos principios racionales, que garanticen la dignidad del hombre. De otro modo, el Estado puede ser un Estado *con* derecho, pero no será un Estado *de* derecho⁵⁴. En otras ocasiones, la racionalidad en el derecho se considera un elemento intrínseco al concepto: la decisión y acción del Estado no es derecho si no se basa en la razón y tiende a garantizar la dignidad del hombre y sus libertades individuales.

Sea como sea, hoy y en las sociedades occidentales, no puede (o al menos, en mi opinión, no debería poder) comprenderse el derecho sin la razón: todo establecimiento de obligación o prohibición, todo límite a la libertad debe responder a un motivo. Del derecho siempre es posible preguntar el *porqué* y conocer así la *razón* de su existencia⁵⁵.

Sinónimos de *razón* son motivo y causa; *motivo* es aquella causa o razón que mueve para algo; *causa* es, además del motivo o razón para obrar, aquello que se considera fundamento u origen de algo; *fundamento*, la raíz, principio y origen en que se estriba y tiene su mayor fuerza algo no material; y *principio*, a su vez, se define como causa u origen de algo⁵⁶. Cuán presentes están estos conceptos en el lenguaje jurídico da buena

⁵⁴ “Precisamente, porque se trata (el Estado de Derecho) de una concepción arraigada en principios y creencias liberales tiene una dimensión valorativa o material: no toda subordinación del Estado al Derecho transforma una organización en un Estado de Derecho (no todo Estado con Derecho es un Estado de Derecho), sino tan sólo aquella que responde a determinados presupuestos: a) La supremacía de la ley entendida como expresión de la voluntad general; b) la proclamación y la garantía de unos derechos y libertades que pertenecen a todos los hombres por igual; c) la separación de poderes como principio de organización del Estado”, FOSSAS I ESPADER, E; PÉREZ FRANCESCH, JL; *Lliçons de dret constitucional*, ECSA, Barcelona, 2001, p. 119.

⁵⁵ Esta idea responde al *principio de razón suficiente*, que se explica como sigue: “Nuestros razonamientos están fundados sobre dos grandes principios: el *de contradicción* (...) y el *de razón suficiente*, en virtud del cual consideramos que no podría hallarse ningún hecho verdadero o existente, ni ninguna enunciación verdadera, sin que haya una razón suficiente para que sea así y no de otro modo. Aunque estas razones, en la mayor parte de los casos, no pueden ser conocidas por nosotros”, LEIBNIZ, *Monodología*, §§ 31 y 32; *Teodicea*, I, § 44.

muestra de la necesidad del contenido expuesto en estas páginas. Pese a que aquí se detendrá de momento el excurso que las ha ocupado, no debe olvidarse, para lo que seguirá, la relación expuesta entre justicia, derecho, poder y libertades individuales.

3. Legitimación del poder y “justo medio” en el derecho penal.

No requiere grandes discursos afirmar que el *ius puniendi* es un claro modo de injerencia estatal sobre las libertades individuales y, por ende, de conformación de las mismas⁵⁷.

Del *ius puniendi* se afirma hoy que es un derecho público, valorativo y finalista⁵⁸. Y esos caracteres deben predicarse tanto de su vertiente material o sustantiva (derecho penal propiamente dicho) como formal o adjetiva (derecho procesal penal). La dualidad de parcelas con que se identifica el *ius puniendi* responde a que (1) el Estado no sólo es el único capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones⁵⁹, sino que, además, (2) debe procurar que dichas normas sean aplicadas, que del derecho pueda pasarse al hecho⁶⁰.

⁵⁶ VOCES: “Razón”, “motivo”, “causa”, fundamento” y “principio”, en el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Espasa, Madrid, 2001, pp. 1903, 1545, 483, 1099 y 1835, respectivamente.

⁵⁷ Y no sólo por la cantidad (y cualidad) de conductas que prohíbe, sino también por la manera en que las comprueba e impone la consecuencia asociada a la infracción de la norma. Esto último, de acuerdo con la ya tradicional expresión de GOLDSCHMIDT según la que “la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”, en *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, 1935, p. 67, o o con la de ROXIN, para quien “el derecho procesal penal es el sismógrafo de la constitución del Estado” (*Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 10).

⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones...*, *ob.cit.*; pp. 2 y 3.

⁵⁹ *Ob. cit.*; *loc.cit.* en nota al pie anterior. Nuevamente he de recordar lo advertido en la introducción, acerca de la dificultad de sistematizar lo existente en momentos de cambio. Sucede que la propia noción de Estado-Nación (libre de limitaciones externas impuestas a su soberanía) está en declive y, con ella, el “derecho positivo” que sirvió de base a las instituciones jurídicas de cada uno de los Estados-Nación. La adaptación a la interdependencia y el desarrollo de un “orden posnacional” (TOULMIN) es, sin duda, una situación de tránsito que dificulta la precisión conceptual sobre la base de sistemas que comienzan su declive.

⁶⁰ “Si el estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección de sus ciudadanos y de crear disposiciones que posibiliten una persecución y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento”, ROXIN, C; *Derecho Procesal Penal*, *ob.cit.*; p. 2.

Ha de advertirse que la *posibilidad de realización del derecho* formalmente reconocido (o creado, según se entienda) puede ser considerada una cualidad intrínseca a la propia noción de “Derecho”: Si el Estado

Cualquier análisis sobre la injerencia del Estado en las libertades individuales (o sobre su correlativo reconocimiento)⁶¹ en materia penal deberá de algún modo tener en cuenta la distinción de esas dos facetas⁶².

Dicho esto, conviene retomar uno de los interrogantes formulados en páginas precedentes: ¿qué es lo que va a hacer al derecho penal “justo” o “injusto”? La respuesta no puede ser absoluta, ya que la misma depende de la noción de justicia que filosófica, política y, en última instancia, ideológicamente se tome.

Reconociendo la insuficiencia teórica de quien escribe para profundizar en uno de los temas más universales y omnipresentes, y en coherencia con el objetivo de este trabajo, que no es la “justicia” sino las medidas cautelares penales (aunque la justicia de las mismas ocupe algún espacio en la tesis propuesta), quiere ofrecerse a continuación unas pautas sobre las que valorar algunas de las expresiones de “justicia” a las que se hará referencia en el tratamiento de las medidas cautelares.

(en connivencia con sus ciudadanos) no consigue que el *derecho* pueda ser *hecho*, ese Derecho tiene sólo un efecto placebo, que funciona a corto plazo, pero que a la larga se reduce a un conjunto de promesas o expectativas insatisfechas en la realidad. Por eso el Estado también debería observar, en la toma de decisiones, las posibilidades efectivas de realización del propio Derecho. El incremento de los derechos subjetivos (así como del número de conductas que cabe considerar ilegales), y la no correlativa inversión pública en los medios que utiliza el Estado para resolver los conflictos jurídicos, es uno de los motivos que propician la recurrida “crisis de la Administración de Justicia” y el auge de medios alternativos al sistema judicial para la resolución de este tipo de conflictos. Una relación entre el declive del “Estado-Nación”, la crisis del derecho positivo y el auge de las “jurisdicciones informales” y la “privatización de la justicia”, en TOULMIN, S; “El futuro del derecho: distintas perspectivas del Estado-Nación”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 319 a 340. Sobre la creación de normas respecto a las que no se espera (por quien las crea) aplicación alguna, *vid.* HASSEMER, W; “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en la obra colectiva *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995, pp. 23-36. Puede encontrarse el texto (traducido por Elena Larrauri) en la revista electrónica NeoPanopticum (<http://www.neopanopticum.com.ar/1/hassemer.htm>, fecha última consulta: 17-11-2006).

⁶¹ La libertad (como, para algunas teorías, también la justicia) se reconoce por su ausencia. Ya se dijo: sólo la limitación de la libertad permite afirmar la existencia de libertades individuales para todos. Según la célebre fórmula de KANT, la libertad de uno termina dónde comienza la de otros: “El derecho es la limitación de la libertad de cada uno condicionada por su concordancia con la libertad de todos, en la medida en que ésta es posible según la ley universal”, *Crítica de la razón pura* (1781).

⁶² Esa distinción habría de mantenerse aún defendiendo, como algunos hacen, una eventual unificación de las dos principales áreas científico-jurídicas relacionadas con el derecho penal (el sustantivo y el procesal). Esta idea se traslada también, en la tesis sostenida, a la necesidad de distinguir medidas de defensa del proceso y medidas de defensa social, pese a que, el desarrollo científico de ambas permita, en un futuro, la “unificación” de categorías. Respecto a esta última posición, *vid. infra* capítulo III § III.4.C.c.

A) Algunas nociones de “justicia” en el derecho penal: Racionalidad de la actuación formal y material del Estado.

La “justicia”, tanto de la *decisión* como de la *acción* estatal en materia penal⁶³, se acometerá, en este trabajo, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento, de la siguiente forma:

1. En primer lugar, valorar la *justicia* de la decisión y acción penal por la *legitimidad* de quién ostenta el poder, requiere acudir a la ciencia política. Esa cuestión implica fijar la atención en cuestiones como el origen de la soberanía ostentada y la concreta organización del poder. Cómo no, ningún análisis contemporáneo (y occidental) puede prescindir hoy del legado histórico que suponen el principio democrático y el de división de poderes⁶⁴. Parece que, bajo estas premisas, *legalidad* y

⁶³ Identificamos, en este momento, la decisión penal con la posibilidad de castigo (esto es, la creación de una norma penal sustantiva) y la acción con el ejercicio de aplicar dicho castigo (la imposición de una pena tras la sustanciación del proceso). Deben formularse dos precisiones al respecto: (1) La acción está sujeta a varias decisiones previas del poder legislativo (ley penal material y procesal) y se ejerce mediante decisiones del poder judicial, y (2) la *potentia* es, en ocasiones, *potestas*. Respecto a esto último, ya se dijo que el poder se ejerce incluso cuando no actúa: tipificar una conducta y asignarle una pena ya es una ejercicio de poder. “La simple posibilidad de actuar (cuando es actuar sobre alguien) ya es una acción. Poder mandar - explica COMPTE-SPONVILLE – es ya mandar efectivamente”, en VOZ: “poder”, *Diccionario...; ob.cit; loc.cit.* en nota al pie 42.

⁶⁴ Estos dos postulados son fruto del pasado, y son también semilla del futuro. Así, las mejoras que se proponen al actual sistema democrático no destruyen aquél primer principio, sino que parten de él: piénsese, por ejemplo, en la democracia deliberativa (FISKIN, 1991) o en la democracia continua (RODOTÀ, 1997) o en la llamada democracia social, que pretende someter a la decisión directa de la población las grandes opciones socio-económicas (LÖWY, BETTO, FSM 2002). Obviamente, estas opciones cuestionan la noción de Estado-Nación y la estructura de subordinación social establecida, pero sin despojar de los proyectos el concepto de democracia. Lo mismo sucede con la división de poderes, cuyas posibles reformulaciones no destruyen el legado pasado sino que parecen construir sobre él. Piénsese en los actuales cuestionamientos de la Información como poder, que podrían dirigir sus valoraciones a las ventajas e inconvenientes del reconocimiento formal del poder que los medios de información ostentan. Quiere citarse al respecto, el trabajo de SARTORI (1997) en que, el profesor italiano analiza los efectos de los medios multimedia (y la “información” que transmiten) en la capacidad de entendimiento y posibilidades de conocimiento humano, y su influencia en los sistemas democráticos occidentales (SARTORI, G; *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Santillana, 2005), o el de BOURDIEU (*Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona, 1997) dónde publica dos conferencias pronunciadas en televisión acerca de (1) los mecanismos de censura de este medio y las claves sobre la fabricación de imágenes y discursos televisivos y (2) la alteración por la televisión de “universos” como el arte, la filosofía, la política, la justicia y la ciencia. Todo ello con la intención manifiesta de contribuir a ofrecer “medios o armas (...) para que lo que hubiera podido convertirse en un extraordinario instrumento de democracia directa no acabe siéndolo de opresión simbólica”. También AAVV (DE MORAGAS SPA, M.), *Sociología de la comunicación de masas*, ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1986, especialmente volumen III (Propaganda política y opinión pública) y volumen IV (Nuevos problemas y transformación tecnológica). Un ensayo sobre los aspectos técnicos de la desinformación en la obra de JACQUARD, R; *La desinformación, una manipulación del poder*, Espasa Calpe, Madrid, 1998. Más específico, pero de gran relevancia para situar la influencia de la televisión, en España, en la conformación de valores (y concretamente, de los contenidos televisivos sobre la educación de la infancia), RICO OLIVER, D; *TV. Fábrica de mentiras*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

jurisdiccionalidad son manifestaciones de la justicia de la decisión y acción estatales de carácter penal.

2. En segundo término, un posicionamiento filosófico acerca del carácter *justo*, de las decisiones y acciones del Estado, basado en la *razón* (en contraposición a la fuerza) obliga a afirmar la justicia como *virtud legal*, y a comprenderla como medianía o “justo medio” entre dos extremos⁶⁵. ¿Qué dos extremos? Para lo que ahora interesa, en el derecho público el interés del Estado y el del individuo; en el privado, los intereses de los agentes particulares. Pero cuando hablamos del derecho positivo, la cuestión, sin abandonar completamente la filosofía, debe reconducirse al campo de la ideología. Dado que no se abandona la filosofía, debe observarse que, con independencia de los extremos entre los que se ubique el justo medio, la decisión y acción del Estado, para ser justa, deberá guardar la debida medianía, la ponderación que en el plano jurídico se asocia, con matices, a la *proporcionalidad*⁶⁶.

3. Con todo lo anterior, los extremos (que son los intereses, comunitarios o individuales) de los que dependa el “justo medio” de una ley no son atemporales, ni universales: el derecho positivo es el conjunto de leyes instituidas en una determinada sociedad, por lo que no escapa a los principios, creencias o valores reinantes en esa sociedad y en el Estado que la representa, si la representa. Esto es, a su ideología. Es en este ámbito dónde cabe apreciar el concepto que de “justicia” (pero también los de “libertad” e “inocencia”) se tiene en una concreta sociedad y por un determinado Estado⁶⁷. Precisamente el interés, de los dos a ponderar, más valorado será el que marcará el justo medio *hacia lo alto*.

⁶⁵ Un justo medio *hacia lo alto*, precisa Aristóteles, para alejar el término de la tibieza, el centrismo o la mediocridad. *Ob.cit; loc.cit*, nota al pie 44.

⁶⁶ Parece que la dificultad que se percibe en el análisis de la proporcionalidad en la norma penal, es menor en el proceso penal: que sea una ordenación jurídicamente regulada de actos permite una cierta sustitución de los valores por las normas positivas y los actos que éstas instituyen. Aunque, como se indicará en momentos posteriores (sobre todo al hilo del tratamiento del indicio cautelar), la aplicación judicial del derecho no se encuentra desprovista de elementos valorativos. Sobre la proporcionalidad en materia de medidas cautelares penales, *vid. loc. cit.* en nota al pie 47.

⁶⁷ Y es que “detrás de las diferentes perspectivas sobre la justicia (...) y más allá de ellas, se ubican ideologías políticas y sociales rivales, diferentes visiones del mundo que combinan compromisos sobre valores básicos con un conjunto de presupuestos respecto de la naturaleza humana y de la sociedad. Las ideologías, tales como el liberalismo, el socialismo y el feminismo, tienen un efecto muy importante sobre lo que se piensa respecto de qué es la justicia y por qué es o no importante”. CAMPBELL, T; *La justicia (los principales debates contemporáneos)*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 18.

Y, en relación con la *justicia por legitimación* a que nos hemos referido *supra*, explica: “Aunque no hay duda de que todos los conceptos morales y políticos forman parte de la cultura y la retórica que sostienen las relaciones de poder existentes, (...) el lenguaje de la justicia se usa con frecuencia para criticar las

B) Motivo de la pena y consideración que se exige para imponerla: culpabilidad e inocencia.

En otro orden de consideraciones, pero en clara conexión con lo anterior, interpelamos: ¿Por qué se impone una pena? Esta pregunta esconde, en sí misma, la necesidad del hombre de justificar la penalidad sobre el prójimo, y su formulación recurrente es la que ha propiciado, como consecuencia de visiones dispares de dicho fenómeno, las distintas teorías sobre el fin de la pena.

Abandonando por el momento la cuestión de la causa o motivo (moral o no) que se aduzca para justificar la pena, quiere mostrarse ahora que, tradicionalmente en nuestra cultura, la pena ha venido asociada a la culpa y, la culpa, identificada con un reproche moral⁶⁸.

Por esto se afirma el carácter *valorativo* del derecho penal: el derecho (en general), de acuerdo con una clasificación de las ciencias que proviene del neokantismo, es una ciencia del *deber ser*. Pero tradicionalmente, en el deber ser, la moral se encuentra mucho más presente en el derecho penal que en el civil: la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el derecho, afirma JIMÉNEZ DE ASÚA⁶⁹, y qué duda cabe que con una significación de mayor reproche en el derecho penal⁷⁰. En este sentido, la tipicidad (esto es, la descripción de un *hecho* desprovista de carácter valorativo) supuso un trascendental salto cualitativo en el límite al enjuiciamiento estatal de la moral individual.

relaciones de poder existentes, haciendo inverosímil argumentar que la justicia esconde siempre la legitimación del *estatus quo*, aunque no hay duda de que a veces lo hace”, CAMPBELL, *ob.cit*; *loc.cit*.

⁶⁸ En el texto principal, se habla de culpa en sentido genérico. En puridad de conceptos, a nivel jurídico cabe distinguir imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad (*vid.*; por ejemplo y a título de resumen, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones...*; *ob.cit*; pp. 215 y 216). La relación entre responsabilidad penal y moral ha sido objeto de numerosos esfuerzos doctrinales que encuentran su epicentro, mayormente, en el problema metafísico identificado con el libre albedrío y el determinismo. La posición que quizás hoy podría estimarse más presente políticamente es la que, siguiendo la doctrina positivista a partir la aportación kantiana, defiende que la ciencia jurídico-penal debe limitarse a apreciar la responsabilidad objetiva, no subjetiva: el *estado peligroso* del sujeto como fundamento de la intervención estatal en materia penal, en definitiva. A la que algunos (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones...*; *ob.cit*; pp. 220 y 221) han añadido la exigencia de imputabilidad psicológica como base de la culpabilidad. Y aquella diferencia entre responsabilidad objetiva y subjetiva porque, según KANT, libertad y responsabilidad han sido considerados postulados de la ley moral, que han penetrado por la razón práctica y son incognoscibles desde el punto de vista de la razón especulativa (KANT, *Crítica a la razón pura*, 1781).

⁶⁹ En *Lecciones...*; *ob.cit*, p. 3

⁷⁰ Culpa, pena y mal son conceptos entrelazados y presentes en todas aquellas relaciones de poder que “castigan” (o reaccionan a) la contravención de determinados valores. Piénsese nuevamente, no sólo en el Estado, sino en la expiación que suponen determinadas penitencias de carácter religioso o determinados castigos impuestos por el padre de familia sobre sus hijos.

Así hoy, la *culpabilidad* es la *consideración* exigida para imponer una pena. De manera que el Estado, para limitar *de hecho* y en uso de su potestad punitiva, las libertades individuales, debe *considerar* al ciudadano culpable⁷¹. En sentido contrario y en términos simples, la *consideración* que cabe atribuir a aquél al que no se impone una pena, es la contraria a la culpabilidad, esto es, la *inocencia*⁷². En consecuencia, puede afirmarse que el ciudadano es libre porque, de entrada, no se le atribuye ningún acto contrario a los intereses comunes, representados en la norma penal como bienes jurídicos. Y dado que el “estado natural”, bajo una concepción liberal, es el de libertad humana (porque es lo digno), la inocencia no debe justificarse, ni el Estado debe acreditarla respecto de cada uno de nosotros para que gocemos de nuestras libertades⁷³. Al contrario, es la injerencia en esas libertades la que debe ir precedida de una consideración distinta a la plena inocencia. Y es así como se relacionan libertad e inocencia: soy libre porque soy inocente, y sólo una *consideración* (acreditada y no de cualquier modo, añadiríamos) contraria a la inocencia puede permitir la limitación de mis libertades individuales mediante la potestad punitiva.

Cabría cuestionar acerca de las consecuencias del abandono de la noción de culpa (de gran carga valorativa) por otra más neutra, causal: la de responsabilidad. Con esto, no se imagina que el reproche moral asociado a la consideración de culpabilidad vaya a desaparecer, sino que dicho reproche vaya a recaer sólo sobre el *responsable del acto*, olvidándose de algunas razonables concepciones sociológicas del delito⁷⁴.

⁷¹ Qué esa *consideración* pueda o no desvincularse de determinadas garantías será objeto de referencia *infra*, en este mismo capítulo, § II.4.B.

⁷² «Inocencia» es definida, en su primera acepción, como “estado del alma limpia de culpa” y en la segunda, “exención de culpa en un delito o en una mala acción”, en la VOZ: “inocencia”, en el *Diccionario de la lengua...*; *ob.cit*; p. 1281.

⁷³ Aunque, ciertamente, algunos sistemas de control del incumplimiento de determinadas penas exigen que el ciudadano deba acreditar, en ocasiones, la inocencia. Así sucede con la obligación de aportar certificado de antecedentes penales para la solicitud de determinadas licencias o para el ejercicio del derecho de acceso a la función pública. No obstante, esta “acreditación” no exige un acto tendente a probar la inocencia, sino una simple manifestación estatal de no encontrarse el sujeto solicitante en una causa de incompatibilidad. Sobre estos medios de control, *vid. infra* capítulo III § III.4.B.

⁷⁴ También puede afirmarse que es de “justicia” (o racionalmente exigible) que el tratamiento penal observe el medio razonable entre las tesis que observan el crimen y las que observan sus causas. Al respecto, expone SILVA SÁNCHEZ: “Las tesis de la corresponsabilidad social en el delito (muy características de los años sesenta e incluso setenta), que habrían alcanzado ciertamente excesos reprochables, en la medida en que excluían prácticamente el elemento de responsabilidad personal, parecen ceder el paso a otras centradas exclusivamente en la responsabilidad personal (que se van asentando en los años ochenta y noventa). Seguramente, ello responde a un cambio de mentalidad que trasciende el ámbito de lo delictivo: en concreto, al ascenso progresivo de una ética de la responsabilidad individual, que habría de prevalecer sobre visiones más colectivas y, consiguientemente, paternalistas en lo que hace

Con lo apuntado en este último apartado, he de retomar la formulación inicialmente propuesta para la regla de tratamiento del imputado, según la que ésta consiste en la obligación estatal de tratar al ciudadano en la consideración que lo tiene. Tras el somero posicionamiento de base acometido en las páginas precedentes, ha llegado el momento de concretar aquella primera formulación.

4. La injerencia estatal sobre derechos individuales en el seno del proceso penal: contenido de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso.

Debe recordarse que la potestad en el ámbito punitivo no se reduce a la decisión sobre lo que debe ser protegido (o castigado, correlativamente), sino que se extiende, además, a la acción de esa decisión. Esto es, el Estado ostenta, también en exclusiva, la potestad de realizar el derecho penal, lo que hace a través de una serie jurídicamente regulada de actos a la que llamamos «proceso». La sustanciación del mismo provoca, inevitablemente, intromisiones en el estado vital del sujeto que se ve sometido a él⁷⁵.

La presunción de inocencia, entendida en términos absolutos (y mínimos), restringe sus efectos (sus exigencias, podría decirse) a la eventual declaración de culpabilidad con

a la relación entre los ciudadanos y el estado (sanidad, educación, pensiones). Pero ciertamente hay que alertar sobre el peligro de que también en esta línea se incurra en excesos, olvidándose que, junto al elemento central de la responsabilidad individual del agente, debe considerarse también el contexto social del delito”, en *La expansión del Derecho Penal (aspectos de política criminal en las sociedades post-industriales)*, Civitas, 2001, p. 58 y 59.

Junto a esto, no puede dejar de advertirse lo pernicioso de que, al auge de la ética de la responsabilidad individual, se una la sentida “liberación” de prohibiciones morales, esto es, la ausencia de una ética moral mínima. Precisamente, la sustitución de los valores morales por las prohibiciones penales es uno de los motivos por los que la doctrina confuciana rechaza la guía de conducta ofrecida por el derecho penal. Sobre la pérdida de moral en la Europa moderna, puede leerse, entre muchos otros, la posición un tanto pesimista de ORTEGA Y GASSET, “La rebelión de las masas (1930)”, en *Obras completas*, ed. P. Garagorri, Madrid, 1988, *vid.* especialmente pp. 198 a 200. Sobre la equiparación entre moral social y contenido del derecho penal, por ausencia de la primera, puede leerse, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de la razón práctica*, nº 85, septiembre 1998, pp. 48 y ss. También a MARINA, JA; *Crónicas de la ultramodernidad*, Barcelona, Anagrama, 2000. En el plano de la dogmática penalista nacional, y retomando la cuestión del carácter valorativo del derecho penal, puede leerse, entre muchos otros, a SILVA SÁNCHEZ, JM; “Valoraciones sociales y derecho penal”, en *Revista persona y derecho*, 2002, nº 46, pp. 143 a 164.

⁷⁵ Se recuerda en este momento la concepción carnелutiana de proceso: el maestro italiano califica el proceso como un tipo de pena. La existencia de pena, para CARNELUTTI, no debe relegarse a la consecuencia que se impone tras la declaración de culpabilidad, sino que se padece ya con la sustanciación del proceso. Al respecto, *vid. infra*, nota al pie 164.

que finaliza el proceso⁷⁶. Pero, ¿qué hay de los tratamientos que durante el proceso se dispensan al que está sujeto a él? ¿Requieren los mismos, de acuerdo con una actitud razonable del Estado, una consideración que los justifique?

Si se responde afirmativamente, se aceptará que la presunción de inocencia es una regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso, si, por contra, la respuesta es negativa, la presunción de inocencia actuará sólo como una regla relativa al juicio fáctico de la sentencia penal⁷⁷ (que tenga incidencia en el ámbito probatorio, es ya más una cuestión de garantías, aunque éstas, se observará, también integran el *tratamiento* del Estado al individuo).

Así, la relación Estado-ciudadano, trasladada al proceso penal, se identifica con la que une al órgano jurisdiccional con el sujeto enjuiciado. De manera que la injerencia de derechos que el órgano jurisdiccional lleve a cabo sobre el sujeto pasivo del proceso (lo que forma parte del *tratamiento* dispensado) deberá responder a un motivo (que se expresa con la *consideración*). ¿Qué consideraciones y tratamientos se afirman y procuran, respectivamente, en un proceso penal? Veámoslo.

A) Sobre las consideraciones y el trato dispensado por el órgano judicial al sujeto enjuiciado.

En primer lugar, debe advertirse que existen determinadas consideraciones y tratamientos por los que pasará todo sujeto finalmente condenado. He optado por llamarlos *consideraciones y tratamientos generales*. En cambio, se dan en el proceso algunos tratamientos (que, racionalmente, deberían venir justificados por una consideración) que no se dispensan a todos los sujetos que resultan condenados. Éste

⁷⁶ “En términos *absolutos*” porque los que sólo asumen una acepción de la presunción de inocencia la asimilan a la regla del juicio fáctico de la sentencia, con incidencia en el ámbito probatorio. “Y *mínimos*” porque esa posición implica que la racionalidad material y formal de la actuación estatal se exija sólo respecto a la resolución final del proceso.

⁷⁷ Contenido del derecho a la presunción de inocencia y alcance temporal del mismo (¿cuando nace este derecho?), son la base de “pretendidas” colisiones con otros institutos jurídicos, como el sobreseimiento libre o la prisión provisional: gran parte de las confusiones al respecto se deben, precisamente, no a la respuesta negativa a la pregunta formulada en el texto principal, sino al no planteamiento de la misma. Como advierte VEGAS TORRES, deben distinguirse los distintos significados si quieren evitarse errores de análisis. A mi me parece, además, que a efectos de no discutir sin fundamento, debe diferenciarse entre el que no distingue (porque no lo plantea) y el que no asume (pese a plantearlo) la acepción más “intraprocesal” del derecho a la presunción de inocencia.

último fenómeno se identifica, en el presente trabajo, con el nombre *tratamientos y consideraciones especiales*.

En segundo término, debe señalarse que una completa observancia del derecho a la presunción de inocencia no se agota con el formalismo: esto es, no basta con dar un nombre a la consideración que permite el tratamiento, sino que además, y más importante, el Estado debe especificar (1) el contenido de la consideración, esto es, el motivo de la injerencia, (2) los requisitos exigidos para afirmar dicha consideración y (3) el tratamiento asociado a la misma⁷⁸.

a) Consideraciones y tratamientos generales en el proceso penal.

En el orden procesal, la presunción de inocencia se afirma, en las posiciones a mi parecer más acertadas, desde que se produce la *imputación* del hecho a un sujeto⁷⁹. Esta imputación es, en realidad, la *primera consideración* distinta a la plena inocencia que, en el orden punitivo, afirma el Estado respecto a un individuo⁸⁰. Y esta consideración, como no, lleva asociado un determinado tratamiento, cuál es la sujeción de esa persona

⁷⁸ Sobre lo que debe prever el legislador en materia cautelar penal, *vid. infra*, capítulo VI § I.2.C.b. Sobre lo que ha de justificar el juez para imponer una medida de este género, capítulo VI § I.3.B.

⁷⁹ Esta cuestión se encuentra directamente relacionada con la vigencia temporal de la presunción de inocencia. Frente a aquellas posiciones que entienden este derecho sólo puede vulnerarse con la sentencia condenatoria, porque sólo en ese momento puede afirmarse la vigencia del mismo destacan posiciones que delimitan su ámbito temporal desde la imputación hasta la firmeza de la sentencia, asumiendo, por ende, que la vulneración del derecho puede producirse en momentos intermedios del proceso. Cuestión distinta es la asunción teórica o formal de una posición y la asunción práctica o real de la misma: recuérdese al respecto la contradicción, apuntada al inicio de este título, en la posición de nuestro Tribunal Constitucional.

Por otro lado, también se ha cuestionado que la presunción de inocencia sólo deba afirmarse respecto a quien se está atribuyendo la comisión de un hecho delictivo. La cuestión es: ¿la presunción de inocencia debe predicarse de todo ciudadano o de todo sujeto pasivo del proceso? Que se haya atribuido al derecho a la presunción de inocencia un *carácter reaccional* (DEL MOLINO, MS; “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, 1993-III, pp. 595 y ss) vincula su vigencia a la previa formulación de un “ataque” por quien ostenta el poder. Que sólo el “ataque judicial” justifica la vigencia de este derecho es discutible: piénsese en el “ataque” que supone la prohibición de conductas mediante su tipificación penal, en el que representan determinadas manifestaciones públicas por parte de dirigentes políticos (STEDH de 10-02-1995, asunto *Allenet de Ribemont vs. Francia*. Más recientemente, la STC 69/2006, de 13 de marzo, se pronuncia sobre un caso parecido aunque obvia completamente el derecho a la presunción de inocencia y toma como parámetro de constitucionalidad el derecho a la información) o determinadas atribuciones de conductas realizadas por medios informativos cuyo poder radica, esencialmente, en ser instrumentos de “información” *de masas*. Como se ha advertido *supra*, en todos estos ámbitos, ha sido invocado el derecho a la presunción de inocencia.

⁸⁰ Habrá de recordarse esto cuando se observe la categoría jurídica que cabe atribuir a la detención, *infra*, en el capítulo III § IV.2.B.

al proceso. Imputar exige apreciar la existencia de *algún indicio* racional de criminalidad por parte del sujeto a quien se imputa el hecho.

La segunda consideración por la que todo ciudadano debe pasar en su tránsito jurídico de la inocencia a la culpabilidad es la apertura del juicio oral. Cuando se dicta éste, se asume que existe, no ya algún indicio, sino *indicios* racionales de criminalidad. Esta consideración posibilita, entre otras, la publicidad (externa) del proceso, lo que supone permitir el conocimiento por terceros de los extremos de dicho proceso, entre los que cobra especial relevancia la identidad del sujeto pasivo del mismo⁸¹.

Quiere aclararse, en este momento, una de las implicaciones de la vigencia del principio acusatorio en esta materia: la que afecta al juego acusación-apertura del juicio oral. Si bien es cierto que quien atribuye la existencia de indicios racionales de criminalidad a un sujeto, respecto a unos hechos, es la acusación (vigencia del principio acusatorio), también lo es que el Juez, al no desvincularse de tal acusación, asume la existencia de tales indicios⁸². Y si algo resulta claro, en mi opinión, es que las distintas *consideraciones* deben ser afirmadas por quien realiza el *ius puniendi* en nombre del Estado, esto es, el órgano jurisdiccional.

⁸¹ Si bien puede defenderse que la publicidad del juicio actúa como garantía de control de la función jurisdiccional por parte del pueblo (hoy claramente de los medios de comunicación), debe percibirse que dicha publicidad implica también una incidencia en la privacidad del sujeto pasivo del proceso, cuya identidad pasa a poder ser conocida por todos. Pero ese tratamiento se faculta sólo con la consideración de *probable*, no permitiendo el ordenamiento jurídico que el Estado dispense ese tratamiento con la simple apreciación de *posibilidad* de culpabilidad.

En esta cuestión radica una de las mayores contradicciones entre el tratamiento que se consiente dispensar a la Información y el que se permite dispensar al propio Estado mediante la figura del juez: mientras que al Estado se le exigen indicios racionales de criminalidad para dar publicidad al proceso y, por tanto, a la identidad del sujeto pasivo; los “poderes informativos” hacen pública constantemente la identidad del imputado, y aún, en ocasiones, atribuyen conductas culposas y reprobables a aquellos a los que el Estado no ha atribuido ni siquiera la posibilidad de comisión delictiva. Cuestión de gran complejidad, la relación del “poder informativo” con los ciudadanos, enredo que cabe atribuir en parte al menor desarrollo normativo del que ha sido llamado “cuarto poder”, no formal sino fáctico, por otro lado. Un interesante trabajo respecto a la presunción de inocencia y la información periodística en SORIA, C; “Fundamentos éticos de la presunción de inocencia o la legitimidad del periodismo de denuncia”, en *El laberinto informativo: una salida ética*, Eunsa, Pamplona, 1997, pp. 171 a 190. Más reciente y con un enfoque preeminentemente jurídico, ROMEO COLOMA, AM; *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid, 2000.

⁸² Por esto se estima razonable la propuesta doctrinal de permitir la desvinculación del juez a la acusación ante la apreciación por parte de aquél de *cualquiera* de las causas de sobreseimiento legalmente previstas. No obstante, asumir tal posición requiere un análisis mucho más exhaustivo de la cuestión, ya que subyace en el fondo de la misma, la compleja relación entre principio acusatorio y principio de oficialidad.

La tercera consideración por la que todo sujeto transita, de la inocencia a la culpabilidad, es precisamente la que afirma esta última. Dicha consideración es producto de una mínima actividad probatoria de cargo (además practicada con todas las garantías)⁸³ y permite un determinado tratamiento, cuál es la imposición de la consecuencia jurídica del delito⁸⁴.

b) Consideraciones y tratamientos especiales en el proceso penal.

Nuestro ordenamiento jurídico-penal permite, además, determinados tratamientos que parecen no responder esencialmente a ninguna de las consideraciones señaladas *supra*. Pueden citarse, como ejemplo de estos tratamientos, la limitación a la libre elección de abogado, o las privaciones o limitaciones de libertad acordadas con el *fin* de evitar que el sujeto cometa futuros delitos, o con el más específico de proteger a la víctima, o con el que pretende evitar la obstrucción de la investigación o la fuga del imputado. Así que, observando la ley penal (sustantiva y procesal) se identifican determinados tratamientos (que reciben distintos nombres) que van, o parecen ir, dirigidos a un fin (aunque el mismo no siempre se encuentre expresamente plasmado en la Ley). Pero, ¿qué hay de la consideración que justifica dichos tratamientos? El Estado tampoco la ha fijado en todos los casos.

Puede afirmarse, de esas consideraciones, que no son las generales antes expuestas, pues los tratamientos a que ahora nos referimos no son dispensados respecto a todos los sujetos imputados, acusados o condenados. Así, no a todos los sujetos finalmente condenados en un proceso penal se les privará, durante la sustanciación del mismo, de libertad, ni a todos se prohibirá residir en un determinado lugar, ni todos tendrán limitada la libre elección de abogado.

⁸³ Hasta el momento, toda referencia a las garantías que deben rodear o preceder la afirmación de la consideración, han sido enunciadas entre paréntesis. Y es que esas garantías, como se expondrá en breve, forman parte del tratamiento del sujeto pasivo, tratamiento que viene marcado tanto por su vertiente *represiva* como por la que podríamos calificar como *defensiva*. Esto es, valorar el tratamiento implica atender a lo que el mismo tiene de injerencia en los derechos individuales, pero también al grado de garantías que correlativamente se asocian a dicho trato, integrándolo.

⁸⁴ Es pues, en mi opinión, la *presunción de inocencia como regla de juicio de hecho de la sentencia penal*, una norma relativa al dictado de una determinada consideración del sujeto pasivo del proceso, que permite un concreto tratamiento de acuerdo con ella. Esto es, la regla objeto de estudio en el trabajo del profesor VEGAS es, desde la perspectiva que propongo, la explicación de lo que el Estado se exige para considerar culpable a una determinada persona.

En definitiva, de acuerdo con la regla expuesta según la que el Estado debe tratar al ciudadano de acuerdo con la consideración en que lo tiene, un tratamiento distinto al que provoca la consideración general debe tener un *motivo* o *consideración extra, especial*. Conocer el *motivo* por el cual se están dispensando determinados tratamientos permite clasificarlos en una misma categoría. Y a esto último se dirige el presente trabajo: hallar un motivo que justifique algunos de los tratamientos especiales que se dispensan en el proceso penal.

B) Fin, motivo, consideración y trato: relaciones e identificaciones internas y justificación.

Se han introducido, en las líneas precedentes, dentro del discurso sobre la presunción de inocencia como regla de tratamiento, el *motivo* y el *fin*. Se unen así, a la consideración y el trato, dos elementos más. Pero, ¿cuál es la relación entre éstos cuatro? A efectos de clarificar al máximo la cuestión, se expone dicha relación a modo de conclusiones:

1. El derecho, se ha dicho, (1) es el instrumento mediante el que el Estado ejerce su poder o potestad y (2) tiene un carácter finalista y racional.

2. Con lo anterior, debe asumirse que toda actuación estatal (se manifieste en forma de decisión o de acción) tiene un *fin* y una *razón* o *motivo*.

3. Si se quiere que el Estado adopte una postura racional en el tratamiento del ciudadano, debe exigirse que haya un motivo para dicho tratamiento. Esto es, el *motivo* permite el *tratamiento*. Y la *consideración*, conceptualmente, no es más que expresión subjetiva del *motivo*⁸⁵.

4. Finalmente, no puede olvidarse la relación entre *fin* y *motivo*: el Estado, se ha apuntado y se concretará, actúa para un fin pero por un motivo⁸⁶. El *fin* es, en este sentido, la intención o deseo por que se actúa (*¿qué quiero conseguir?*) y el *motivo*, la razón por la que ese fin se pretende de determinado modo (*¿por qué lo persigo de este modo?*)⁸⁷.

⁸⁵ *Subjetiva* por cuanto la misma se predica del *sujeto* pasivo del proceso y es indicativa de una cualidad de dicho sujeto.

⁸⁶ Esta idea, aplicada a la teoría de medidas cautelares propuesta, en capítulo III § IV.3 de este trabajo.

⁸⁷ Más allá de esto, conviene apuntar que buena parte de la legitimidad del derecho penal positivo radica en la identidad entre el *fin formalmente alegado* por el Estado para justificar teleológicamente un

Con estas conexiones, especialmente las señaladas en el punto tercero, se asegura *formalmente* una actitud racional del Estado. Pero hay que ir más allá si lo que se quiere es observar la *justicia* (o *actitud materialmente racional*) de esta expresión de relación de poder entre Estado y ciudadano: cobra, en este momento, especial relevancia la *justicia* del motivo, la consideración, el tratamiento y el fin. Por esto, cabe proseguir:

5. La *justicia del fin* debe valorarse dentro de los límites definidos de la acción del Estado⁸⁸. Tal valoración requiere acudir a las leyes políticas del Estado, entre las que resulta paradigmática la Constitución, pero también otras, tales como los Tratados Internacionales.

6. ¿Por qué el Estado persigue este fin de este modo? De la respuesta a este interrogante dependerá la *justicia del motivo*. No basta, en mi opinión, para contestar, aducir que el fin correlativo al motivo se enmarca dentro de los límites de la acción estatal y que, además, quien ejerce la *potestas* está legitimado para ello. La justificación del motivo requiere, a mi parecer, atender a criterios de racionalidad y a una concepción de la justicia como virtud legal: Es justo el motivo si la persecución del fin no puede acometerse de otro modo (razón suficiente) y si, además, representa un “justo medio”, a la alza, entre los intereses que contraponen.

El primer parámetro, la razón suficiente, obliga a sopesar los diferentes medios de que dispone el Estado para perseguir un determinado fin⁸⁹. El segundo, la ponderación o

tratamiento y el *fin que realmente subyace* en la decisión de prever dicho tratamiento, entre la función manifiesta y la latente, en definitiva (HASSEMER).

⁸⁸ Señalaba de este modo VON HUMBOLDT (1792) la relevancia de la determinación de los fines a que debe dirigirse la institución del Estado en conjunto y los límites que deben ponerse a su acción: “(...) a la vista de todo Estado nuevo a mi me parece que debieran tenerse presentes dos puntos, ninguno de los cuales puede pasarse por alto, a mi juicio, sin gran quebranto: uno es el de determinar la parte de la nación llamada a mandar y la llamada a obedecer, así como todo lo que forma parte de la verdadera organización del gobierno; otro, el de determinar los objetivos a que el gobierno, una vez instituido, debe extender, y al mismo tiempo circunscribir, sus actividades. Esto último, que en rigor invade la vida privada de los ciudadanos y determina la medida en que éstos pueden actuar libremente y sin trabas, constituye, en realidad, el verdadero fin último, pues lo primero no es más que el medio para alcanzar este fin (...)”. Continúa afirmando que “(...) lo que resulta innegable es que la investigación del fin y de los límites de la acción del Estado tiene una importancia grande, mayor acaso que ninguna otra investigación política”, en *Los límites a la acción del Estado* (traducción de Joaquín Abellán), Tecnos, 1988, p. 4 y 5. Con el declive del Estado-Nación, probablemente la relevancia de tal investigación radique en el análisis del fin y los límites de otros focos de ejercicio del poder.

⁸⁹ Por esto, como se observará al analizar la proporcionalidad (*infra*, capítulo V), la aplicación de la regla de la alternativa menos gravosa exige observar la calidad del riesgo, riesgo que a su vez integra el motivo que justifica el recurso al género cautelar.

proporcionalidad, expresada como “justo medio a la alza”, obliga a definir cuál de los dos valores o intereses encontrados tiene más peso. Esto es, por cuál de ellos se entiende “la alza” del justo medio. Cuál pesa más, en definitiva, en la balanza de la justicia. Esa valoración, pese a los iusnaturalistas y algunos positivistas como Bentham o Austin, no escapa de la concreta coyuntura histórica y local, del conglomerado de ideales presentes (y en el grado que lo estén) en una sociedad determinada.

7. Si la *consideración* es expresión subjetiva del motivo, su justicia material no debe predicarse de aquélla sino de éste⁹⁰. Así, de la consideración sólo cabe afirmar una justicia formal: esto es, que responda al motivo y no a una idea o intención distinta.

8. La especial trascendencia de la justicia del motivo se explica en tanto es ese motivo, en esencia, el que permite un determinado tratamiento sobre el individuo. Esto es, el tratamiento se justifica por el motivo: si existe un motivo que lo justifique, el tratamiento también es justo. Esta afirmación, no obstante, debe completarse con las siguientes: (a) La justicia del medio (el tratamiento es un medio para conseguir un fin, un medio racional, además, sí así puede calificarse su motivo) acostumbra a asociarse formalmente, con la *aptitud* de ese medio para el fin que con él se persigue. La *idoneidad*, en definitiva. Por otro lado, (b) valorar lo justo del tratamiento dispensado en un caso concreto, precisa acudir a una especial noción de justicia: la *equidad*⁹¹.

⁹⁰ El carácter marcadamente liberal de la LECrim de 1882 optó por un proceso del mismo corte, en el que la presunción de inocencia adquiere una especial relevancia en el proceso penal, constituyéndose en un *criterio estructural* del mismo. De este modo, el tránsito jurídico de la inocencia a la culpabilidad, no se afirma de forma instantánea sino que es objeto de dos comprobaciones intermedias (imputación y apertura del juicio oral). Esa comprobación progresiva del paso de la inocencia a la culpabilidad es, en parte, una garantía de la propia inocencia, consistente en que, si en una de esas comprobaciones no puede justificarse una consideración distinta a la plena inocencia, el ejercicio punitivo-estatal debe desaparecer. Así podrían justificarse las dos consideraciones de culpabilidad intermedias en el proceso penal.

La razón que se acaba de aducir, para la existencia de imputación y apertura del juicio oral (previa acusación), se basa en la salvaguarda de las libertades individuales. Pero, ¿podría, bajo otra concepción, darse un motivo distinto? ¿Podría decirse que el fundamento o razón de la presunción de inocencia como criterio estructural del proceso penal es una racionalización de los recursos del Estado mediante la evitación de juicios “inútiles”? En mi opinión, esa razón justifica otros actos (como la suspensión del juicio oral por ausencia del acusado) que no llevan asociado un tratamiento directamente garantista del sujeto pasivo. Parece que las llamadas, *supra*, *consideraciones especiales* se alejan también de una explicación garantista: la exigencia de acreditar una consideración para dispensar el trato es, sí, una garantía; pero el motivo de esa consideración no puede justificarse o explicarse en términos garantistas, como sí sucede con las *consideraciones generales*.

⁹¹ “El concepto moderno de equidad gira entorno a dos ideas distintas: la idea aristotélica de norma individualizada (*epiqueya* de los griegos) y la idea cristiana de mitigación del rigor de la ley para un caso particular (*humanitas, benignas*). Así, el concepto general o amplio de la equidad es el de adaptación del derecho a la realidad mediante la apreciación exacta de todos los elementos de hecho que en el caso concurran, y el concepto más restringido, el de adaptación del derecho a las particularidades del caso concreto, para dar a éste un tratamiento más blando y benévolo”. Con lo anterior, no puede olvidarse que “la objeción fundamental contra el concepto de equidad suavizadora, ya la formuló Santo Tomás de

Queda todavía, una última perspectiva desde la que valorar la justicia del tratamiento: la que observa el contenido *completo* del mismo. Se ha dicho hasta ahora que (1) el proceso produce unos efectos sobre el individuo que se enjuicia, y (2) que esos efectos se desarrollan (en forma de tratamiento, añadimos ahora) a medida que el órgano jurisdiccional va afirmando determinadas consideraciones. Pero cabe observar que, con estas consideraciones (y claramente en las *generales*), no sólo se produce una injerencia del Estado en las libertades del individuo sino que, además, se le atribuyen una serie de derechos que, más que derechos propiamente dichos, pueden ser calificados conjuntamente como *garantías*. Entonces, los efectos de las consideraciones afirmadas durante el proceso no sólo son restrictivos de derechos sino que también atribuyen otros de los que no gozaría el sujeto de no atribuírsele aquella consideración. Desde esta perspectiva puede valorarse el derecho de defensa que nace con la imputación, las garantías asociadas al juicio oral, las que deben rodear la práctica de la prueba o los derechos que el ordenamiento atribuye al detenido⁹².

Así, vincular a la *consideración* no sólo un *tratamiento* represivo, sino además una serie de garantías defensivas, constituye también un parámetro de «justicia». En el fondo porque hablamos de lo mismo, la cuestión se reconduce a lo que se ha debatido profusa y especialmente por la doctrina penal italiana: la dualidad de funciones del proceso y su ponderación, reflejo de la relación existente entre el poder punitivo y las libertades individuales. El eterno debate entre libertad y seguridad.

Aquino, cuando indicaba que la equidad no debe oponerse a la severidad, sino al *ius strictum*, ya que muchas veces, aquello que es severo es equitativo”; RUIZ-GALLARDÓN, I; *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*, UCM servicio de publicaciones, Madrid, 2002, pp. 69 y 70.

Para TOULMIN (“El futuro del derecho: distintas perspectivas...”; *ob.cit; passim*) no está tan claro que la “racionalización del Poder Judicial” llevada a cabo a mediados del siglo XIX, resultara beneficiosa para el pueblo en general, ya que, “al insistir en una práctica uniforme (las máximas del procedimiento) pueden conducir a resultados estereotipados y frustrar los intentos de alcanzar resultados equitativos para las distintas necesidades o circunstancias”. Veremos hasta que punto esto es cierto en la adopción de medidas cautelares, y la incidencia que la regla de menor lesividad (dentro del principio de proporcionalidad) tiene en la individualización de la tutela cautelar a dispensar en un proceso penal. Continúa TOULMIN ilustrando que “la consideración de la Equidad (*epiqueya*), es decir, una preocupación prudencial por las características particulares de las distintas causas, fue desplazada consiguientemente por la consideración de la Igualdad (*isostes*), la búsqueda científica de una fórmula mecánica para decidir las “participaciones justas” de acuerdo con un algoritmo general”.

⁹² Todo esto se relaciona directamente con el ejercicio del poder: si el ejercicio del poder es padecido por aquéllos sobre quien se ejerce, una potestad punitiva humanizada intentará mitigar ese padecimiento (que es la injerencia estatal sobre las libertades del hombre) asociándolo a una serie de garantías para quien sufre aquella injerencia. De esta manera, sí es cierto que el sujeto sobre el que recae la potestad punitiva padece la injerencia en algunos de sus derechos, pero también goza de determinadas garantías.

Y es que atribuir, y en qué grado, garantías al sujeto pasivo del proceso es, también, indicador de una determinada orientación ideológica: Así, opciones legales que reduzcan, o maten a la baja, las garantías que debe rodear la práctica de la prueba; la asunción jurisprudencial de determinados criterios “interpretativos” sobre el alcance de la ilicitud de la prueba, o las críticas, de legos y juristas, expresando el excesivo número de “derechos” de que dispone el sujeto pasivo del proceso; son claras manifestaciones de un cambio ideológico que, en el plano jurídico-penal, supone el alejamiento del derecho penal liberal (y mínimo) y la aproximación del derecho penal del enemigo (y expansivo)⁹³. Con esto, y juega en lo que se dirá un papel trascendental la memoria histórica, no pienso vaya a abandonarse completamente el legado fruto de las revoluciones liberales pero, qué duda cabe, importantísimos principios jurídicos de carácter liberal corren el riesgo de ser obviados en el futuro.

Con todo, habrá podido advertirse que, bajo los postulados del liberalismo, la presunción de inocencia, más que un derecho, es un principio. Buena muestra de su carácter principal es que la vigencia de este derecho informa no pocos aspectos del proceso, entre los que se encuentra la tutela cautelar penal⁹⁴.

C) Proyecciones técnicas de la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, sobre el proceso penal: Requisitos formales para el dictado de consideraciones y la imposición de tratamientos en dicho proceso.

El proceso penal podría ser conceptualizado, si sólo se atiende para ello a la vigencia de la presunción de inocencia, como una serie de *consideraciones* que permiten afirmar progresivamente la culpabilidad de un sujeto, hasta su aseveración o negación definitiva, a las que se asocia un determinado *tratamiento* para el sujeto pasivo de dicho proceso. ¿Qué características técnicas mínimas tiene un proceso de este tipo? Esto es,

⁹³ Precisamente, afirma SÁNCHEZ tras exponer los efectos de la asunción por la socialdemocracia europea del discurso de la seguridad, que “sólo una firme persistencia en la necesidad de mantener escrupulosamente las garantías político-criminales del Estado de Derecho y las reglas clásicas de la imputación (...) podría evitar uno de los elementos determinantes en mayor medida de la «expansión» del Derecho penal”. Continúa advirtiéndole que “las divisiones que, en este punto, se registran en el seno de la propia doctrina jurídico-penal resultan sorprendentemente profundas. Pues ya proliferan voces de quienes admiten la necesidad de modificar, al menos en ciertos casos «las reglas del juego»”, en *La expansión del Derecho Penal...*, *ob.cit*; p. 73.

⁹⁴ En este sentido, la escuela clásica italiana, encabezada por CARRARA, constituye una posición dogmática que intentó explicar, sólo basándose en la presunción de inocencia, todos los elementos del proceso penal.

¿qué exigencias formales, para el dictado de consideraciones y la imposición de tratamientos, pueden afirmarse?

Aplicando sobre esta situación la división de poderes constitucionalmente establecida, y atendiendo a la relación que une a la consideración y tratamiento con su motivo, puede razonarse que:

1. Las consideraciones, en tanto expresión de por qué se ejerce una potestad determinada, deben ser afirmadas en el caso concreto por quien ostenta dicha potestad o poder. De acuerdo con la división de poderes constitucionalmente establecida, quien atribuya cualquiera de las consideraciones expuestas no puede ser otro que el órgano jurisdiccional. Por tanto, debe defenderse la exigencia de *jurisdiccionalidad* en la atribución en el caso concreto de las consideraciones que se dan en el seno del proceso⁹⁵.

2. También de acuerdo con la división de poderes, no es al órgano jurisdiccional a quien compete decidir, con carácter general, qué tratamientos cabe dispensar al individuo y qué consideración se exige para hacerlo: al juez corresponde aplicar, si procede, lo que el poder legislativo ha decidido. Así, debe afirmarse que tanto la consideración como el tratamiento asociado a ella deben reunir la nota de *legalidad*⁹⁶.

En segundo lugar, si toda injerencia sobre los derechos y libertades individuales debe tener un motivo, y ese motivo se plasma, en el proceso penal, con la atribución de una consideración distinta a la plena inocencia, resulta obvio que toda resolución judicial que imponga un tratamiento deberá expresar, mediante la consideración, el motivo o razón de su contenido. Y en el supuesto que una misma consideración permita aplicar distintos tratamientos, también habrán de aducirse las razones para la imposición de uno u otro. Se exige, pues, la *motivación* de la resolución⁹⁷.

⁹⁵ Aunque se debata (y parece que políticamente se tienda a) la atribución de la dirección de la instrucción al Ministerio Fiscal, no se discute que la consideración general que se dicta en esta fase (la imputación) haya de ser competencia del órgano jurisdiccional. Respecto a la exigencia de jurisdiccionalidad en la adopción de medidas cautelares penales, *vid infra*, capítulo VI § I.1.A.

⁹⁶ Sobre la exigencia de legalidad en materia cautelar penal, *vid infra*, capítulo VI § I.2.

⁹⁷ La motivación es un requisito tanto de la resolución judicial que fija consideración e impone tratamiento, como de la ley que los prevé. Por esto se exige que la resolución judicial que lleva a cabo tales cometidos sea un auto o una sentencia, y que la ley que prevé la posibilidad de los mismos vaya precedida de la correspondiente Exposición de Motivos. Por esto, no comparto plenamente la idea que “la legislación es una actividad «libre en su fin», en el sentido de que no pretende alcanzar una meta

Hasta aquí, he citado los que podrían llamarse requisitos formales de las consideraciones y los tratamientos que se dispensan en el proceso penal: *quién y de qué forma* deben afirmarse las consideraciones y los tratos de que venimos hablando. Pero he de apuntar una última característica del trato dispensado por el Estado y el motivo que lo justifica: la *proporcionalidad*. La proporcionalidad es, ciertamente, una figura de difícil caracterización y, por ende, también de difícil ubicación sistemática. A la proporcionalidad me he referido en líneas precedentes, al hilo de la racionalidad material del tratamiento. Además de las exigencias entonces presentadas (idoneidad y equidad), la proporcionalidad responde también a la noción de justicia como virtud (justo medio entre intereses opuestos) encontrándose los resultados de su apreciación directamente condicionados por la concreta prelación de valores o intereses vigente en una sociedad determinada. La especial naturaleza de la proporcionalidad hace que no pueda afirmarse, de ella, que es un presupuesto material de las medidas cautelares penales, pero tampoco que sea un requisito meramente formal. Es más bien un límite a la posibilidad de actuar del Estado: en definitiva, una exigencia añadida a su actuación, más allá de que la esencialidad de la medida obliga, pero distinta a las proyecciones técnicas vertidas por la división de poderes y el derecho de defensa⁹⁸.

D) Presunción de inocencia y tesis sobre medidas cautelares propuesta: presentación de la influencia de la primera sobre la segunda.

De las tres acepciones de la presunción de inocencia, es la gestada bajo los postulados de la Ilustración (la que la conceptúa como una regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso) la de mayor trascendencia en el tratamiento de las medidas cautelares penales: asumido que el Estado debe tratar al ciudadano en la consideración que lo tiene y, además, observado que nuestro ordenamiento permite una serie de tratamientos, semejantes a las consecuencias jurídicas del delito, para los que no se exige la certeza

predeterminada (y por este motivo la ley es un acto exento de motivación)” (GUASTINI, R; “Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 263 a 318). Ciertamente, entiendo que no se debe legislar para las consecuencias, pero también pienso que el motivo por el que se dicta una determinada Ley es un parámetro que el propio legislador ha de explicar públicamente, en la propia Exposición de Motivos de la Ley. Específicamente, sobre motivación y medidas cautelares penales, *vid. infra* capítulo VI § I.3.

⁹⁸ Intentaré aclarar un tanto lo aducido en el texto principal, *infra*, a lo largo del capítulo V.

de culpabilidad; no podemos sino preguntarnos acerca de la *consideración que posibilita la imposición de dichos tratamientos*⁹⁹.

Dado que bajo la consideración y el tratamiento subyace, aunque en modo distinto, el motivo, es ese motivo, ese fundamento, el que deberá precisarse. Este va a ser el cometido principal del capítulo siguiente. En la argumentación que contendrá, la presunción de inocencia adquiere un papel de especial relevancia en la conveniencia, no tanto en la posibilidad, de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal¹⁰⁰. La importancia de la regla y las relaciones expuestas hasta el momento se percibirá en distintos momentos del trabajo como el análisis de la protección a la víctima en el seno del proceso¹⁰¹, en la concreción de los presupuestos materiales y formales¹⁰², en la exposición de la exigencia de proporcionalidad¹⁰³ o en el régimen de adopción de las medidas cautelares penales¹⁰⁴.

No obstante, antes de proceder a estos cometidos, quiere hacerse un breve excursus que, como tal nos aleja, pero en parte también nos acerca al objeto de estudio de este trabajo: las medidas *cautelares penales*. Si, por el último adjetivo, ha sido necesaria una breve referencia a la ordenación y justificación de la potestad *punitiva*; por el primero, se

⁹⁹ Pienso que esta regla permite potenciar el valor inocencia. ¿Porqué potenciarlo? Por su carencia. Precisamente, porque la inocencia se encuentra cada vez más cuestionada sin que dicho cuestionamiento se apoye en razonamientos sólidos, precisamente porque el número de injerencias en los derechos individuales practicadas en el seno del proceso penal es tendencialmente creciente, la inocencia se convierte en una condición deseada. Más bien, lo deseado es potenciar la protección del valor inocencia. Obviamente, esta es una posición subjetiva, pero su defensa se basa en el convencimiento que dicha potenciación es beneficiosa para la paz social. Ganaríamos, por lo menos en seguridad jurídica, si el Estado fijara de forma clara las consideraciones contrarias a la plena inocencia que pueden dictarse en un proceso penal, los requisitos para que éstas se afirmen, los tratamientos que tales consideraciones permiten dispensar, y el modo en que esto último ha de hacerse. Pienso que esto es lo que reclama la doctrina científica cuando, por ejemplo, se pregunta el momento en que ha de imputarse a un sujeto (momento actualmente volátil y cambiante, que en muchas ocasiones se dilata hasta el instante en que el Estado necesita practicar un acto de coacción sobre la persona o los bienes del individuo). Obviamente, fijar de forma clara unas consideraciones y los tratamientos asociados implica mostrar la determinada orientación político-criminal, pero esto último es sólo una objeción si tal orientación política quiere ser ocultada, lo que no parece una opción sana para el sistema democrático.

¹⁰⁰ *Vid. infra*, capítulo II § II. 3 y .4

¹⁰¹ *Vid. infra*, capítulo III § III. 4. C

¹⁰² *Vid. infra*, capítulos IV (especialmente § II.1) y VI (especialmente § I.1.A; 2.A y 3.A)

¹⁰³ *Vid. infra*, nuevamente, capítulo V.

¹⁰⁴ *Vid. infra*, capítulo VII.

estima conveniente hacer una sucinta referencia a la dogmática civil en materia de tutela *cautelar*.

III. El debate sobre la tutela cautelar en el plano procesal civil y la asunción legislativa de un fundamento material.

Salvo error u omisión, puede afirmarse que la totalidad de la doctrina española contemporánea ha asumido la idea según la que las medidas cautelares civiles pretenden contrarrestar los riesgos que comporta el *tiempo* necesario de tramitación y resolución procesal¹⁰⁵.

A pesar de esta aparente uniformidad, nadie esconde la existencia de importantes diferencias doctrinales respecto al *fin* que deben perseguir esas medidas y al carácter autónomo o no del “proceso” cautelar¹⁰⁶.

Todos estos elementos (los que gozan de consenso y los que no) han influido de algún modo en el tratamiento dogmático de las medidas cautelares penales, sin duda como consecuencia de la indeterminación de un fundamento específico de las mismas y la traslación de lo civil a lo penal¹⁰⁷. Por esto, antes de abordar el análisis del fundamento,

¹⁰⁵ Una visión genérica de la *Tutela judicial cautelar en el Derecho español*, en la obra con este mismo título, de ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, publicada en Comares, Granada, 1996. Uno de los primeros trabajos monográficos entre la doctrina española sobre la teoría general de las medidas cautelares civiles, es el de SERRA DOMÍNGUEZ, M; *Medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias gráficas Pareja, Barcelona, 1974. Del mismo año, cabe destacar la recopilación de trabajos realizada bajo el nombre *El sistema de medidas cautelares*, fruto de la “IX Reunión de profesores de derecho procesal de las universidades españolas” y editado por la Universidad de Navarra, en Pamplona.

¹⁰⁶ Se dice que nadie esconde porque, de hecho, en pocas facetas de la dogmática procesal civil se muestran tan patentes esas diferencias. No hay prácticamente tratamiento relativo a las medidas cautelares civiles, incluso en las obras de carácter general como los manuales, que no miente la corriente “opuesta”, identificando o sin identificar sus defensores y detractores. Las dos corrientes se distinguen en función de cuál sea la respuesta a este planteamiento: “las medidas cautelares civiles pretenden contrarrestar los riesgos que comporta el tiempo necesario de tramitación y resolución procesal”, pero “riesgos” ¿para qué? ¿Para la ejecución de la sentencia, en los términos que se dicte, o para la pretensión del demandante? Se trata, en definitiva, de precisar cuál es el significado de instrumentalidad que otorga naturaleza cautelar a una medida. La instrumentalidad deviene así la característica configuradora y distintiva de las medidas cautelares (CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992, p. 33). Sobre la instrumentalidad y medidas cautelares penales, *vid. infra*, capítulo VII § II.1.

¹⁰⁷ Conviene recordar que el proceso penal ha sido objeto de un menor desarrollo dogmático, probablemente dada la relativa “juventud” del tratamiento científico de este proceso, en contraposición al del maduro proceso civil. Además, resulta frecuente que la dogmática procesal penal parta, para el avance de esta rama jurídica, de los conceptos civiles. Sin duda, esta última circunstancia es el motivo de algunos de los problemas de tratamiento más importantes presentados en el orden procesal penal (como el de los conceptos de parte, acción, objeto del proceso o carga de la prueba). No puede dejar de citarse, al

finos y presupuestos de las medidas cautelares penales, se ha considerado conveniente exponer el germen de algunos de los problemas con que toparemos en ese ejercicio de precisión.

Las dispares posiciones identificadas bajo la concepción estricta y amplia de las medidas cautelares civiles son, en el fondo, distintos puntos de vista sobre el alcance que la medida cautelar debe tener, esto es, sobre si ésta puede o no *satisfacer* provisional pero anticipadamente el contenido de la pretensión definitiva.

1. Asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria versus garantizar la efectividad de la sentencia estimatoria.

La doctrina tradicional o clásica de las medidas cautelares, también llamada estricta por su posición respecto al fin cautelar, fue elaborada desde una perspectiva muy específica y para unas situaciones muy concretas: éstas y aquélla son la necesidad de asegurar la ejecución de la sentencia condenatoria, sobre todo pecuniaria, basada eminentemente en el incumplimiento de una obligación contractual. Sobre estas pretensiones se construyó una teoría de medidas cautelares caracterizada por “su minimización dogmática”¹⁰⁸, que identificaba como fin exclusivo de estas medidas asegurar la *ejecución* de una eventual y futura sentencia *condenatoria*. Esta vinculación directa entre medidas cautelares y sentencia de condena, así como la previsión legal de unas medidas cuyo contenido no estaba precisado en la ley, justificaron la elaboración doctrinal de otro de los conceptos más controvertidos en materia cautelar: la *homogeneidad*. Ésta es básicamente una exigencia para las medidas cautelares, un límite a sus efectos. Según su formulación inicial, la homogeneidad de las medidas cautelares implica una semejanza entre éstas y

respecto, la gráfica exposición realizada por CARNELUTTI en su célebre artículo “Cenerentola”, en *Rivista di Diritto Procesuale*; 1946, I.

¹⁰⁸ DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E; “El cambio de signo de las medidas cautelares en el proceso civil y ciertas observaciones sobre su regulación”, en *Tribunales de Justicia*, junio, 2002, p. 25. Este artículo resulta especialmente recomendable (dado su carácter altamente ilustrativo, estructurado y completo) para todo aquél que quiera revisar la evolución de las medidas cautelares en el ordenamiento procesal civil, y su situación actual. Sobre el régimen cautelar establecido en la LEC 1/2000, *vid.* también VEGAS TORRES, J; “Ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n° 50, 2000, pp. 143 a 162, así como CALDERÓN CUADRADO, MP; “El nuevo régimen legal de las medidas cautelares o la difícil búsqueda de un equilibrio entre intereses contrapuestos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, n° 4, 2001, pp. 1245 a 1261.

las ejecutivas, pero además, y esencialmente, una prohibición de identidad entre ambas¹⁰⁹.

La *lógica* de esta construcción es clara: si la medida cautelar está preordenada al aseguramiento de la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, parece que la manera más útil de conseguir su fin es asegurando lo que la sentencia probablemente ordenará: si se va a condenar al pago de una suma de dinero, ¿qué manera más útil, lícita¹¹⁰ y efectiva de asegurar el pago que reteniendo el dinero anticipadamente, hasta que llegue el momento, si llega, de la ejecución? Hasta aquí podría afirmarse la idoneidad, pero si a ésta unimos la prohibición de identidad, entonces ya tenemos el concepto de homogeneidad completo. Existiría identidad entre medida cautelar y ejecutiva si, más allá de asegurar ese montante económico, lo ponemos a disposición del demandante antes de que sea dictada la sentencia condenatoria o antes de que proceda la ejecución, aunque sea provisional.

Si la lógica de la doctrina de la homogeneidad es clara, también lo es su *causa práctica*: la posibilidad legal, *ex. art. 1428 LECA*, de acordar medidas cuyo contenido no estaba definido (llamadas por eso *innominadas* por la doctrina de la época), pero sí su fin (inicialmente, asegurar las sentencias de condena a hacer o no hacer alguna cosa). La homogeneidad actuó (o pretendió hacerlo) como un límite a esta posibilidad jurídica ya que, si bien el contenido de aquellas medidas quedaba todavía indeterminado, sí se afirmaba que éste debía ser semejante pero no idéntico a la medida ejecutiva cuya práctica aseguraba.

También fue claramente definida la *consecuencia* de no respetar la característica de la homogeneidad: se está, en caso de acordar medidas cautelares *idénticas* a las ejecutivas,

¹⁰⁹ De hecho, parece que la *homogeneidad* integra el concepto de *idoneidad*: la *semejanza* entre medidas cautelares y ejecutivas puede tener su causa en que el parecido material las hace *idóneas* para el aseguramiento de determinadas sentencias. Visto así, la *homogeneidad* propiamente dicha sería sólo la *prohibición de identidad* entre ambas medidas. En tanto, se defenderá, no pueden existir medidas cautelares indeterminadas, la exigencia de homogeneidad puede sustituirse, en la teoría general de medidas cautelares penales, por las de idoneidad y proporcionalidad *strictu sensu* (esta última impide vaciar de contenido el derecho afectado con la imposición de una medida cautelar).

¹¹⁰ “La utilidad y licitud de una medida cautelar dependen en gran medida de su semejanza con el contenido de la eventual sentencia condenatoria”. Así lo afirma FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, uno de los actuales defensores de la concepción tradicional de medidas cautelares, en *Derecho Procesal Civil*, (con DE LA OLIVA y otros), *ob.cit.*; p. 342. *Vid.* también, del mismo autor, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Irgium, Madrid, 2001, pp. 677 y ss.

satisfaciendo la pretensión sin terminación del proceso y sin sentencia, en otras palabras, se produce una “ejecución sin título”¹¹¹.

Pero varios cambios, en lo que constituía la “realidad jurídica” en que se basaba la concepción (tradicional) de las medidas cautelares, propiciaron la *revisión* dogmática de la finalidad de estas medidas y, con ello, de las notas de homogeneidad e instrumentalidad¹¹².

Aquellos cambios principiaron con la reforma del citado art. 1428 LECA¹¹³, en el año 1984, que sustituyó la referencia finalista de “asegurar la *ejecución* de la sentencia *condenatoria*” por la de “asegurar *en todo caso la efectividad* de la sentencia *que en el juicio recayere*”. Esta reforma dio pie a numerosas reflexiones sobre el alcance de las medidas cautelares, que se afirmaba, por algunos sectores, ampliado a todas las sentencias estimatorias (no sólo las de condena) y, más allá de su posibilidad material de ejecución, a su efectividad. Pero a este cambio jurídico le siguieron otros en pro de la ampliación del fin tradicional de las medidas cautelares: las nuevas formas, semejantes a las cautelares, de protección provisional de determinados derechos materiales (honor, propiedad industrial e intelectual, competencia desleal, etc.¹¹⁴); la incidencia del

¹¹¹ En concreto, *vid.* CARRERAS LLANSANA, “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la LEC”, en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 1958, pp. 473 a 494, *passim*. Puede encontrarse el texto también en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Bosch, Barcelona, 1962, pp. 563 a 591, especialmente pp. 575 y 576.

Tres décadas más tarde se publican los dos principales trabajos sobre medidas cautelares innominadas elaborados por nuestra doctrina, cuáles son el de CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas...*; *ob.cit.*; (de la misma autora, un año más tarde, “Las medidas cautelares innominadas”, en *Las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 27, Madrid, CGPJ, 1993, pp. 289 a 337) y el de JOVÉ PONS, MA; *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

¹¹² La relevancia del significado que se asigne a la nota de “instrumentalidad” ya ha sido advertida en momentos precedentes. Sobre la “homogeneidad” y las variaciones que en su formulación inicial propicia la revisión de la nota de instrumentalidad, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas...*; *ob.cit.*; pp. 59 a 62. También BARONA VILAR, S; *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Comares, Granada, 1995, pp. 17 a 19 (entre otros trabajos, como el publicado con OTELLS RAMOS en la obra colectiva *Las medidas cautelares*, en *Cuadernos de derecho Judicial*, nº 3, CGPJ, Madrid, 1993).

¹¹³ Sobre la formación del artículo 1428 LECA, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas...*; *ob.cit.*; pp. 21 a 28.

¹¹⁴ Sobre la tutela cautelar de la propiedad intelectual, *vid.* el ilustrativo trabajo de ORMAZABAL SÁNCHEZ, G; “La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil”, en *Revista general de derecho*, nº 619, 1996, pp. 3763 a 3794. Han tratado con especial hincapié las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial, BARONA VILAR, S; *Medidas cautelares en los procesos...*; *ob.cit.* y PÉREZ DAUDÍ, V, en (entre otras publicaciones) *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1996. En materia de defensa de la competencia, *vid.* CALDERÓN

Derecho Comunitario, claramente orientado a la tutela provisional y, entre los factores más relevantes, el desarrollo de la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), según el que las medidas cautelares son entendidas como un medio de lograr la *efectividad* de la tutela judicial.

Con esto, parte de la doctrina procesal (hoy mayoritaria) encontró argumentos suficientes para defender la extensión de las medidas cautelares al aseguramiento de la *efectividad* de todo tipo de sentencias *estimatorias*, lo que en algunos casos equivale a *anticipar*, irremisiblemente, el efecto anudado a la estimación de la pretensión. Para los defensores de esta doctrina, claramente respaldada por la LEC vigente¹¹⁵, la instrumentalidad no viene referida tanto al tipo de proceso principal (constitutivo, declarativo o de condena¹¹⁶) como al derecho en conflicto y al peligro que lo amenaza, y la homogeneidad, si no quiere descartarse, se salva con el carácter *provisional* de la medida cautelar, que la diferencia de la ejecutiva.

Hoy claramente se observa que “asegurar la *ejecución* de la sentencia *condenatoria*” y “asegurar la *efectividad* de la sentencia *estimatoria*” constituyen los estandartes de las dos corrientes doctrinales en materia de medidas cautelares civiles¹¹⁷. Estas dos formulaciones teleológicas, lejos de consistir en meras discusiones nominales, abogan respectivamente por una protección “cautelar” del *proceso* o del *derecho sustantivo* (aunque dicha protección requiera que la satisfacción del derecho sustantivo se haya solicitado a través de una pretensión procesal). Todo aquello que en la teoría estricta se

CUADRADO, MP; “Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas”, en *Revista de derecho procesal*, nº 3, 1992, pp. 475 a 504.

¹¹⁵ Sobre cómo la concepción tradicional o estricta del sistema cautelar ideado en el Borrador de la LEC, evolucionó hasta la clara vigencia de lo defendido por la concepción amplia, *vid.* DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, “El cambio de signo...”, *ob.cit.*; pp. 33 a 35. Desde esta última página hasta la 41, el autor ilustra los problemas causados por la expansión de los fines cautelares sin la compañía de una reforma adecuada de los procesos sumarios y de una derogación de las medidas cautelares previstas en leyes especiales. Sobre la necesidad de distinguir tutela cautelar penal y procesos sumarios, *vid.* CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas...*; *ob.cit.*; pp. 73 a 82 y, de la misma autora, “Tutela anticipada, procesos sumarios y medidas cautelares”, en *La Ley*, 13 de junio de 1995, pp. 1 a 6.

¹¹⁶ PARDO IRANZO, V; “Sobre la tutela cautelar de la propiedad horizontal”, en *Revista de derecho procesal*, nº 3, 1998, p. 698.

¹¹⁷ *Vid.* la clarificadora exposición de CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas...*; *ob.cit.*; pp. 62 a 73. Sobre el significado de “asegurar la efectividad de la sentencia”, pp. 126 a 151 de la misma obra.

fundamenta en el proceso, en la amplia se basa en el derecho en litigio. El desplazamiento del fundamento, de la *defensa del proceso* a la *defensa del derecho material*, es el eje del cambio de concepción legal, doctrinal y jurisprudencial en materia de medidas cautelares civiles.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de las medidas cautelares civiles.

Se ha señalado que la teoría clásica de medidas cautelares había cifrado el fundamento de éstas en la necesidad de asegurar *la ejecución*. Así pues, la necesidad de tutela cautelar se relacionaba directamente con la garantía del ejercicio de la función jurisdiccional¹¹⁸, expresando un fundamento claramente procesal. En otras palabras, bajo esta concepción, lo directamente protegido por la medida cautelar es parte del ejercicio de la función jurisdiccional, mientras que la protección material ofrecida por la medida cautelar es sólo mediata, indirecta¹¹⁹.

También se ha dicho, aunque resulte obvio, que el replanteamiento de lo que es o no medida cautelar fue propiciado por el cambio de fundamento de estas medidas. Esta modificación se mostró en forma de doctrina constitucional elaborada por el Alto Tribunal sobre la tutela judicial efectiva. El derecho a una tutela judicial cautelar se afirmó, allá por el año 1984, como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, y hasta hoy el análisis constitucional de las medidas cautelares civiles se realiza sobre la base del derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁰.

Y es que la “efectividad” se ha convertido en el vocablo clave en materia de medidas cautelares: la tutela cautelar se integra dentro del derecho a la tutela judicial *efectiva*, la mención de la *efectividad* por el art. 1428 LECA abrió la veda a la expansión de las medidas cautelares, el articulado de la LEC vigente hace numerosas referencias a la

¹¹⁸ Recuérdese que el art. 117.3 CE identifica el contenido de la potestad jurisdiccional solamente con juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

¹¹⁹ CALAMANDREI identificó esta relación con la afortunada expresión de “instrumentalidad al cuadrado” que caracteriza a lo cautelar. Pese a que esta recurrida dicción parece posicionar al autor en lo que hoy se identifica con la concepción estricta, se percibe en la obra de referencia en materia cautelar civil, la posibilidad de satisfacer directamente *el derecho* a través de la tutela cautelar. Al respecto, *vid. infra*, nota al pie 133.

¹²⁰ *Vid.* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I; “Artículo 24. Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villamil, EDERSA, Madrid, 1996, pp. 47 y 48.

*efectividad*¹²¹. Pero, ¿qué significa “efectividad”? Y ¿qué es la “efectividad” referida a las resoluciones judiciales y, en concreto, a las sentencias?

En brevísima aproximación¹²², “efectividad” es, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, sinónimo de “eficacia”, de “realidad”, de “validez”. Lo *efectivo* es aquello “real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal”¹²³. Pero lo esperable ¿ha de referirse a la pretensión de la parte o a lo dictado en la sentencia?¹²⁴

Para lo anterior, se ha señalado que la efectividad de las resoluciones judiciales debe asociarse, no a su posibilidad de ejecución sino a la satisfacción del derecho subjetivo o interés legítimo objeto de la pretensión¹²⁵. De nuevo, pues hablamos de lo mismo, una manifestación sobre la traslación del centro de gravedad en materia cautelar.

Si intentáramos valorar la necesidad de protección cautelar a partir del derecho a la ejecución, al ser éste de configuración legal, deberíamos acudir, en primer lugar, al art. 18.2 LOPJ, que establece: “Las sentencias se ejecutarán *en sus propios términos*. Si la ejecución resultare imposible, el juez o tribunal adoptará las medidas necesarias *que aseguren la mayor efectividad* de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla *no pueda ser objeto de cumplimiento pleno*”¹²⁶. Y nuevamente la *efectividad* aparece en escena, aunque ahora referida a la ejecutoria.

¹²¹ A título de ejemplo: la efectividad de la sentencia como fin de las medidas cautelares aparece en los arts. 721.1, 728.1 o 726.1.1º LEC.

¹²² El trabajo de referencia al efecto continúa siendo el de CALDERÓN CUADRADO, MP; *Las medidas cautelares indeterminadas..*; *ob.cit*, a cuya lectura remito.

¹²³ VOZ: “efectivo”, en *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 865.

¹²⁴ Sobre la efectividad subjetiva, la objetiva, y el concepto de satisfacción, así como los tipos de ineffectividad *vid.* CALDERÓN CUADRADO, MP; o en *Las medidas cautelares indeterminadas..*; *ob.cit*; pp. 64 y ss; o en “Las medidas cautelares innominadas”, *ob.cit*; p. 312 y ss.

¹²⁵ El propio TC ha expresado que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho reconocido en abstracto, sino que la efectividad de la tutela judicial debe valorarse respecto a la protección de *concretos derechos e intereses legítimos*. Así lo afirma, entre otras resoluciones, en el ATC 135/1997, de 7 de mayo.

¹²⁶ Este precepto ha sido interpretado de manera que obliga al Estado a adoptar todas aquellas medidas necesarias para la ejecución en sus propios términos, y que sólo procede la ejecución en otros términos (sustituyendo el contenido por una indemnización) cuando concurren causas naturales o jurídicas. Así, CALDERÓN CUADRADO, MP; “Las medidas cautelares innominadas”, en *Las Medidas Cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial XXVII, Madrid, CGPJ, 1993; p. 301.

Entonces, en función del derecho o interés a satisfacer en el proceso, o mejor, del peligro que puede acechar a ese derecho, se ha señalado que existen tres tipos de medidas cautelares¹²⁷:

a) *Medidas de aseguramiento*: son las medidas cautelares tradicionales, y su contenido es el de “constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal¹²⁸, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud”.

b) *Medidas de conservación*: son aquellas que tienden a mantener el *statu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Con dicho mantenimiento se *satisfacen* provisionalmente los derechos e intereses aducidos por la actora¹²⁹.

c) *Medidas anticipativas e innovativas*: Con éstas, los derechos e intereses de la actora también se satisfacen provisionalmente, aunque introduciendo una innovación en el *statu quo*. La *satisfacción*, en este caso, versa sobre lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido¹³⁰.

Ante esto, aquél que comparta una visión estricta de las medidas cautelares, aceptará que sólo las primeras lo son; y el que, contrariamente, abogue por una concepción amplia, defenderá el carácter cautelar de las tres.

¹²⁷ La clasificación y su conceptualización, extraídas de ORTELLS RAMOS, M; *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil* (con Montero, Gómez Colomer y Montón), Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 636 a 639.

¹²⁸ Es importante destacar que tampoco existe unicidad de los efectos de la sentencia. Sostiene el mismo autor que junto a los efectos *directos* (aquéllos que son ordenados expresamente por la sentencia), deben afirmarse los *secundarios* o *colaterales* (aquellos producidos por la eficacia de normas jurídicas que incluyen a la sentencia como elemento de su supuesto de hecho, haciendo de aquélla un factor influyente en la producción de las consecuencias jurídicas previstas por la norma”). Además, cuando estos últimos efectos se proyectan sobre terceros, cabe también hablar de efectos *reflejos*. No obstante, señala después, en una posición bastante ambigua, que “hablar en estos casos (*los dos últimos que se han mencionado*) de efectos de la sentencia, aunque se les adjetive de secundarios, induce a confusión. En realidad estos efectos no derivan de la sentencia, sino de la norma jurídica de cuyo supuesto de hecho la sentencia forma parte, como único elemento o concurriendo con otros elementos”. ORTELLS RAMOS, M; *Derecho Procesal Civil*, Arazanzadi, Navarra, 2000, pp. 462 a 464.

¹²⁹ Afirma MONTERO AROCA que con estas medidas “se pretende que mientras dura el proceso principal una de las partes no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por la otra parte”, en *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 97.

¹³⁰ Con éstas, según MONTERO AROCA, “se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones”, en *ob. cit, loc. cit.* en nota al pie anterior.

Los argumentos que cada uno de estos sujetos podría aducir se apoyarán en lo que ya se ha dicho hasta ahora: el primero dirá que de las medidas *b)* y *c)* no puede predicarse la homogeneidad y que son por tanto una ejecución anticipada, sin título (distinta a la provisional, por tanto, que sí tiene título, aunque no firme); el segundo, en cambio, dirá que las medidas *b)* y *c)*, como las del tipo *a)* sirven para garantizar la efectividad de la sentencia y que no son idénticas a las ejecutivas porque éstas son provisionales.

La cuestión de la efectividad se remonta largo tiempo atrás. La misma dicotomía que ahora se ha señalado aparece en la mente del jurista cuando, examinando la recurrida obra de Calamandrei, lee: “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la *eficacia* práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el *eficaz* funcionamiento de la justicia”¹³¹. Y con la misma duda sobre lo que debería ser la tutela cautelar se queda el lector cuando interioriza los dos tipos de *periculum in mora* que él mismo califica como *peligro de infructuosidad* y *peligro de tardanza*, señalando además la “distinta presentación de la instrumentalidad” en cada uno de estos casos¹³². También, como en la actualidad, las referencias a los juristas que defienden la tesis contraria es expresa la obra del italiano¹³³.

Las dos corrientes en materia de medidas cautelares representan, en esencia, la defensa de dos modelos distintos y concretos de «justicia». Con esto no quiero decir que la cuestión sea fácil: el gran número de concepciones sobre la justicia, y el sustrato ideológico de las mismas, lo complica. Pero el debate abierto, como sucede con todo, es el único camino hacia la presentación sincera, en este caso, de un determinado modelo de proceso y, en definitiva, de protección estatal de los intereses estrictamente individuales¹³⁴.

¹³¹ En, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 45.

¹³² Sobre la instrumentalidad, nuevamente, me remito al capítulo VII § II.1 de este trabajo.

¹³³ CALAMANDREI admitía que las medidas que tienden a anticipar la satisfacción del derecho, protegiendo así del peligro de tardanza, también son medidas cautelares, y cita, entre los que opinan lo contrario, a CRISTOFOLINI, BETTI y ALLORIO; en *Introducción al estudio...*, *ob.cit*; p. 73, nota al pie 2.

De hecho, la *efectividad* se ha convertido en una de las cualidades más apeladas en la actualidad, tanto respecto a la actividad de las personas, como la de las instituciones, y como no, respecto al derecho y a la protección jurídica dispensada a partir o como efecto de la vigencia de las normas jurídicas: la demanda de efectividad y de urgencia en los resultados materiales de todas y cada una de nuestras acciones (todo urge en nuestro tiempo, porque el tiempo mismo se ha convertido en un valor), a lo que ha de unirse una dejación bastante generalizada de la moral individual, así como el aumento de la relevancia de determinados derechos cuya protección tardía puede vaciarlos de contenido, todo esto, ha favorecido un cambio en la forma en que la jurisdicción realiza el derecho en el caso concreto. El cambio en la forma es, específicamente, un cambio en el *momento* en que el Estado, mediante el Juez, lleva a cabo actos materiales de protección del derecho alegado por el demandante, lo que incide, necesariamente, en el sujeto frente a quien se reclama dicha protección. La *anticipación* de los efectos de la sentencia, en definitiva. Dicho fenómeno no es privativo del orden civil, sino que se advierte en todo el ordenamiento jurídico: también en el penal.

¹³⁴ Precisamente, en toda esta cuestión debe tenerse en cuenta, entre otras, la creciente ordenación estatal de relaciones privadas con una finalidad marcadamente de interés público (por ejemplo, defensa de la competencia, ordenación de determinados mercados, protección de los consumidores y usuarios, etc.), lo que provoca el aumento de normas civiles de *ius cogens*, cuyo obligatorio sometimiento relega la autonomía de la voluntad sólo a la voluntad negocial, esto es, a la decisión de negociar jurídicamente, pero no al contenido de dicho negocio: el contenido viene condicionado por el interés público (en el mejor de los casos), al particular sólo le queda decidir si quiere formalizar el negocio.

Con esto cabe observar que en las sociedades post-industriales aparecen nuevos fenómenos de protección jurídica (identificados con aquello que llamamos bienes colectivos e intereses difusos) que responden a una creciente dependencia del hombre de las actividades que realizan terceros (así, por ejemplo, el hombre siente condicionada su capacidad comunicativa por el modo en que actúa la compañía prestadora de un servicio de telecomunicaciones. Dado que la compañía aporta el soporte de la comunicación, el hombre depende de ella en la comunicación que ejerce a través de aquel soporte).

El fenómeno es tan complejo que no puede ser abordado en este trabajo: se afirma que la distinción entre derecho privado y derecho público “es quizá una de las cuestiones más oscuras, complejas y difíciles de la teoría general del Derecho” (DIEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A; *Sistema de Derecho Civil (I)*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 41). Entre las páginas 38 y 45 exponen la crisis actual referida a *cómo* se ocupa el derecho civil de sus cometidos y exponen, entre otros interesantes extremos, hasta seis “directrices metodológicas de adscripción” de materias al derecho privado). Resulta interesante también el trabajo de CARRERAS LLANSANA, “Derecho público y derecho privado. Actualidad y fecundidad de su distinción, en *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1962.

Lógicamente, dado el carácter instrumental del proceso respecto al derecho sustantivo al que sirve, los efectos de la “publicización” del derecho civil se trasladan al mismo proceso civil (de hecho, el término entrecomillado es tomado del trabajo en que PICÓ JUNOY lo afirma como fenómeno del proceso). Una primera aproximación a la justificación de este fenómeno, a sus consecuencias y sus detractores, puede acometerse mediante la lectura del trabajo de dicho autor, “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *La Ley*, nº 5888, de 7 de noviembre de 2003. Ha de destacarse cómo el efecto contrario se produce en los últimos tiempos en el proceso penal en el que, sin discutir la vigencia del principio de oficialidad, se pone en tela de juicio el de investigación de oficio, potenciándose la instancia de parte.

Dado el aumento de actos preventivos (protejan directamente la sociedad o el proceso), lo mínimo que ha de exigirse es la determinación de unas reglas claras que guíen tales juicios preventivos. Reglas que no se aprecian en la legislación penal (sustantiva y procesal), con el consiguiente efecto en la actividad jurisdiccional. El ejercicio demandado requiere identificar los distintos actos de prevención y de aseguramiento, para lo que habrán de dilucidarse los *motivos* por los que se llevan a cabo las injerencias en los derechos individuales con anterioridad a la sentencia. Si bien el ejemplo del cambio de fundamento de la tutela cautelar civil puede servir de guía para el análisis de la posibilidad de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal, dicho estudio ha de basarse en las peculiaridades del ordenamiento punitivo. Por esto, el capítulo que sigue, dedicado a la propuesta de un fundamento para las medidas cautelares penales, principia con la formulación de una serie de consideraciones previas sobre el derecho penal sustantivo. A partir de las mismas, se analiza la posibilidad de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal: esto es, se estudia la posibilidad que las medidas de este género puedan tener como función la protección inmediata del derecho sustantivo. En puridad de conceptos, trataré de indagar si las medidas cautelares penales pueden cumplir una función de prevención criminal. Tal ejercicio se acomete, en primer lugar, sobre la base del fundamento afirmado de la cautela civil: el derecho a la tutela judicial efectiva; y en segundo término, a partir de la vigencia del derecho a la presunción de inocencia. Descartada, por la primera vía, la posibilidad, y por la segunda, la viabilidad de atribuir un fundamento material a las medidas cautelares penales, se acometerá el análisis de un fundamento estrictamente procesal. Pese a que, a lo largo del mismo, se harán escuetas referencias a la vigencia de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, podrá observarse como las implicaciones de la hipótesis formulada sobre el significado de este último derecho guiarán el desarrollo de todo el trabajo, permitiendo ilustrar cuál es la *consideración* que permite imponer el *tratamiento* identificado con la adopción de una medida cautelar penal, así como las *exigencias materiales y formales* para dicha atribución e imposición.

CAPITULO SEGUNDO

FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

CAPITULO SEGUNDO.- FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

I. Relación entre fundamento y función y objeto del presente capítulo.

Más allá de lo que se expuso en la Introducción a este trabajo acerca del uso de los vocablos medida, proceso, resolución o tutela cautelares, se estima conveniente, en este momento, precisar la semántica del objeto de este capítulo: el *fundamento* y la *función* de las medidas cautelares penales. Al respecto, cabe preguntarse: ¿tienen estos conceptos el mismo significado? Y, si no, ¿pueden de algún modo relacionarse? ¿Con qué justificación, fin, objetivo o utilidad?

Genéricamente, el fundamento de una institución es la razón que justifica teórica y lógicamente su existencia¹³⁵. La *función*, al señalar aquello a lo que se destina la institución, es la expresión finalista, utilitarista, del fundamento¹³⁶. Así, la función es una expresión dogmática que sirve para identificar el servicio prestado por la institución, y dicho ejercicio puede no venir dado únicamente por su esencia, sino también por los cometidos atribuidos a aquella institución por el ordenamiento jurídico. Sobre esto, se incidirá en breve. Antes, no obstante, quiere identificarse parcialmente la tesis propuesta en este trabajo: *la tutela cautelar penal tiene un fundamento procesal*. De acuerdo con esta afirmación, se defenderá que:

a) El fundamento de las medidas cautelares, el motivo que actúa como principio justificativo de la tutela cautelar, es la *necesidad de defensa del proceso frente a eventuales conductas del imputado que constituyen un peligro para su vigencia y realización*¹³⁷.

¹³⁵ La razón, el principio justificativo que expresa el fundamento, se obtiene *observando* una determinada institución jurídica e *intentando explicarla*. Por ese motivo, la presentación de un fundamento puede ser siempre calificada como subjetiva. No obstante, se procurará al máximo que su exposición tenga como argumentos elementos jurídicos objetivos.

¹³⁶ Función es definida como “tarea que corresponde realizar a una institución o entidad”. VOZ “Función”, en *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p.1098.

¹³⁷ De hecho, la fórmula exacta con que, en este trabajo, se concluye la fijación de un fundamento de las medidas cautelares penales lo que equipara a “la existencia de una situación de riesgo para la realización del proceso, cuya posible materialización es atribuible al sujeto pasivo del mismo”.

b) La función de las medidas cautelares, la tarea que les corresponde realizar, es *proteger al proceso de aquellas eventuales conductas del imputado que constituyen un peligro para su realización.*

Puede observarse que el fundamento y la función propuestos se refieren a un fenómeno jurídico concreto: la necesidad objetiva de defensa o protección del proceso penal¹³⁸. Dicho fenómeno es objeto de estudio en el presente trabajo. Durante su precisión, a lo largo de este segundo capítulo, se identificará el fundamento de la tutela cautelar penal. Esta operación va a requerir la observación de la realidad jurídica del proceso penal, para definir y justificar cada uno de los elementos que demandan y condicionan su defensa, así como precisar el motivo que justifica que dicha defensa se acometa a través de las medidas cautelares penales. Al hilo de este análisis se instituyen conceptos tales como *riesgo de frustración procesal*, *peligrosidad procesal* (cuya definición sintetiza cada uno de los elementos que constituyen el fundamento y función afirmados de la tutela cautelar penal) o *peligro cautelar* (nombre con que se ha querido identificar el propio fundamento)

Los siguientes capítulos se destinan, entre otros extremos, a la concreción de los *finés* cautelares, *presupuestos* (o exigencias materiales), *exigencias formales* de adopción y *características* de las medidas cautelares penales. Las categorías señaladas derivan del fundamento afirmado en este segundo capítulo, constituyendo aquél el cimiento del sistema de medidas cautelares penales propuesto. Se observará, además, que tanto la determinación de los presupuestos o exigencias formales como el contenido que quepa asignar a los presupuestos materiales, pueden explicarse a partir de la vigencia de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, cuyo análisis se acometió en el capítulo precedente.

Una última cuestión debe ocuparnos antes de adentrarnos en la identificación del fundamento de la tutela cautelar penal. Si fundamento y función guardan la relación expuesta *supra*, y por función debe también entenderse el destino dado a un determinado instrumento, ¿debemos considerar que el fundamento de la tutela cautelar penal se define por esencia o por atribución normativa?

Con un ejemplo se entenderá mejor el interrogante: Si se defiende un fundamento procesal de la tutela cautelar penal, no pueden incluirse entre las medidas de este tipo

¹³⁸ Que el mismo fenómeno jurídico pueda ser explicado desde la perspectiva del proceso y de las medidas cautelares indicia la relación de instrumentalidad que une medida cautelar y proceso judicial.

aquellas que tienden a evitar la reiteración delictiva, puesto que esta función no es de protección del proceso. Pero si una norma atribuye este cometido a una medida que la misma norma adjetiva como cautelar, ¿cabe decir que las medidas cautelares penales tienen también un fundamento material? ¿O cabe afirmar que esa atribución funcional convierte a la medida en no cautelar? ¿O que la misma medida o tratamiento tiene dos fundamentos y, por ello, dos regímenes distintos? ¿O acaso es factible afirmar que se está atribuyendo a una medida cautelar un fin que no responde a su fundamento?

Consciente que la respuesta a estas cuestiones, por supuesto no exclusiva del género cautelar sino predicable de toda identificación de fenómenos jurídicos, depende de la adhesión a una cierta concepción (platónica o convencionalista) sobre la relación entre el lenguaje y la realidad¹³⁹, e intentando huir de la idealización del género cautelar penal, se ha optado por analizar, en primer término, la posibilidad de sostener un fundamento distinto al defendido en esta tesis.

Un motivo más, de orden analítico, explica el examen del fundamento material de la tutela cautelar penal. Como podrá observarse en breve, la asunción de un fundamento material de la tutela cautelar no excluye la defensa del proceso, sino que engloba ambas protecciones: sustantiva y formal. De este modo, parece claro que un estudio que analice sólo el fundamento procesal, debería calificarse de incompleto, pues la asunción de tal fundamento nada dice acerca de la posibilidad del otro.

Con todo, se aborda a continuación la viabilidad de asignar un fundamento material a la tutela cautelar penal y después, tras su negación, la determinación de su fundamento procesal¹⁴⁰.

¹³⁹ NINO, CS; *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983, pp. 12 y ss.

¹⁴⁰ El enunciado del título siguiente cuestiona acerca de la *viabilidad* de otorgar un fundamento material a la tutela cautelar penal. *Viable* es aquello que, por sus circunstancias, tiene probabilidades de poderse llevar a cabo. En el estudio que sigue, dicha eventualidad va a ser valorada en términos estrictamente jurídicos: esto es, lejos de toda referencia a la conveniencia *política* de atribuir tal fundamento, su posibilidad viene condicionada por la configuración de institutos jurídicos varios. Se observará, en el apartado conclusivo de aquél título (§ II.4), que se admite la inconveniencia de tratar como un mismo fenómeno medidas preventivas de carácter procesal y de carácter material. Esta declaración no contradice lo dicho en el párrafo precedente, pues la inconveniencia que después se afirmará no es de orden político sino *jurídico*.

II. Traslación al proceso de la protección ofrecida por el derecho penal sustantivo: ¿Resulta viable otorgar un fundamento material a la tutela cautelar penal?

La investigación del *fundamento* de las medidas cautelares penales se ha intentado desde distintas perspectivas: como referente más claro en la doctrina procesal española, cabe atender al trabajo del profesor Ortells Ramos, publicado en 1978. En aquél, el autor aborda la determinación del género cautelar preguntándose acerca de la posibilidad de aplicar la teoría general de medidas cautelares a determinados actos que se llevan a cabo en el proceso penal¹⁴¹. Para dicho ejercicio, justifica una posición de partida, concibiendo de modo (casi) restrictivo la función de las medidas cautelares penales en el proceso penal¹⁴². Existe otro trabajo monográfico en materia de medidas cautelares penales, el del magistrado Illescas Rus quien, lejos de analizar profundamente el fundamento de las medidas cautelares penales, lo resuelve limitando la función de las mismas a la garantía de la efectividad de la sentencia que posteriormente haya de recaer, no sin señalar la existencia de una orientación doctrinal que amplía la noción para comprender entre aquellas medidas las que pretenden asegurar el desarrollo del procedimiento, incluyendo los actos de anticipación de prueba. El elemento central de esta obra la explicación del procedimiento de adopción y régimen legal de cada una de estas medidas¹⁴³. En otro orden de consideraciones, cabe destacar cómo se muestra patente, en el trabajo del Dr. Málaga Diéguez, la dificultad de

¹⁴¹ ORTELLS RAMOS, M; “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, 1978, nº 5, pp. 439 a 489. En la introducción (p. 440) enuncia el objetivo de su trabajo: “verificar si una determinada realidad normativa –algunas medidas que pueden acordarse en el proceso penal-, es susceptible de ser explicada mediante la teoría de medidas cautelares”.

¹⁴² “La función de las medidas cautelares penales es, pues, respecto al proceso de ejecución, asegurar la posibilidad práctica de ejecución de la sentencia firme; respecto al proceso de declaración, asegurar la práctica de determinados medios de prueba, cuyas fuentes están a disposición del proceso, pero corren peligro de desaparición o alteración” (“Para una sistematización...”, *ob.cit*; p. 447). Aplicando dicha función sobre distintos actos que se llevan a cabo en el proceso penal, y modulando a lo largo del estudio la nota de instrumentalidad, concluye calificando como medidas cautelares penales a la detención, prisión provisional (sólo cuando se acuerda para evitar la fuga), la libertad provisional, las fianzas y embargos (para el aseguramiento de las penas pecuniarias), el secuestro de los instrumentos y efectos del delito pertenecientes al procesado (para el aseguramiento de la pena de comiso) y (en una posición hoy rectificada), la practica anticipada de las pruebas testifical y pericial (“Para una sistematización...”, *ob.cit*; pp. 488 y 489).

¹⁴³ ILLESCAS RUS, AV; “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, en *Revista de derecho Procesal*, 1995, nº 1, pp. 63 a 140. Analiza, concretamente, la citación, la detención, la prisión provisional, la libertad provisional, la libertad provisional, la autorización de salida del territorio nacional y la intervención del permiso de conducción, sin que ello implique afirmar, de todas ellas y en todos los supuestos, naturaleza cautelar.

encontrar un fundamento de las medidas cautelares que las distinga de aquellas otras que integran el grupo de las llamadas, por el mismo autor, medidas preventivas. El autor referenciado opta por afirmar un único fundamento para las medidas provisionales, y tomar los fines que persiguen como criterio distintivo de las mismas¹⁴⁴. Finalmente, cabe señalar el trabajo del profesor Damián Moreno, cuyo título presupone la existencia de lo que aquí se ha negado de principio: la existencia de un *sistema* de medidas cautelares penales¹⁴⁵, dando por supuesta la traslación de la teoría civil en esta materia¹⁴⁶.

La Dra. Arangüena Fanego se ocupó en parte y de forma indirecta (pues lo hace a través de la concreción del presupuesto tradicionalmente llamado *Periculum in Mora*) del análisis del fundamento de las medidas cautelares penales, distinguiendo las reales de las personales, aunque sin tomar posición acerca de la legitimación funcional de las mismas¹⁴⁷. Ha de referenciarse también el trabajo previo de su maestro, el profesor

¹⁴⁴ MÁLAGA DIÉGUEZ, F; “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, en *Justicia*, 2002, pp. 111 a 262. De hecho, el autor afirma un mismo fundamento para las medidas cautelares y las medidas provisionales (cabe aclarar, como él hace, que las medidas cautelares son también medidas provisionales, pero no todas las provisionales son cautelares): “la inevitable duración temporal inherente al proceso jurisdiccional”. Ante la identidad de fundamento, distingue ambas categorías por la función que cumplen: garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria (evitar la fuga y la insolvencia), en el caso de las cautelares, y asegurar la prueba y proteger a las víctimas actuales o hipotéticas del presunto delincuente, las provisionales (*ob. cit.*; p. 124). En la página 147, tras haber analizado las distintas funciones que se atribuye a las medidas preventivas, precisa aquel fundamento, afirmando que “las medidas provisionales presentan un fundamento preeminente, la necesidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales en que el imputado podría incurrir durante el transcurso del proceso”, aunque matiza: “excepcionalmente, la tutela provisional puede dirigirse incluso frente a terceros no imputados, como ocurrirá cuando así lo exija alguna de las finalidades descritas”.

¹⁴⁵ DAMIÁN MORENO, J; “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar”, en la obra colectiva *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004, pp. 91 a 111.

¹⁴⁶ Los trabajos de referencia se han limitado a los relativos a la tutela cautelar penal en el proceso penal español. Dado que el presente no es un análisis de derecho comparado, la protección del proceso en los distintos países europeos no ha sido estudiada con la profundidad necesaria para tomar en correcta consideración la doctrina elaborada a la luz de aquellos ordenamientos. Por la mayor proximidad en cuanto a tradición jurídica con la doctrina italiana, y la precedente influencia que en materia cautelar civil ejerció el estudio de CALAMANDREI, para el análisis de la tutela cautelar penal se han tomado en consideración los trabajos de ILLUMINATI (*La presunzione d’innocenza...; ob.cit.*), de DE LUCA (*Lineamenti della tutela cautelare penale...; ob.cit.*) y de APRILE (*Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2003), éste último, de carácter marcadamente descriptivo de los artículos 272 a 325 del *Codice di Procedura Penale*.

Una referencia panorámica a las principales posiciones doctrinales, españolas e italianas, sobre las medidas cautelares en el proceso penal, en ORTELLS RAMOS, M; “Para una sistematización...”, *ob.cit.*; pp. 441 a 445.

¹⁴⁷ ARANGÜENA FANEGO, C; *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, 1991, pp. 57 y ss.

Pedraz Penalva, quien en 1995 acometió el análisis de las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español¹⁴⁸.

Las mayores divergencias en el tratamiento dogmático de las medidas cautelares penales acostumbran a manifestarse, no respecto al fundamento sino explícitamente en relación con los fines de estas medidas. Se observa que, en los primeros trabajos, el debate sobre los fines se centra en asumir una concepción estricta de las medidas cautelares penales (por la que, las mismas, se limitarían a asegurar la ejecución de la sentencia firme) o una amplia (por la que, a la función anterior, habría que sumarle determinadas formas de aseguramiento del proceso de declaración penal)¹⁴⁹. No obstante lo anterior, las mayores incomodidades (aunque reina la escasez de divergencias) se manifiestan a la hora de ubicar o no la evitación de la reiteración delictiva, y por qué razón. En el presente trabajo, se ha preferido trasladar este último debate a la determinación del fundamento, pues aquella disyuntiva es, *de facto*, representativa de lo que en el plano civil se debate con mayor claridad: la atribución de un fundamento material o estrictamente procesal de la tutela cautelar.

La cuestión que se acaba de plantear es normalmente denunciada respecto a la prisión provisional: aunque existen otras medidas, previas a la condena, que se decretan con el fin de evitar la reiteración delictiva¹⁵⁰, las mayores objeciones a este fin se concentran en el tratamiento de la más clásica y gravosa medida cautelar. Estas refutaciones coinciden en afirmar (*I*) que la naturaleza material de este fin no se corresponde con el

¹⁴⁸ PEDRAZ PENALVA, E; *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985.

Finalmente, he de advertir que en el momento de cerrar este trabajo se encuentra pendiente de publicación un estudio de la Dra. BARONA VILAR sobre las medidas cautelares en el proceso penal, que se incluirá en la obra colectiva sobre reforma del proceso penal, editada por el CGPJ. Dado que dicho trabajo no es público todavía (con lo que he podido leerlo), las consideraciones que en él se efectúan no han sido incluidas en el que ahora presento.

¹⁴⁹ No es un debate idéntico al que se plantea en el orden civil, dónde la dicotomía se centra en el aseguramiento de la ejecución de la sentencia condenatoria o en la efectividad del derecho vulnerado. *Vid. infra*, Capítulo I § III.1.

¹⁵⁰ Así, por ejemplo, la privación provisional del permiso de conducir vehículos a motor (art. 529 bis); la clausura de la empresa, sus locales o establecimientos y la suspensión de actividades de la empresa, fundación o asociación (art. 129.2 CP).

fundamento procesal de la prisión provisional y además (2) que descansa en un claro presupuesto de culpabilidad¹⁵¹.

Por lo que se acaba de exponer, los términos del debate sobre la naturaleza de la prisión provisional son perfectamente trasladables al análisis del fundamento de la tutela cautelar penal. Pero para evitar el razonamiento circular que encierra la primera objeción expuesta, debe primero aclararse por qué la tutela cautelar penal no puede tener un fundamento material, no puede, en definitiva, ofrecer una protección *inmediata* del derecho penal. Quiere adelantarse que la clave para tal negación es la propia naturaleza jurídica del derecho penal, a la que cabe asociar la relación que une pena y proceso. El camino para llegar a esas conclusiones principiará con el intento de extrapolar el fundamento concreto de la tutela cautelar civil a la penal, preguntándonos: ¿puede ser el derecho a la tutela judicial efectiva fundamento de la tutela cautelar penal? Existe también otra vía por la que legislativamente se intenta atribuir funciones materiales a la tutela penal practicada con anterioridad a la sentencia condenatoria: esta vía es la de procurar anticipar la función preventivo-especial de la pena con la previsión de medidas que no pueden ser pena, pues no tienen como presupuesto la certeza de comisión delictiva¹⁵². Esta cuestión se abordará, en este trabajo, desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y, más específicamente, desde lo que se ha dado en llamar “justicia del motivo”¹⁵³.

¹⁵¹ Advierte GUTIERREZ DE CABIEDES la tautología del primer argumento, y la inviabilidad del segundo. Lo primero, en *La prisión provisional*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 58, y lo segundo en la misma obra, p. 111. Cabe señalar que el autor da por supuesto el fundamento procesal de la tutela cautelar penal, lo que le induce a situar la cuestión controvertida en la posibilidad que la prisión provisional sea “algo más” que una medida cautelar. Recuérdese que la ausencia de una teoría general de medidas cautelares penales tiene, entre sus efectos, la transposición de la construcción legal y doctrinal de la prisión provisional a casi la totalidad del resto de medidas de aseguramiento y prevención decretadas antes de dictar sentencia condenatoria: se extiende, por esta vía, la desnaturalización del género cautelar en materia penal. Por este motivo se aplaude un trabajo sincero sobre la naturaleza de la prisión provisional, como el referenciado en esta nota al pie.

¹⁵² En esta objeción subyace la relación entre *tratamiento y consideración* y, además, la que une a esta última con el *motivo* que permite al Estado practicar determinadas injerencias en las libertades individuales. Sobre las relaciones entre estos conceptos, *vid. supra*, Capítulo I § II.4.B.

¹⁵³ Recuérdese que “justicia del motivo” quiere expresarse la *racionalidad material* del motivo aducido por el Estado para practicar determinadas injerencias en las libertades individuales. Dicha racionalidad tiene como base concretas posiciones filosóficas, y se valora, en la tesis propuesta, a partir de la existencia de una “razón suficiente” y la noción aristotélica de “medianía” (*vid. supra*, Capítulo I § II.2 y .3.B).

Al respecto, sólo quiere advertirse, en este momento, que la prevención no es un cometido exclusivo de la pena, sino que esa función también puede ser aspirada por medidas educativas, sociales, económicas, urbanísticas, de inmigración, entre otras. En este trabajo, lo máximo que puede llegar a apuntarse (por

Tal planteamiento metódico obliga a exponer, con carácter previo, ciertas cuestiones de derecho material. De una parte, que el derecho a la *tutela judicial efectiva* sirva como primer parámetro de aproximación al fundamento de la cautela penal, exige la referencia expresa a la ausencia de derechos subjetivos, individuales, de carácter punitivo. De otra, la *anticipación* de los fines de la pena, previa pues a la sentencia de condena, encuentra como presupuesto analítico la determinación de ciertas relaciones que integran el sistema penal, así como algunas observaciones sobre las funciones de la pena. Permítaseme, en consecuencia, una breve referencia a estas cuestiones, a fin de mantener posteriormente un hilo expositivo exento de disertaciones que se alejan un tanto del objeto central de este trabajo.

1. Consideraciones previas de derecho penal sustantivo: ausencia de derechos subjetivos penales, relaciones de derecho penal y funciones de la pena.

Como se acaba de exponer, la doble vía de análisis del fundamento material de la tutela cautelar penal (tutela judicial efectiva y anticipación de los efectos de la pena) reclama una breve referencia, de un lado, al derecho penal sustantivo (cuyo manifiesto interés condiciona la acción penal y, por ende, el derecho a la tutela judicial efectiva afirmado en el mismo orden jurisdiccional) y, de otro, a las relaciones entre pena, proceso y delito, con el fin de clarificar, sólo a efectos de este trabajo, los presupuestos y condicionantes de la pena y sus funciones.

A) La ausencia de derechos subjetivos de carácter punitivo.

Es bien conocido que el derecho penal aparece con la progresiva aparición de delitos públicos y también progresiva usurpación de la *compositio*, derecho atribuido a la víctima. Desde entonces, pese a que el proceso tomó nuevamente la estructura del sistema acusatorio o contradictorio, el *ius puniendi* continúa siendo una potestad del Estado.

supuesto, sin que ello suponga desarrollar ni proponer conclusión alguna al respecto) son las variables bajo las que cabe valorar la prevención de delitos, mediante el orden punitivo, con anterioridad a la condena.

De hecho, el uso de la categoría *derecho* en el orden penal, desde la publicación de éste, queda restringida al sujeto pasivo del proceso: en este supuesto, se hace uso del vocablo para identificar, no unos derechos subjetivos en la acepción estricta de la expresión, sino un conjunto de *garantías* frente a la injerencia estatal. En la posición activa, el concepto derecho debe sustituirse por *potestad*: ni siquiera del Estado, titular del *ius puniendi*, se afirma un derecho a penar, sino una potestad, un poder para hacerlo¹⁵⁴. Al sujeto activo, sólo cabe reconocer una potestad para instar el ejercicio de dicho poder¹⁵⁵.

B) Relaciones de derecho penal: delito, pena y proceso.

Se ha señalado ya que la oposición dogmática al fin de evitar la reiteración delictiva atribuido a la prisión provisional se resume en un argumento que mezcla cuestiones sustantivas y adjetivas: se dice que esta función, claramente de prevención especial, lo es de la pena, y que la pena no nace sino con el proceso. No resulta extraño, pues, que la teorización sobre el fundamento de la cautela penal se encuentre fuertemente condicionada por estas dos cuestiones: cuándo nace la pena y la exclusividad de sus funciones.

Si el recurso a la doctrina procesal civil resultó relevante porque es en ella dónde se ha gestado la teoría de medidas cautelares, la dogmática penal material lo es por la inseparable relación entre pena y proceso. Constituye una idea común en la doctrina procesal que *no hay pena sin proceso*, máxima que se identifica normalmente con el principio de necesidad, integrado en el de legalidad¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Esclarecer el fundamento del *ius puniendi* fue uno de las principales ocupaciones de las escuelas penales italianas (que se afirman, por VON LISZT, BORETTINI o JIMÉNEZ DE ASÚA, entre otros, ya pertenecientes al pretérito): *¿tiene el Estado derecho a castigar?* Esa es inquietud recurrente desde que existe derecho penal. Puede leerse un interesante planteamiento de la misma, en forma de tesis, antítesis y síntesis, en JIMENEZ DE ASÚA, *Lecciones de derecho penal*, *ob.cit.*; pp. 18 a 22.

¹⁵⁵ Sobre un hipotético “derecho fundamental a la pena”, la posición mantenida por el TC y la evolución de esa misma doctrina jurisprudencial, vid. CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional.*; *ob.cit.* pp. 66 a 79.

¹⁵⁶ Así, DE LA OLIVA SANTOS, explica que “el ejercicio del llamado *ius puniendi* según los parámetros legales es un *deber* elemental del Estado. (...) Los procesos penales no son contingentes, sino necesarios. Quiérese decir que, siendo instrumentos esenciales de la efectividad del derecho penal y siendo dicha efectividad ordinariamente indeclinable, es de necesidad que se inicien y culminen todos los procesos penales que correspondan a todas las (aparentes) infracciones cometidas de los preceptos penales sustantivos.” (la cursiva es del autor), en *Derecho procesal penal*, Ceura, Madrid, 2003, p. 31.

La inescindible conexión entre medida cautelar y proceso, y de éste con la pena y el delito, nos obliga a abordar las relaciones esenciales que integran el sistema penal.

Lo que se pretende es llegar a una respuesta útil a la pregunta: el proceso penal ¿crea o confirma la pena?; en otras palabras: la pena, ¿nace con su previsión legal o con la sentencia condenatoria?¹⁵⁷ Los parámetros de la respuesta, sin duda, influirán en la posibilidad de atribuir a las medidas cautelares un ámbito material de protección.

La relación entre *pena* y *delito*, esto es, la previsión de una consecuencia asociada a la comisión de un hecho tipificado como delito o falta, constituye la propia configuración de la *norma penal*. Cuestiones hoy indisociables a la creación y configuración de la norma penal son las exigencias de legalidad y tipicidad.

Con esto, podría afirmarse que *la pena es impuesta por la norma penal sustantiva*, en tanto es ésta la que afirma qué consecuencia debe seguir a un determinado acto¹⁵⁸. Muestra de esto es que sólo la norma penal material puede determinar que, aún afirmada (constatada) la comisión del acto típico, no se imponga una pena (causas de justificación, de inimputabilidad y de inculpabilidad o exención)¹⁵⁹. La aserción anterior

Sobre la justificación histórica de la conexión entre pena y proceso, puede verse, por ejemplo, a GOLDSCHMIDT (*Problemas jurídicos y políticos.*; *ob.cit.*; p. 23 y 24), ARMENTA DEU (“Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995-II, p. 443 y ss.) o MONTERO AROCA (*Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 15 a 20).

¹⁵⁷ Distinta, aunque relacionada, es la cuestión relativa a la naturaleza, constitutiva o sancionadora, de la pena. Al respecto, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L; *Lecciones...*, *ob.cit.*; p.4.

¹⁵⁸ Debe precisarse que cuando en este apartado mencionamos la *pena*, nos referimos tanto a la clásica consecuencia asociada a la comisión de un acto delictivo, como a aquella respuesta prevista para el estado peligroso que eventualmente se presupone con la declaración de comisión delictiva (medida de seguridad).

Por otro lado, se están utilizando indistintamente los sustantivos *hecho* y *acto* en el texto principal: quiere con ellos expresarse toda aquella acción u omisión humana que incide (o no incide, en caso de omisión) en la realidad, de la manera que la norma penal prohíbe (u obliga, en las omisiones). Se reconoce, en consecuencia, cierta carencia de rigor en lo aleatorio de la denominación escogida: afirman voces acreditadas que “ser un *acto* (no un *hecho*) es el primer carácter del delito”. Con esto, JIMÉNEZ DE ASÚA descarta expresamente el uso del vocablo *hecho* para definir la conducta descrita en la ley penal (puesto que un *hecho* es todo acontecimiento de la vida) y utiliza en su lugar *acto*, que lleva implícita la voluntariedad y personalidad de la conducta tanto positiva como negativa; en *Lecciones ...*, *ob.cit.*; p. 136. Lo afirmado en el texto principal parece tener relevancia en una futura asunción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento: ¿los motivos de desvinculación de la acción penal, deben estar previstos en la ley penal sustantiva o formal? Una hipótesis sobre la incidencia del principio de oportunidad en la tutela cautelar penal, *vid. infra* capítulo IV § II.5.

¹⁵⁹ Esta afirmación puede provocar la aparición, en la mente del lector, de las cuestiones relativas a la naturaleza de la prescripción, amnistía e indulto, verdaderas causas de extinción de la responsabilidad criminal (art. 115 CP) y objeto de valoración judicial mediante los artículos de previo pronunciamiento (art 666 LECrim). Sobre esta cuestión, puede leerse, por ejemplo, la posición de GOLDSCHMIDT,

es matizable, en el sentido que la norma penal es la que *posibilita* la imposición de una pena: ésta es, pues, en la ley penal, una *posibilidad jurídica*.

Que la posibilidad de la pena se convierta en *realidad* depende de dos factores: (1) que haya existido un hecho «subsumible» en la norma y (2) que exista un sujeto con capacidad de discernimiento y de actuación, habilitado para realizar ese juicio de «subsunción»¹⁶⁰.

Este sujeto, que ha sido concretado en la figura del Juez, confirma la *procedencia* de imponer la pena. A su vez, la validez de esa confirmación se encuentra sujeta al respeto de un conjunto de normas que configuran el proceso. El proceso es, pues, el instrumento con que el Juez confirma la procedencia de imponer una pena.

Con la lógica que conduce la precedente argumentación, no resulta necesario acudir a una definición científico-jurídica de proceso para denotar el carácter productivo del mismo¹⁶¹: la pena (no el acto jurídico llamado delito ni su consecuencia) es producto

Problemas jurídicos y políticos..., *ob.cit*; pp. 37 y 38; ARMENTA DEU, T; *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991, pp. 206 y 207 o CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional...*; *ob.cit*; pp. 154 y ss. También ofrecen dudas de tipo semejante los criterios de desvinculación del principio de necesidad, esto es, los criterios de oportunidad.

¹⁶⁰ Precisamente, la necesaria intervención del juez para pasar de lo abstracto de la norma a lo concreto de su realización, es la ocasión en la que el juez realiza una auténtica labor de creación del derecho. Así lo defiende PUIG BRUTAU en una más que razonable exposición, partiendo de la máxima de HOLMES, para quien “generalizar es omitir” y después de apuntar que “es la realidad que se da en la vida, y no la prevista por el gran escenógrafo que es el legislador, la que es menester encajar en los términos abstractos de la norma”. Añade: “Al haber tenido que generalizar (*legislar es generalizar, ha explicado antes*) ha sido forzoso abreviar, esquematizar una realidad reflejada en el supuesto de hecho contenido en las normas. Por tanto, si generalizar es omitir y legislar es generalizar, juzgar es volver a añadir parte, cuando menos, de lo omitido. Esto es más exacto que contentarse con la falacia del verbo *anknüpfen*, en la que suele incurrirse cuando se habla de que para la eficacia de la ley basta que los hechos ocurridos en la realidad queden «subsumidos» en el supuesto de hecho previsto por la norma y al que la misma ha adherido (*angeknüpft*) determinada consecuencia. Semejante subsunción muchas veces es pura ilusión, pues se trata, en realidad, de una auténtica intervención creadora por parte del llamado intérprete”, en *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1951, pp. 178 y 179. Y lo transcribo a pesar de haber utilizado, en el texto principal que justifica esta nota, el sustantivo «subsunción». Quiere advertirse también que este nombre seguirá siendo utilizado a lo largo del presente capítulo, especialmente en la § III.2.A. Y esto porque el verbo «subsumir» es un claro referente en el lenguaje jurídico, con independencia de si el acto de someter un caso particular a una norma general es o no un acto de “creación jurídica”.

Lo anterior explica por qué la jurisprudencia no es tomada como elemento sobre el que definir y construir el fundamento de las medidas cautelares penales puesto que, en tanto abstracto, su construcción recorre el camino en sentido contrario a cómo actúa la jurisdicción. Para determinar el fundamento es necesario abstraer. Lo anterior también explicará que la jurisprudencia ocupe una posición preeminente cuando se aborde la aplicación del fundamento en el caso concreto, ya que, de acuerdo con la posición mantenida por ROIG DE ASÍS, el juez, en la labor de aplicación del derecho, realiza una función de creación normativa de carácter general que actúa como *ratio dicendi* de la decisión particular (*Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, *passim*).

del proceso, del que cabe afirmar, invirtiendo el orden de la proposición, que es el medio de producción de la pena¹⁶². El acto de producir una pena encuentra, en el proceso, su instrumento, y en la norma penal y el hecho real encuadrable en lo típico, sus materias primas¹⁶³.

De estas relaciones cabe extraer las siguientes ideas, relevantes para este trabajo:

1. Procede distinguir dos tipos de pena: la *pena-posibilidad* y la *pena-realidad*. La pena, en la norma penal, es sólo una posibilidad, que acaece una realidad tras el juicio de subsunción con resultado positivo¹⁶⁴.

2. El tránsito de la pena-posibilidad a la pena-realidad sólo es operable a través del *proceso*, cuyas normas regulan el modo cómo debe constatarse el hecho típico, que a su vez es presupuesto material de la pena. Según esto, la pena-realidad tiene un presupuesto material (la certeza del hecho típico) y un presupuesto formal (el proceso).

¹⁶¹ Entre las acepciones a la voz proceso, se incluyen las siguientes, sin duda significativas: Acción de ir hacia adelante; transcurso del tiempo; conjunto de fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial, en el *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 1838.

Acercando la definición al ámbito que nos ocupa, cabe decir que proceso es una “serie o sucesión jurídicamente regulada de actos tendentes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto”. La que se acaba de transcribir es de DE LA OLIVA SANTOS, (con otros), *Derecho Procesal. Introducción*, CEURA, Madrid, 1999, p. 36.

¹⁶² Lo expone ARMENTA DEU al señalar que “en la concepción de nuestro sistema procesal penal, y al contrario del derecho privado, el derecho penal carece de realidad concreta fuera de su proceso correspondiente. (...) El delito puede concebirse como un acto jurídico, pero su peculiar consecuencia, la pena (o medida de seguridad), necesita del proceso (...) en el (sentido) de que sólo en el proceso *se produce* y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar, en el ámbito penal”, en “Pena y proceso...”, *ob.cit*; p. 446. Como advierte la autora, en esta idea puede encontrarse la clave de buena parte de las relaciones entre derecho penal y proceso.

¹⁶³ Con esto se entiende la relevancia del hecho en el juicio de resolución penal. Y también se comprende que la norma penal es el criterio orientador del juicio y del proceso que realiza el juez penal.

¹⁶⁴ CARNELUTTI (cuya terminología no se ha seguido en el texto principal) añade a esta distinción una tercera acepción de pena. Al efecto, diferencia “esquema legal de la pena” (noción que de la pena se da en este o aquél artículo de la Ley) y “pena real”; dividiendo, nominalmente, la pena real en “pena-juicio” (la que sufre el sujeto pasivo del proceso desde el inicio de la instrucción y durante todo el juicio de cognición) y “pena-acción” (la expiación de la pena en la fase de ejecución). Con todo, pena-juicio y pena-acción son, según Carnelutti, “dos aspectos dialécticos de una real unidad”; en *La lucha del derecho contra el mal*, lección inaugural con que Carnelutti asumió la cátedra de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Roma. Puede encontrarse este texto en la edición argentina de *Lecciones sobre el proceso penal*, traducida por Santís Melendo, y publicada en Buenos Aires por la Editorial El Foro, en 2002 (p. 37, 38 y 39). En la misma idea incide en el volumen I de sus *Lecciones...*, *ob. cit*; p. 69, 71 y 72.

3. En consecuencia, los parámetros que *posibilitan* la imposición de una pena (sus presupuestos materiales) deben estar contenidos en la *norma penal*, mientras que las reglas que rigen la *realización* de esa posibilidad (presupuestos formales) deben estar contenidas en la *norma procesal*.

4. Además de lo anterior, parece que todo acto de *defensa criminal* debe estar previsto en la *norma penal sustantiva*, mientras que todo acto de *defensa procesal* debe estarlo en la *norma penal adjetiva*. La previsión de ese acto incluye, de acuerdo con la posición mantenida en la presente tesis, tanto el *tratamiento* a imponer como la *consideración* que posibilita ese tratamiento. De este modo, si políticamente se asumiera que la *defensa* (criminal o procesal) se basara en una *peligrosidad* (criminal o procesal), también esa *peligrosidad*, en tanto es la *consideración* que fundamenta el acto de defensa, ha de ser definida por la norma correspondiente (sustantiva o adjetiva)¹⁶⁵.

Con esto se introduce por primera vez en este trabajo el concepto «peligrosidad». Pese a que la peligrosidad ocupará una posición preeminente en el sistema de medidas cautelares penales, quiere ahora señalarse que la punición de estados peligrosos comporta un cambio, fundamental, en la relación pena-delito¹⁶⁶ y, técnico, en la vigencia del principio de legalidad y su “precipitado técnico”, la tipicidad¹⁶⁷.

5. La conjunción de lo sostenido en los dos puntos precedentes permite afirmar, en éste, que si bien la “ubicación normativa” de la consideración y el tratamiento asociado a un determinado acto de defensa dependen del concreto objeto a defender, las reglas relativas a la *forma* en que ha de afirmarse la consideración e imponerse el tratamiento han de estar previstas en la ley adjetiva o procesal.

¹⁶⁵ Sobre el contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal, *vid. infra* capítulo VI § I.2.C.b.

¹⁶⁶ Parece claro que esto sucede cuando se impone una medida con fundamento material a un sujeto cuya peligrosidad criminal se presupone antes de que se haya declarado la certeza del hecho típico. No supone dicho quebranto, en cambio, la imposición de una medida de seguridad post-delictual, entendiendo como tal aquella que sí tiene como presupuesto la declaración de certeza de un hecho delictivo. Al respecto, *vid. infra*, nota al pie 198.

¹⁶⁷ La expresión entrecomillada es de BETTIOL, como afirma RODRIGUEZ MOURULLO en el comentario a la voz: “Legalidad (principio de)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1978, tomo XIV, p. 887.

C) Funciones afirmadas de la pena. Especial consideración a la distinción entre efectividad y funcionalidad de la pena.

Con las teorías de las funciones de la pena se ha intentado justificar la aplicación del castigo sobre el hombre. La aparición de las mismas no puede dissociarse de la coyuntura histórica en que se formulan y, en conjunto, las distintas funciones atribuidas al castigo tienen una virtualidad escalonada. Se han afirmado como funciones de la pena la retribución, la prevención general y la prevención especial. Se apuntará *infra*, puramente como constatación de un dato objetivo y sin pretensión de fijar (ni siquiera proponer) una nueva categoría, un cambio en la función de la pena cuando ésta se fija en referencia a una víctima determinada.

Con todo, e integrando algunas de las conclusiones formuladas en el apartado precedente, cabe afirmar que el único fin atribuible a la pena-posibilidad (la única que existe en el momento en que se acuerdan medidas cautelares) es el de prevención general. Cuando éste falla, porque se ha constatado que la prevención general no ha funcionado respecto al sujeto condenado, cabe la retribución (mediante la imposición de los efectos materiales de la pena) y la prevención, especial sobre el que no funcionó la general, y general sobre los que sí.

Entonces, de todas las funciones afirmadas de la pena, sólo la prevención general es predicable tanto de la pena-posibilidad como de la pena-realidad. Retribución y prevención especial, en cambio, sólo pueden ser afirmadas como funciones de la pena-realidad, por cuanto la contingencia de esos efectos se encuentra directamente vinculada a la ejecución de la consecuencia jurídica del delito¹⁶⁸.

Finalmente, es preciso añadir un último (pero importante) matiz, respecto a las funciones de la pena: con el mismo pretendo distinguir de algún modo (1) los efectos directa y meramente materiales de la ejecución de una pena, de (2) las utilidades, directas o indirectas, que con aquella ejecución pretenden conseguirse. En tales términos identificaremos, respectivamente, los *efectos* y la *función* de la pena.

¹⁶⁸ La mejor referencia acerca del discurso y exposición de las teorías de la pena es sin duda la de JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1950, vol. 1. Resulta interesante también el ya citado trabajo de ARMENTA DEU, "Pena y Proceso...", *ob.cit; passim*.

Si bien el sustantivo «efecto» cuenta entre sus acepciones con la de “fin para que se hace algo”¹⁶⁹, la distinción propuesta implica considerar, para el presente estudio, un uso distinto del vocablo que lo asimile al *tratamiento* dado al sujeto pasivo con la ejecución de la pena. Así, se entenderá por «efecto» de la pena aquella consecuencia material provocada directamente por la ejecución de la misma, su objeto material si se quiere: por ejemplo, el efecto de la pena de prisión es el encarcelamiento del reo (la privación de su libertad ambulatoria, por consiguiente); el efecto de la pena de multa es la mengua del patrimonio del condenado, al tener que satisfacer una obligación pecuniaria periódica; el efecto de la pena que prohíbe ejercer el sufragio pasivo es la limitación del derecho reconocido en el art. 23.2 CE, etc.

El *fin* o *función*¹⁷⁰, en cambio, es una tendencia, aquello que se persigue con la imposición y ejecución de la pena. Que el fin se consiga (que la pena cumpla su función, en consecuencia), depende, sí, de la configuración de la misma pena, pero también de otras variables.

Si el *efecto* de la pena es la privación o limitación de determinados derechos, la *función* o *fin* se identifica con lo que, con esa privación o limitación, pretende conseguirse. Esto es, con el *efecto* (p. ej: la privación de la libertad ambulatoria) se pretende conseguir un *fin* (p. ej: retribuir, coaccionar psíquicamente a los miembros de la comunidad para que no delincan o evitar que el sujeto condenado continúe cometiendo ilícitos penales). Pero que todos esos fines lleguen a lograrse no depende sólo de la *configuración del instrumento* ideado para ello (p. ej: la pena), sino también de cómo se aplique e incluso de *variables totalmente ajenas al mismo* (p. ej: convicciones morales, usos sociales, tratamiento informativo del fenómeno criminal, mecanismos psicológicos individuales y colectivos, etc.).

Tras estas precisiones de derecho penal, es el momento de volver al tratamiento del fundamento cautelar penal, momento en que se integrarán las distintas consideraciones realizadas hasta el momento.

¹⁶⁹ VOZ: “Efecto”, en el *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 865.

¹⁷⁰ Sobre la relación entre fin, fundamento y tratamiento, *vid. supra* capítulo I § II.4.B. Sobre la relación entre fin y función, *vid. infra* capítulo III § I.1. Allí se dirá, más o menos, que el fin es la expresión concreta de la función. Un instituto cumple su función cuando logra su fin. Si el fin, la intención y utilidad práctica con que se prevé un instituto, no está siendo conseguido, entonces puede decirse que ese instrumento no cumple su función, o que es disfuncional.

2. Tutela judicial efectiva y tutela cautelar penal.

En las últimas páginas del capítulo anterior se concluyó que el fundamento material de la tutela cautelar civil se integra en la exigencia de ofrecer una *tutela judicial efectiva*, cuyo contenido descansa, en el fondo, en el carácter privado de los derechos e intereses sometidos a la tutela jurisdiccional. También se observó que el aseguramiento de la eficacia de la sentencia estimatoria requería, en ocasiones, anticipar los efectos materiales de aquella eventual resolución. Ambas cuestiones recobran ahora protagonismo: aunque se quiera huir del recurso a esquemas civilistas, resulta inesquivable admitir que los términos en que se desarrollaba el debate en el plano civil se reproducen en el penal cuando se intenta dotar a la cautela de este género de un fundamento material¹⁷¹.

La tutela judicial efectiva es un derecho reconocido al justiciable, en tanto se le atribuye la facultad de exigir a los tribunales una determinada prestación en garantía y defensa de sus *derechos e intereses legítimos*. La solicitud de esa prestación, a la que los órganos jurisdiccionales vienen obligados, se ha denominado *acción*¹⁷². El alcance de la misma determinará qué pronunciamiento podemos exigir a la jurisdicción respecto al interés o derecho sometido a su protección. Los conceptos «acción» y «derecho o interés legítimo» son pues los que condicionan el contenido y efectos del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷³. En consecuencia, el análisis de ambos en el ámbito punitivo es

¹⁷¹ Y, curiosamente, aún cuando no se pretende defender tal fundamento: así le sucede a DAMIÁN MORENO, quien no duda en exponer que “al margen de las consideraciones de política criminal que puedan hacerse (...) lo verdaderamente importante ahora es poner de manifiesto el hecho de que hoy en día no puede llevarse a cabo un estudio de este tipo de medidas, sobre todo de las que afectan a la libertad personal, prescindiendo de su *naturaleza estrictamente cautelar*” (antes había afirmado el autor que “afortunadamente, en la actualidad, todo el mundo sabe que las medidas cautelares sólo pueden adoptarse en función de razones estrictamente procesales”). Continúa: “En este orden de consideraciones *es fácil suponer que la doctrina no tardaría mucho tiempo en trasladar al proceso penal las categorías elaboradas en el proceso civil*”, en “El sistema de tutela...”, *ob.cit.*; pp. 100 y 101. Él mismo, de hecho, construye su discurso sin apartarse de los esquemas civilistas.

¹⁷² Afirma DE LA OLIVA SANTOS que “... sería perfectamente sostenible la obligación del Estado (...) de otorgar la tutela jurisdiccional a quien tenga derecho a ella. Derecho del justiciable y obligación (del Estado) serían correlativos”, en *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 31.

¹⁷³ “Habiéndose justificado que el concepto de *pretensión* como objeto del proceso es aplicable a sus distintos tipos, conviene analizar los presupuestos de la misma, toda vez que, como han puesto de relieve tanto JAMES GOLDSCHMIDT como GÓMEZ ORBANEJA, existe en la relación de la pretensión y el derecho que se afirma notables diferencias entre el proceso penal y el proceso civil.” ARAGONESES ALONSO, P; *Proceso y Derecho Procesal*; EDERSA, 1997, p. 349. Este mismo autor, tras presentar la concepción carnalutiana de *interés*, añade: “El titular (del interés) es el que tiene acción para pretender la tutela jurídica. Y así es como puede encontrarse, a juicio de GÓMEZ ORBANEJA, el enlace entre acción

presupuesto necesario para intentar fundamentar la tutela cautelar penal en el derecho reconocido en el artículo 24.2 CE¹⁷⁴.

A) La acción penal como *ius ut procedatur*.

Cabe comenzar advirtiendo que el ámbito objetivo del derecho a la tutela judicial efectiva no se circunscribe al proceso civil, sino que se predica también del penal. En este sentido, el TC ha entendido, “en una clara interpretación extensiva del precepto constitucional, que el derecho a la tutela judicial efectiva se ostenta no sólo cuando en el proceso se hacen valer derechos o intereses *sustantivos*, sino también cuando lo que está en juego son derechos o intereses *meramente procesales* a los que no subyace ningún derecho sustantivo, como, por ejemplo, sucede en los casos de ejercicio de la acción penal”¹⁷⁵. Esta aserción, si bien admite la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable en el orden penal, también patentiza la ausencia de derechos subjetivos de carácter punitivo, lo que condiciona, sin duda, el contenido de aquel derecho cuando se predica del actor penal¹⁷⁶.

y derecho subjetivo; no es que para tener acción haya que tener derecho subjetivo, sino que para tener la primera se necesita tener el interés al que corresponde el derecho subjetivo pretendido”. No puede terminarse esta referencia sin añadir que “por el contrario, en el proceso penal, el interés (*que, siguiendo a GUASP, había definido como personal, objetivo y directo*) es irrelevante, puesto que, establecidos los supuestos que han de ser penados, en todo caso en que se den los hechos tipificados en la norma, existe una presunción *iuris et de iure* del interés de la colectividad en su castigo”, en *ob.cit. supra*, p. 350.

Sobre el concepto de “pretensión”, *vid.* GUASP DELGADO, J; *La pretensión procesal*, Civitas, 1985. Sobre la noción de “causa” *vid.* el mismo autor “Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales”, en *Revista de Derecho Procesal Español*, 1948, pp. 403 a 430.

¹⁷⁴ Puede leerse a DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho...*, *ob.cit.*; pp. 108 a 122. Se señala en esta obra, entre otros extremos, que (1) no existe un derecho del Estado frente al Estado a una tutela jurídica, ni (2) puede poseer el particular el derecho subjetivo público a que se castigue a quien sea culpable y responsable de una conducta criminal (pp. 112 a 113).

El mismo autor definió la acción penal “como el acto por el que se ejercita un derecho a ser parte acusadora (en el supuesto de la acusación particular) o se cumple un deber de acusar”, en *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972. En *Sobre el derecho...*, el autor no rectifica esa conceptualización, pero sí se pregunta acerca de la posibilidad de encontrar un concepto uniforme de acción penal que vaya más allá del acto (*ob. cit.*; p. 120).

Sobre el contenido de la acción, *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre el derecho...*, *ob.cit.*; *passim*.

¹⁷⁵ Con estas palabras expone la doctrina constitucional DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en “Artículo 24. Garantías...; *ob.cit.*, p. 30.

¹⁷⁶ Aunque no siempre las previsiones de la legislación procesal son coherentes con dicha ausencia de derechos subjetivos penales, lo que sucede normalmente bajo el auspicio formal del principio de igualdad de armas procesales y del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho de la acusación a recurrir en apelación sentencias absolutorias es un buen ejemplo de la situación descrita, y los problemas que la misma genera, un indicativo, en mi opinión, de la incoherencia que subyace entre ese derecho y el carácter público del *ius puniendi*. Sobre dicho derecho a recurrir de las partes acusadoras, *vid.* VEGAS TORRES, J; *Presunción de inocencia...*, *ob.cit.*; pp. 197 y 198, así como CALDERÓN CUADRADO,

En efecto, la ausencia de derechos subjetivos, de carácter material, en el orden penal ha sido afirmada en numerosísimos momentos y lugares: ningún sujeto (ejercite o no la acción penal) ostenta la titularidad de un derecho a castigar, de hecho, ni siquiera posee el derecho a que el Estado castigue. Por este motivo se ha llegado a sostener la invalidez de la noción «acción penal»: entendida la acción como el mecanismo de transposición de un derecho privado a una exigencia de protección jurídica, si no pueden afirmarse derechos subjetivos penales, tampoco podrá sostenerse una exigencia de protección jurídica de los mismos¹⁷⁷.

Cierto es que si el interés es condición de todas las acciones¹⁷⁸, antes de negar la acción penal cabría oponer que el mantenimiento de la paz social es un interés legítimo del pueblo. Pero es sabido que el mantenimiento de la paz social, cuando debe conseguirse mediante la violencia sobre un miembro del pueblo, ha sido depositado en el Estado, que ejerce esa violencia, si procede, mediante la aplicación de una sanción, impuesta en un proceso llevado a cabo por órganos públicos. La cuestión que innegablemente sigue a ésta es si aquella cesión se ha hecho en forma de derecho o de obligación¹⁷⁹. No obstante, éste es un debate infructuoso en la determinación del *fundamento* de la tutela cautelar penal, pues una y otra opciones no condicionan la razón que justifica este tipo de medidas, sino que, a lo sumo, influyen en la configuración de la persecución de los hechos que revisten carácter de delito. Pero parece claro que, ejercitada esa persecución, como opción o como exigencia, deben existir mecanismos para garantizar

MP; *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005, pp. 174 y ss. Con esta monografía, la autora de referencia consagra su calidad de especialista en el recurso de apelación contra sentencias penales, de la que son clara muestra dos trabajos monográficos anteriores (*Apelación de sentencias en el proceso penal abeviado*, Comares, Granada, 1996; y *La prueba en el recurso de apelación penal*, Tirant lo Blanch, València, 1999) y tres artículos de revista dedicados a la materia.

¹⁷⁷ Esta es la posición sostenida por GOLDSCHMIDT, J; que niega el concepto acción penal y lo sustituye por acusación, no siendo ésta más que una creación artificial del Estado de Derecho que en nada influye en la titularidad del *ius puniendi* sino, acaso, en su ejercicio. Al respecto, *vid. Problemas jurídicos y políticos...*, *ob.cit*, pp. 25 a 31.

¹⁷⁸ Se alude en este momento a la causa de un acto procesal, a su porqué jurídico, que se identifica, cuando esta tipificado, con la norma que lo hace (así sucede con la norma penal) y cuando no, con el interés del autor del acto, entendido este interés como una noción de derecho, no de hecho. Se llega, con esto último, al interés legítimo, que debe ser personal, objetivo y directo (GUASP). *Vid.* también *supra*, nota al pie 173.

¹⁷⁹ Esto es, si con la aparición del interés público representado por la comisión de un hecho aparentemente delictivo, el Estado *debe* perseguir el delito (en tal caso, constituiría una *obligación*) o *puede* o no hacerlo, incluso por la vía de negar que exista interés público en la persecución de la conducta tipificada (en tal caso, el *ius puniendi* constituiría un *derecho* el Estado).

la viabilidad de la misma¹⁸⁰. Sí modifica el debate sobre el fundamento de la tutela cautelar penal, en cambio, el reconocimiento de derechos subjetivos de carácter penal: si éstos se afirman, entonces no cabe sino sostener también un derecho a la protección jurídica de los mismos, lo que traslada el análisis de la tutela cautelar penal a un debate similar al que se ha presentado en el orden civil, aunque con importantes matices derivados de la vigencia de la presunción de inocencia¹⁸¹.

Así las cosas, debe afirmarse que el contenido de la acción en el proceso penal se limita a un *ius ut procedatur*, sin que pueda exigirse, dada la ausencia de derechos subjetivos penales, una resolución “favorable” a quien insta el proceso, esto es, una sentencia condenatoria. Pero es que, además, la propia configuración del proceso imposibilita incluir en el contenido de la acción penal el derecho a una resolución sobre el fondo, y esto porque la resolución sobre el fondo viene condicionada por la vigencia de los elementos esenciales del juicio, de los cuales no dispone el sujeto que insta la tutela penal, en clara coherencia con la ausencia de derechos subjetivos¹⁸².

Con todo, ha de afirmarse que la tutela judicial efectiva en el orden penal circunscribe sus efectos al ámbito estrictamente procesal por lo que, si se quiere tomar el derecho del 24.2 CE como fundamento de la tutela cautelar penal, éste debería por fuerza adjetivarse como meramente procesal.

B) ¿Garantía de la efectividad o de la funcionalidad de la pena?

Se acaba de ver lo que sucede cuando se analiza el fundamento de la tutela cautelar penal desde la perspectiva de la acción: la negación de un fundamento material de aquella tutela. Parece que, por razones lógicas, a un resultado parecido debería llevarnos

¹⁸⁰ Sobre estos mecanismos, *vid. infra*, en este mismo capítulo, § III.1 y, más extensamente, en capítulo III, § IV.2.B. Matizando el texto principal, se pantea en el capítulo IV § II.5 la incidencia, sobre el régimen cautelar, de la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal. Puede adelantarse, al respecto, que la vigencia de ese principio no incide directamente en el *fundamento* de las medidas de defensa del proceso, esto es, en la *consideración especial* que faculta el recurso al género cautelar, pero sí en la *consideración general* que afirma la existencia de un proceso y de un sujeto pasivo del mismo.

¹⁸¹ Al respecto *vid. infra*, en este mismo capítulo, § II.3 i .4, así como capítulo III, § III.4.C. Sobre la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso, *vid. supra*, capítulo I § II (especialmente epígrafe 4).

¹⁸² Sobre los condicionantes o requisitos para emitir una resolución judicial sobre el fondo, *vid. infra*, en este mismo capítulo, § III.2.A.

la transposición de la función afirmada de las medidas cautelares civiles: garantizar la efectividad de la sentencia estimatoria.

Dejemos ahora de lado el problema sobre la efectividad de la sentencia, planteado en el orden civil, para adecuar, con la siguiente pregunta, el debate al orden penal: las medidas procesales previas a la sentencia de condena, ¿deben asegurar la *efectividad* o la *funcionalidad* de la pena?

Se pretende con esto analizar el intento de cohonestar la prevención de delitos con el género cautelar, intento que pasa por pretender que las medidas cautelares “aseguren” una de las funciones afirmadas de la pena¹⁸³.

Retomando la distinción presentada *supra* entre *efecto* y *función* de la pena¹⁸⁴, cabe ahora, sin duda, anticipar que las medidas cautelares sólo pueden *asegurar* los *efectos* de la pena, pero no sus *funciones*.

Se dijo que la función es una tendencia, algo que pretende conseguirse, una justificación de la pena predicable con carácter general. Y se dijo también que la funcionalidad de la pena depende tanto de su concreta configuración material (efectos) como de otras variables ajenas a la misma. Con independencia de esas otras variables, resulta patente que la ejecución material de la pena, si procede, es condición *sine qua non* para su funcionalidad. Un acto consecuente con la relación entre *pena* y *proceso*, obliga a afirmar que las medidas cautelares sólo pueden *asegurar* los *efectos* de la pena, pero no su funcionalidad, básicamente porque (1) se intentaría asegurar la funcionalidad de algo que todavía no existe y (2) se utilizaría un mecanismo del todo insuficiente para influir sobre las distintas variables que inciden en la funcionalidad de la pena. Ambas objeciones se muestran patentes en el tratamiento individualizado de la relación entre *proceso* y *fin* de la pena:

1) Se dijo que la *prevención general* es el único fin atribuible a la pena-*posibilidad* (recordemos, la única que puede afirmarse antes de la sentencia de condena). Pero la funcionalidad de la pena-*posibilidad* se pretende con carácter previo

¹⁸³ Debe tenerse en cuenta, al efecto, que las medidas cautelares se acuerdan en momentos anteriores a la firmeza de la sentencia de condena, por lo que en el momento de su adopción no cabe todavía hablar de certeza del hecho delictivo, ni de culpabilidad. En consecuencia, no declarada (o no firme dicha declaración) la certeza de conducta típica ni de culpabilidad del sujeto, sólo puede afirmarse la pena en cuanto a posibilidad, siendo aquellos pronunciamientos necesarios para la vigencia de la pena-realidad. Para la distinción entre pena-*posibilidad* y pena-*realidad*, *vid. supra*, en este mismo capítulo, § II.1.B.

¹⁸⁴ *Vid. supra*; en este mismo capítulo, § II.1.C.

al proceso (incluso independientemente de él, diríase), y no vuelve a tener incidencia alguna hasta la afirmación de la pena-realidad. A lo sumo, podría aducirse que la incoación del proceso penal y su desarrollo favorecen de algún modo los efectos de la prevención general, pero finalmente la asociación psicológica entre la aflicción de un mal con la comisión de hechos delictivos, no se produce hasta la sentencia de condena. En este supuesto, además, se percibe la segunda de las objeciones apuntadas *supra*: la prevención general no depende sólo de la tipificación de una conducta, sino de distintos mecanismos psicológicos ajenos al propio imputado, motivo por el que, recordemos, fue desechada la mitigación de la alarma social como fin de la prisión provisional¹⁸⁵.

2) La *retribución* es uno de los fines atribuibles sólo a la pena-realidad, y quizás el que depende en menor medida de condicionantes ajenos a la propia ejecución material de la pena. La retribución se asocia al castigo, y el castigo se identifica con las privaciones de derechos a la que se ve sometido el condenado. En consecuencia, podría afirmarse que la propia ejecución material de la pena, de acuerdo con su configuración, conlleva la retribución, el castigo, “el precio que hay que pagar” por el mal infligido con la conducta delictiva. No obstante, también esa percepción depende de su asunción a través de distintos mecanismos psicológicos, esta vez sí, del sujeto sobre el que se aplica la pena.

3) La *prevención especial* es también uno de los fines sólo atribuibles a la pena-realidad. Como con la retribución, podría parecer que también la sola ejecución material de la pena, de acuerdo con su configuración, basta para evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Pero esta afirmación ha de ser cuestionada, y no sólo respecto a supuestos claros, como la multa, en que la sola ejecución material de la pena no evita *per se*, la reiteración delictiva, sino respecto a otros de los que, en principio, podría asimilarse efectividad y funcionalidad. Tomemos como ejemplos la pena de prisión y la de prohibición de conducir vehículos a motor. La realidad ilustra que, en estos supuestos, ni siquiera el exquisito respeto a la configuración de la pena y a sus actos materiales de ejecución puede asegurar el fin de prevención especial: baste advertir la comisión de ilícitos penales dentro del presidio, o durante los permisos penitenciarios, o la realización de conductas delictivas contra la seguridad en el tráfico, aún habiéndose privado materialmente el permiso de conducción y retenido el vehículo. Ni siquiera los mecanismos de control difuso, que permiten localizar en todo momento al sujeto

¹⁸⁵ Por todas, STC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3 y especialmente 4.

infractor, pueden asegurar la prevención especial, impidiendo la reiteración delictiva¹⁸⁶. Y esto porque las circunstancias que influyen en la conducta delictiva no se agotan con el temor a un castigo certero, sino que numerosas causas sociales, psicológicas, volitivas (e incluso azarosas) influyen en la comisión de delitos¹⁸⁷. Tales condicionantes demuestran la necesidad de abordar la prevención de delitos desde focos muy distintos, y prioritarios, a la represión.

Con todo, parece que las medidas cautelares pueden *asegurar* la existencia de aquello que se pretende funcional (la ejecución material de la pena-realidad), pero no la misma funcionalidad, que, se ha visto, depende en primer término de aquélla ejecución, pero también de mecanismos psicológicos y sociales varios: desde esta perspectiva, cabe afirmar que ni siquiera la misma pena puede asegurar su funcionalidad. Dicho esto, ¿si la pena no puede asegurar su funcionalidad, como vamos a exigir a las medidas cautelares que lo hagan?

Conviene quizás aclarar a qué me refiero cuando hablo de “asegurar la funcionalidad”. Recurriendo de nuevo al uso común del vocablo (que nos deriva a “funcional”, por cuanto atribuye esa cualidad) podemos afirmar que cuando una técnica (y la creación normativa lo es) se adjetiva como funcional, se expresa que aquélla ha sido eficazmente adecuada a su fin¹⁸⁸, esto es, que ha sido correctamente diseñada para perseguir una determinada función. Por tanto, vemos que la funcionalidad es una cualidad intrínseca a aquello de lo que se predica. Motivo de más para negar que algo distinto a la propia configuración de la pena pueda asegurar su funcionalidad. Pese a dicho carácter intrínseco y precisamente porque el derecho no es un fenómeno aislado de lo social, no cabe duda que existen elementos externos que influyen en la capacidad preventiva de la pena, pero tampoco estos elementos pueden ser “controlados” mediante la tutela cautelar.

¹⁸⁶ Una breve mención a los mecanismos de control difuso, *vid. infra*, capítulo V § II.3.

¹⁸⁷ En ningún momento se pretende con esta última aserción criminalizar determinadas condiciones y clases sociales, estatus económicos o simples sentimientos o valores. Lo relevante para la punición ha de ser el hecho, la acción: el *acto* subsumible en un tipo penal es condición necesaria para la condena, de otro modo, no se juzgarían conductas sino valores. Aunque lo valorativo está presente en el enjuiciamiento (un juicio es una emisión de valor), no lo está (al menos no debería estarlo) en forma de objeto.

¹⁸⁸ VOCES: “funcional” y “funcionalidad”, en el *Diccionario de la Lengua...; ob.cit;* p. 1098.

Por lo anterior, cuando en este trabajo se habla de *asegurar la funcionalidad* me refiero al acto de *garantizar* que una técnica (la pena, por ejemplo) va a lograr el fin para el que ha sido creada.

En definitiva, si bien no puede afirmarse que las medidas previas a la condena y acordadas para evitar la reiteración delictiva *aseguran* la funcionalidad de la pena (porque es algo que no se puede asegurar), sí debe admitirse que la *anticipan*.

La anticipación de la función de la pena equivale, de hecho, a un cambio en la *consideración* exigida al Estado para perseguir, mediante la limitación de derechos individuales, un determinado fin¹⁸⁹. Si para retribuir o prevenir la comisión de delitos por parte de un concreto sujeto, mediante la injerencia en las libertades que supone la pena, se estima necesario acreditar una consideración de culpabilidad cierta (sentencia condenatoria); «anticipar» significa que no va a exigirse, para estos fines, esta consideración, sino un más laxa¹⁹⁰.

Al respecto, cabe observar que sólo son susceptibles de anticipación aquellos fines atribuidos en exclusiva a la pena-realidad, pues la prevención general se persigue ya con la misma promulgación de la norma penal, aunque esta coacción psíquica encuentre refuerzo en la certeza del castigo. Se quiere señalar, al respecto, que:

1) En cierto modo, y de acuerdo con la relación que une pena-proceso-delito, parece que, de todos los fines de la pena, el de prevención general es el único al que puede coadyuvar la medida cautelar penal y esto, asegurando la certeza del castigo, en otras palabras, asegurando que va a ser impuesta y ejecutada una pena, si legalmente procede.

¹⁸⁹ Se habla en el texto principal de un *cambio* en la consideración exigida para perseguir, mediante la injerencia en las libertades individuales, la prevención especial. Obviamente, tal posición habría de justificar que en otro momento fue distinto. Tampoco el sentido del cambio es absoluto: Observado desde determinadas perspectivas históricas, puede decirse que la prevención mediante la represión es ahora más “tardía” (*vid.* al respecto, los antecedentes más remotos o indirectos de la peligrosidad como fundamento de la injerencia del poder en las libertades del hombre, en ROMEO CASABONA, CM; *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Bosch, 1986, pp. 101 a 103 y la bibliografía allí citada). Pero observado desde los más estrictos postulados teóricos del liberalismo, puede convenirse que la prevención especial antes de la sentencia de condena supone un avance del momento para dicha función y la permisión de una consideración más laxa. He aquí una muestra de la relevancia del contexto histórico que se toma como perspectiva de la comparación.

¹⁹⁰ Sobre las consideraciones y el trato dispensado por el órgano judicial al sujeto enjuiciado, *vid. supra*, capítulo I § II.4.A.

2) Resulta cuanto menos curioso, que de los dos fines susceptibles de *anticipo* (retribución y prevención especial) sólo está vetada la anticipación del primero: la retribución¹⁹¹. Pero, ¿por qué admitir un trato diferente, si en los dos supuestos se está anticipando una función de la pena-realidad, con anterioridad a la existencia de ésta? Si para responder a esta pregunta se aduce que la retribución sólo es admisible previa certeza de culpabilidad penal, y que para la prevención de acciones delictivas bastan indicios suficientes de peligrosidad criminal, entonces debe aceptarse que determinadas medidas previas a la condena cumplen una función de prevención especial que no requiere la certeza de comisión delictiva. Que esto se pretenda hacer desde el proceso asegura como mínimo la aplicación de la medida preventiva sobre alguien en quien recae *algún indicio* de comisión delictiva. Deviene en estos casos el proceso penal, además de un instrumento de realización del derecho, un medio de prevención de delitos, función compartida con la pena y otras medidas de carácter económico, asistencial y educativo. Que esa prevención se intente, a diferencia de los métodos asistenciales y educativos, mediante la intromisión del Estado en las libertades individuales, es lo que plantea mayores objeciones a la prevención pre-condena. En última instancia, se trata del alcance y motivos que justifican la injerencia estatal sobre la esfera de libertad del ciudadano. A esto dedicaremos algunas líneas en breve, al hilo del análisis de la presunción de inocencia y el fundamento material de la tutela cautelar penal. Entonces se observará que la cuestión se reconduce a la «justicia» del motivo o razón por la que se realizan determinadas injerencias en las libertades del hombre, esto es, a un asunto político-ideológico.

Antes, no obstante, se estima procedente una breve recapitulación de lo dicho hasta el momento respecto a la relación entre tutela judicial efectiva y tutela cautelar penal.

C) Resultados del análisis precedente: negación de un fundamento material de la tutela cautelar penal e inconveniencia de atribuirle uno procesal tomando como base la tutela judicial efectiva.

De lo dicho en los apartados anteriores cabe extraer dos conclusiones básicas:

¹⁹¹ Que la prisión provisional no tenga carácter retributivo: esa es la condición principal aducida por el TC (se ha advertido en el capítulo precedente) para considerar respetado el derecho a la presunción de inocencia.

1) Si se quiere ser coherente con la relación que une delito, pena y proceso, debe defenderse que la medida cautelar no es un instrumento posible ni apto para *asegurar* las funciones de la pena-realidad. Esto veda toda posibilidad de asumir un fundamento material de la tutela cautelar penal. A lo sumo, lo único que puede hacer una medida cautelar para asegurar las funciones de la pena es garantizar, cuando proceda, el presupuesto básico para el cumplimiento de esas funciones: la declaración de procedencia y ejecución material de la pena. Con esto, nos situamos nuevamente en la protección cautelar de naturaleza estrictamente procesal. Y,

2) La ausencia de derechos subjetivos y la configuración de la acción penal como un *ius ut procedatur* impiden también afirmar la naturaleza material de la tutela cautelar penal. En consecuencia, si se toma como principio justificativo de la tutela cautelar penal el derecho a la tutela judicial efectiva, cabe afirmar también un fundamento procesal de las medidas objeto de este estudio.

Pese a que puede afirmarse un fundamento netamente procesal de la tutela cautelar penal a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, ésta resulta una operación insegura y un tanto incorrecta desde el punto de vista analítico, porque (1) el fundamento se identificaría con un derecho (el de la tutela judicial efectiva) de contenido altamente complejo¹⁹² y (2) pese admitir el fundamento procesal de las medidas cautelares, su teorización obviaría la relación directa con el proceso penal, mediando entre medida cautelar y proceso el derecho del 24.2 CE.

Estas dos razones no implican necesariamente que una teoría de medidas cautelares penales construida bajo el paraguas de la *tutela judicial efectiva* fuera incorrecta desde el punto de vista técnico: además, si se asimila ésta a un *ius ut procedatur*, la configuración del proceso tendrá un papel trascendental en aquélla sistematización y podría llevarnos a un resultado semejante al que concluye este trabajo. Pero esto sólo puede confirmarse si se acomete ese análisis. Resulta mucho más seguro, en mi opinión, prescindir de la mediación ofrecida por el derecho del art. 24.2 CE y teorizar directamente sobre la configuración del proceso penal, porque el análisis de las medidas

¹⁹² Señala DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un contenido muy complejo; dato éste, por lo demás, destacado reiteradamente por la jurisprudencia constitucional. No es exagerado afirmar que el derecho a la tutela judicial efectiva es el de mayor complejidad en cuanto a su contenido de todos los que se consagran en la Constitución. (...) A ello no es ajeno el éxito de este derecho fundamental, la generosidad en algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional y el ingente número de resoluciones en torno al mismo, que hace muy complicado su conocimiento detallado y puesta al día y que hace inevitable la existencia de múltiples matices y aun de contradicciones o de variaciones en la jurisprudencia”, en “Artículo 24. Garantías...”, *ob.cit*; pp. 33 y 34.

cautelares se complica si se quiere que éste pase por la previa determinación del contenido de aquél derecho fundamental en el orden penal, cuestión sin duda indisociable de la naturaleza jurídica del derecho o interés protegido en el proceso. También aquí el camino más corto entre dos puntos es una línea recta.

Además, en tanto la cuestión cautelar penal se sitúa en el ejercicio específico de una *potestad* estatal (la jurisdicción) que, por razón de su orden, enjuicia conductas que requieren acreditar, si procede, la *culpabilidad* del sujeto enjuiciado, por todo esto, decía, no puede prescindirse de la influencia de la presunción de inocencia en la configuración de la tutela cautelar penal.

Con lo anterior, y negando tácitamente la elección del derecho a la tutela judicial efectiva como fundamento de la tutela cautelar penal, la escasa doctrina constitucional sobre esta última ha sido construida desde la perspectiva de otros derechos fundamentales, como la libertad personal (art. 17 CE) o la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)¹⁹³. No obstante la dualidad de derechos alegados, la propuesta de un fundamento de la tutela cautelar penal ha de tener como parámetro homogéneo de constitucionalidad el reconocido en el art. 24.2 CE, y no el del art. 17 de la Carta Magna, por los motivos ya aducidos en el capítulo precedente¹⁹⁴. Con esto, cabe preguntarnos: ¿puede afirmarse un fundamento material de la tutela cautelar penal tomando como base el derecho a la presunción de inocencia? Intentaré aproximarme a la cuestión en el epígrafe que sigue.

3. Fundamento material de la tutela cautelar penal y presunción de inocencia

En las páginas anteriores se ha querido ilustrar, entre otros extremos, que la ausencia de derechos subjetivos penales impide traspasar el fundamento material afirmado de la tutela cautelar civil a la penal. No obstante, debe señalarse que, aún admitiendo la existencia de aquellos derechos, continuaría siendo discutible tal fundamento, y esto porque el análisis de un fundamento material de la tutela cautelar penal no descansa sólo

¹⁹³ DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Artículo 24 CE. Garantías...”, *ob.cit*; p. 47. En este trabajo, *vid. supra*, Capítulo I § II.1.

¹⁹⁴ *Vid. supra*, capítulo I § I (*in fine*) y II (*ab initio*).

en el carácter público del *ius puniendi*¹⁹⁵ sino también en el *derecho a la presunción de inocencia*.

Además, resulta dudoso que por el mero hecho de calificar como privados los ilícitos penales, la presunción de inocencia dejara de regir en el proceso penal. Al menos, así no sucede con el único “delito privado” vigente en nuestro ordenamiento: las injurias y calumnias contra particulares¹⁹⁶.

Normalmente, se objeta que las medidas previas a la condena y destinadas a *evitar la reiteración delictiva* vulneran la presunción de inocencia, puesto que, a pesar de imponerse cuando todavía no se ha declarado la certeza del delito conforme a derecho, tienen como presupuesto lógico la comisión de un ilícito penal. El argumento puede resumirse más o menos en los siguientes términos: si la acción delictiva atribuible a un sujeto no puede cerciorarse hasta que haya recaído sentencia condenatoria, cuyo fundamento fáctico se base en una mínima actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, entonces, ¿cómo puede afirmarse la imposición de una medida cuyo presupuesto lógico es la perpetración de un hecho delictivo?

A mi parecer, tal argumento se encuentra viciado por la falsedad de una de sus premisas, sin duda propiciada por la inexactitud de la expresión *evitar la reiteración delictiva*¹⁹⁷: resulta patente que el presupuesto lógico de las medidas preventivas

¹⁹⁵ Cuyo contrario, identificado en la correlación *autonomía de la voluntad-derecho subjetivo-principio dispositivo*, justifica la discusión de un fundamento material de la tutela cautelar civil.

¹⁹⁶ Pronosticar acerca de la evolución de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso requiere observar un gran número de variables, de imposible cometido en este trabajo. Esas variables dependerán de lo que hoy se estime influyente en la configuración de este derecho. Al respecto, puede recordarse que en el capítulo precedente se asumió, en este trabajo, la tesis del triple significado de la presunción de inocencia, admitiéndose además que estas tres significaciones pueden relacionarse entre sí y suponen una proyección de la libertad individual en el proceso penal: Así, este derecho, derivado directamente del *status civitatis*, constituye una garantía continua de la libertad personal frente a la actividad punitivo-sancionadora estatal. Como tal, la posibilidad y evolución del enjuiciamiento penal sobre un sujeto requiere que, a lo largo del proceso, se compruebe la procedencia y viabilidad del mismo (debiendo expirar o detenerse si no existe una posibilidad, probabilidad y certeza de la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo del proceso). Esa comprobación progresiva de la responsabilidad penal culmina, en su caso, con la sentencia de condena, cuyo fundamento fáctico (que verifica el hecho y el sujeto, enlazados con las normas penales que se detallan en el fundamento jurídico) debe respetar los requisitos englobados en la tercera de las acepciones afirmadas de la presunción de inocencia. Con todo, el tratamiento que debe darse al sujeto pasivo de un proceso penal va unido de la consideración otorgada al mismo: la injerencia sobre sus derechos permitida variará en función del grado de posibilidad, probabilidad o certeza de comisión delictiva.

¹⁹⁷ Sería más conveniente decir, por ejemplo, que a la prisión provisional se le atribuye la función de *prevenir la comisión de futuros delitos*. Al respecto, *vid.* GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 82 y ss.

decretadas con anterioridad a la declaración de certeza del delito no es, propiamente, la comisión de este delito, sino la *peligrosidad criminal* del sujeto¹⁹⁸. Así, si no se exige la certeza de comisión delictiva, tampoco cabe considerar vulnerada la presunción de inocencia, en su significado más tradicional, relativo a la formación de la sentencia.

Cuestión distinta es determinar qué indicios o parámetros son necesarios para que el Estado *considere* a un ciudadano peligroso criminalmente y le dé, en consecuencia, un *tratamiento* acorde con tal consideración. Por tanto, el asunto debe reconducirse a lo dicho *supra* acerca de la «*justicia*» del motivo que permite un determinado tratamiento: constatado que el Estado pretende evitar que un sujeto cometa delitos (fin) y que además lo hace, por ejemplo, privándole de libertad (tratamiento), no cabe sino indagar, más allá del fin, acerca del motivo que justifica el trato. Y tras, esto, aclarar bajo qué indicios se afirmará la consideración que, para ser justa, debe ser expresión del motivo.

Así, la prevención de delitos es un *fin* legítimo dentro de los actuales límites del Estado, pero, ¿es «justo» perseguirlo de ese modo? Recuérdese que la justicia o racionalidad material del motivo requiere, por un lado, ponderar los valores en conflicto (libertad y seguridad, en este caso), para determinar cuál de ellos fija el alza del justo medio y, por otro, encontrar una razón suficiente para dicha actuación estatal, lo que implica observar qué medios dispone el Estado para perseguir aquél fin y si resulta razonable acudir al tratamiento punitivo para ello¹⁹⁹. En definitiva, como

¹⁹⁸ Afirma CARNELUTTI (remontándose a Platón y Séneca) que cuando se castiga *ne peccetur*, “el delito *no* es un presupuesto *necesario*”. Esta afirmación, juntamente con la que explica la negación de responsabilidad penal del que sí ha cometido un delito, sirven al autor para concluir que “el centro de gravedad de éste (del derecho penal) se ha desplazado de la justicia a la utilidad. El resultado del desplazamiento, en términos técnicos, es la *fractura entre la pena y el delito*”, en *Lecciones sobre el proceso penal, ob.cit*; Vol. I, p. 41.

La peligrosidad será definida, de forma genérica y específica, *infra*, al hilo de la construcción de un fundamento procesal para las medidas cautelares (§ III.2.C de este mismo capítulo). Esta opción sistemática se ha tomado con el fin de presentar de la forma más unitaria posible el concepto y los distintos tipos de peligrosidad.

¹⁹⁹ Y en esta última apreciación tiene especial relevancia la evolución del Estado Social (no ha de olvidarse que la modulación de algunas de las “causas estructurales de la delincuencia” puede también intentarse mediante otros instrumentos sociales), la crisis (fiscal) del estado del bienestar, la evolución de la pronosticada hace veinte años sociedad del riesgo (BECK) y su incidencia en el control penal de los “riesgos” relacionados con determinados grupos, o la evolución de la disciplina al control (FOCAULT), también en el orden penal. Y es que el alcance y contenido de la prevención penal no puede observarse ni intentar justificarse sino postrados en una concreta visión del contexto (más o menos amplio) en que se analiza. Puede leerse una ligera, amena (y aún precisa en referencias) exposición de los condicionantes de la evolución en la justificación punitiva, desde la II Guerra Mundial hasta la actual “sociedad de control”, en la presentación (por INAKI RIVIERA y MARTA MONCLÚS) del libro de ALESSANDRO DE GIORGI, *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, Virus, 2005, pp. 5 a 26. Sobre el Estado Social y la presunción de inocencia (en definitiva, sobre si la cláusula del “Estado Social”

ya se ha apuntado en distintos estadios de ese trabajo, la justicia del motivo no puede sino estar sujeta a concretas posiciones ideológicas y políticas²⁰⁰. Con todo, si el Estado quiere prevenir la comisión de delitos por parte de un determinado sujeto, deberá además concretar qué indicios permiten tratar al ciudadano como un sujeto peligroso criminalmente. Ciertamente, parece que el parámetro más seguro (desde una óptica garantista o liberal) para fijar dicha consideración es la propia comisión de un hecho delictivo, unida a otros indicios que permitan valorar positivamente esa peligrosidad²⁰¹. Pero también es claro que en nuestro ordenamiento se permite la injerencia en las libertades individuales, con fines de prevención criminal, con anterioridad a la declaración formal de la certeza del delito. La conexión entre la legitimidad de esta posibilidad y el contexto político-ideológico (que es sustrato del jurídico) es, en mi opinión, irrefutable²⁰².

Esta cuestión suscita no tan nuevos debates, sobre todo en relación a los requisitos para entender concurrente la peligrosidad criminal y los límites del Estado en el uso del derecho penal con fines sociales, el principio de mínima intervención penal y la

ha de acentuar la concepción del derecho penal como última ratio o, por el contrario, conlleva una necesaria expansión del mismo, *vid.* CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional...*; *ob.cit.*; pp. 34 a 44.

²⁰⁰ Con la percepción de tales condicionantes no quiere justificarse “que todo vale”: quien suscribe estas líneas no niega la existencia de valores, pero sí que quepa acceder a unos valores absolutos. Al contrario, a mi parecer, los valores son relativos a un determinado sujeto época, sociedad y cultura. Por eso se dice que la ponderación de valores que subyace bajo el término «justicia» (el propio valor justicia) depende de un determinado momento, del concreto ideal reinante en la sociedad y de la prelación de valores imperante en el momento y lugar concretos. Cuestión distinta es que, intelectual y moralmente, uno fije sus propios valores y tenga el *sentimiento* de su carácter absoluto. Pero para eso son valores de uno, y no de la colectividad.

²⁰¹ Expone esta idea, con meridiana claridad, al hilo de la distinción entre peligrosidad predelictual y postdelictual, ROMEO CASABONA, CM; en *Peligrosidad y derecho...*; *ob.cit.*; p. 44: “La exigencia del delito supone, además, asignarle un papel de garantía para la seguridad jurídica, al contribuir a la disminución de factores de incerteza en el pronóstico de la peligrosidad (...) y para el propio individuo, que no se verá sometido a un proceso si no ha cometido un delito, limitando así la función preventiva del Derecho penal”.

²⁰² Dicha conexión se percibe en las exposiciones destinadas a ubicar las medidas de seguridad predelictuales. Por ejemplo, ROMEO CASABONA, tras justificar, con lo que en mi opinión son buenos argumentos, la naturaleza penal de las medidas de seguridad predelictuales, advierte: “De todas formas, no quiere decirse con ello que la peligrosidad criminal predelictual deba y aún pueda pertenecer al Derecho penal, lo mismo que sucede con las medidas de seguridad predelictuales. Las razones para ello son, sin embargo, otras. Al no acomodarse a las características y exigencias del Derecho penal moderno, ambas deben quedar al margen del mismo”. Siguiendo a JORGE BARREIRO, añade: “Si bien es cierto que es función del Derecho penal la prevención del delito, también lo es que su campo de acción se limita al delito, es decir, al hecho cometido y a sus consecuencias jurídicas”, en *Peligrosidad y derecho penal...*; *ob.cit.*; pp. 47 y 48. ¿Cómo afirmar que parte de la acción *real* de un Derecho (el penal, en este caso) queda fuera del ámbito de ese Derecho, sino a partir de una determinada concepción del mismo, basada en los ideales postulados por sus principios?

racionalidad de todo el sistema criminal²⁰³. Obviamente, una labor que requiere ser objeto de otro trabajo. Parece claro que el análisis de las medidas preventivas deberá tener muy en cuenta la doctrina constitucional sobre la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, así como los numerosos estudios doctrinales realizados al respecto²⁰⁴. También deben tenerse en cuenta aquéllas posiciones que intentan coonestar la imposición de medidas preventivas sin condena pero incoado un proceso penal por delito²⁰⁵.

Con todo, cabe resumir que *prevenir la comisión de futuros delitos* (lo que indebidamente se ha asociado con la expresión *evitar la reiteración delictiva*), es un acto de respuesta a una situación de *peligrosidad criminal*, cuyas objeciones disminuyen cuando la medida preventiva se impone tras la declaración de certeza del delito. Que ese fin se haya atribuido también a medidas que, por lo general, se imponen cuando tal declaración no ha sido realizada, no modifica su *fundamento material*. En otras palabras: su imposición previa a la condena no las despoja de su fundamento material. En consecuencia, debe afirmarse que el presupuesto para la imposición de estas medidas no puede ser el mismo que el de las que responden a una estimación de peligrosidad procesal. Y cuando los requisitos materiales de adopción de dos medidas no pueden ser iguales, no tiene sentido alguno incluirlas en un mismo concepto jurídico,

²⁰³ Quiere citarse en este momento y muy especialmente, la ya aludida monografía de SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del derecho penal...*, *ob.cit; passim*), que supone, a mi parecer, un riguroso y sintético estudio sobre las causas y multiplicadores de la expansión del derecho penal y acomete un completo tratamiento dogmático de la cuestión.

²⁰⁴ Resultan relevantes en nuestra doctrina, entre otros, JIMÉNEZ DE ASÚA, L; *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*, Reus, Madrid, 1920; FAIRÉN GUILLÉN, V; *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Tecnos, Madrid, 1972; GUTIERREZ DE CABIEDES, E; “Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y su Reglamento”, en *Temas penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1973; RODRIGUEZ MOURULLO, G; “Medidas de seguridad y estado de derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974; COBO DEL ROSAL, M; “Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, *ob.cit*; TERRADILLOS BASOCO, J; *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981; ROMEO CASABONA, CM; *Peligrosidad y derecho penal...*; *ob.cit*. Más actual, SANTOS REQUENA, AA; *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

²⁰⁵ Tal es la posición sostenida por RODRIGUEZ RAMOS en varias de sus obras, dónde describe la prisión provisional como “medida de seguridad pre-posdelictual”. Así, en “Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 451, p. 3. También defiende la calificación de medida de seguridad, para la prisión provisional, MÁLAGA DIÉGUEZ, en “El fundamento de la tutela provisional...”, *ob.cit*; p. 137.

pues la construcción del concepto es un acto de sistematización dogmática con una utilidad esencialmente práctica²⁰⁶.

4. ¿Por qué negar un fundamento material a la tutela cautelar penal?

Las razones aducidas a lo largo del presente título pueden agruparse en dos líneas argumentales, cada una de las cuales extrapola los principales parámetros en los que se sustenta el fundamento material de las medidas cautelares civiles. Recapitulando, podemos concluir, respecto a la posibilidad de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal, lo siguiente:

1) El trasvase del fundamento jurídico asumido legislativamente de la tutela cautelar civil (identificado con el derecho a la tutela judicial efectiva) a la penal, nos lleva a negar la posibilidad de atribuir un fundamento material a las medidas cautelares penales. Esa negación se asienta en la diferente naturaleza del derecho o interés que condiciona la acción que, a su vez, condiciona el contenido del derecho del art. 24.1 CE. Si el carácter privado del derecho o interés que presupone la acción civil permite, de acuerdo con una determinada concepción del término «justicia», llegar a asumir que la tutela judicial efectiva incluye una defensa material, extendiéndose así al derecho sustantivo la protección ofrecida por las medidas cautelares; no cabe afirmar lo mismo en el orden penal. La distinta naturaleza del derecho sustantivo e interés que fundamenta la acción penal, claramente de carácter público, obliga a conceptualarla como un *ius ut procedatur*, dotando a la tutela judicial efectiva, en el plano penal, de un contenido meramente procesal. A partir de ahí, se concluyó que si hoy se quiere fundamentar la tutela cautelar en la que prescribe el art. 24.1 CE, por fuerza aquélla deberá tener sólo un fundamento procesal. Pero la *imposibilidad* teórica, de acuerdo con la naturaleza jurídica del derecho penal, de atribuir por esta vía un fundamento material a la tutela cautelar penal, “choca” con la cada vez más recurrida atribución

²⁰⁶ Aduce la necesidad de sistematización autónoma, respecto de las cautelares, de las medidas preventivas anteriores a la sentencia, y formula propuestas al respecto, SANTOS REQUENA, AA; en *La imposición de medidas de seguridad...*, *ob.cit.*; especialmente pp. 234 a 243.

A lo largo de este trabajo se formularán referencias concretas relacionando o comparando peligrosidad procesal y peligrosidad criminal: así, (1) se señalarán algunas diferencias, en clave de hipótesis, de las consideraciones y el tratamiento asociados a la prevención criminal y la prevención procesal, (2) se acometerá la interrelación, entre ambos tipos de peligrosidad, provocada por la tipificación de la fuga y otros actos contra la administración de justicia. Además, pese a lo dicho en el texto principal, sobre el tratamiento unitario de ambas medidas de prevención, *vid. infra*, capítulo III, § III.4.C.c.

normativa de un fin claramente material a medidas que, por se impuestas durante la pendencia del proceso, han sido tradicionalmente consideradas cautelares. A este extremo se refiere la segunda línea argumental expuesta en este epígrafe:

2) La asunción de un fundamento material de las medidas cautelares civiles provoca, en ocasiones, la *anticipación* de los efectos materiales de la eventual sentencia estimatoria. Y esa anticipación se justifica en aras a la satisfacción del derecho o interés legítimo que ostenta quien ha obtenido un pronunciamiento judicial favorable. En toda la línea argumental aducida en el orden civil subyace, de hecho, la preexistencia del derecho sustantivo a la declaración judicial que lo estima.

Pues bien, en términos similares se debate el intento de dotar a las medidas cautelares de un fundamento material, a través de la atribución legislativa de la función de *evitar la reiteración delictiva*, que en realidad encuentra mejor expresión en la de *prevenir la comisión de futuros delitos*. Para abordar esta cuestión, ha sido necesario incidir en los motivos dogmáticos por los que la pena no nace sino con el proceso (lo que nos ha llevado a diferenciar *pena-posibilidad* y *pena-realidad*); así como en la distinción entre *efecto* y *función* de la pena. Con estos parámetros, se ha cuestionado que pueda exigirse a las medidas cautelares *asegurar una función de la pena* que (1) requiere de su previa efectividad o ejecución material y (2) ni siquiera ella misma puede garantizar, por depender su funcionalidad de variables ajenas tanto a la medida cautelar como a la propia pena.

Hasta aquí la negación, desde una perspectiva técnica basada en parámetros tales como el carácter público del derecho penal y las variables de que depende la funcionalidad de la pena, que haya de atribuirse un fundamento material a la tutela preventiva dispensada durante la pendencia del proceso penal. No obstante ha de admitirse que la prevención criminal durante la pendencia del proceso existe, y que esa posibilidad, de acuerdo con la tesis propuesta, ha de observarse desde la óptica de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, quedando condicionada la legitimidad de este tipo de intervención estatal, entre otras consideraciones de carácter formal, a la «justicia» o racionalidad material del motivo que la permite. Desde este punto de vista, podrían apuntarse distintas opciones y grados de intervención que van desde la negación absoluta de la legitimidad de esa intervención hasta su admisión aún sin existir un proceso penal incoado contra el

sujeto. Posiciones que dependen, en última instancia, de la posición ideológica que se asuma. Por esto, no puede afirmarse una “imposibilidad” de este tipo de injerencia (que de hecho existe), ni una “ilegitimidad absoluta” de la misma (aunque sí desde la posición personal de quien la afirme)²⁰⁷.

Al margen de lo anterior, lo que sí parece patente es la inconveniencia, tanto dogmática como legislativa, de tratar como un mismo fenómeno medidas que responden a fundamentos o motivos tan distintos como la peligrosidad procesal y la peligrosidad criminal. En caso contrario, se corre el riesgo de condicionar la evolución o involución de ambas protecciones a factores que pueden no responder a sendos presupuestos lógicos.

III. El fundamento procesal de la tutela cautelar penal.

Vistas las dificultades asociadas a la aplicación de los argumentos que sostienen la teoría de medidas cautelares civiles a las penales, parece que lo más razonable es tomar como punto de partida para la búsqueda de un fundamento autónomo de la tutela cautelar penal, la innegable, pero no privativa, función de aseguramiento que cumplen estas medidas y aplicarla a la realidad a la que sirven: el proceso penal²⁰⁸.

Dicha búsqueda requiere, tras afirmar esa función de aseguramiento, cuestionar acerca del objeto del mismo: es decir ¿qué deben asegurar las medidas cautelares penales? O ¿bajo qué condiciones ese aseguramiento fundamenta el género cautelar?

1. La innegable función de aseguramiento y su objeto.

Hasta ahora se ha dado por supuesto que las medidas cautelares penales tienen una función de *aseguramiento*: así, se ha dicho en algún momento que estas medidas (*I*)

²⁰⁷ La cuestión escapa, en mi opinión, de argumentos puramente técnico-jurídicos, adentrándose en el plano político. Eso no significa, obviamente, que el debate esté exento de parámetros, puesto los principios políticos de nuestra sociedad se encuentran fijados en la Constitución. No obstante, los resultados pueden ser distintos cuando el factor decisivo para la observación, producción y justificación del derecho son sus consecuencias y no los valores en que se fundamenta (sobre el funcionalismo, *vid.* FEBBARJO, A; “Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 153 a 172).

²⁰⁸ Con esto, se ha querido también seguir los consejos que muy gráficamente expuso DE LA OLIVA SANTOS sobre la necesidad que los procesalistas no desechen de entrada el uso de conceptos civiles para el orden procesal penal, sino que antes de hacerlo deben observar si con algunas rectificaciones de detalle pueden aprovecharse aquéllos conceptos para este proceso. En otro extremo, también advierte aquel autor que el procesalista debe asumir que ciertas rectificaciones de detalle no convierten siempre en apto el concepto civil en el orden penal. En *Sobre el derecho...*, *ob.cit*; p. 109.

pueden asegurar los *efectos* de la pena, lo que se asocia directamente a la posibilidad de ejecución de la misma y (2) no pueden asegurar las *funciones* de aquélla, ya que la funcionalidad, al ser sólo una tendencia o intención, no puede ser objeto de salvaguarda.

En relación con esto último, y más allá de la función de aseguramiento, también se ha afirmado la inconveniencia que, bajo la cobertura del género cautelar, pueda *perseguirse* la *anticipación* de los efectos y de las funciones de la pena. Al respecto, resulta procedente apuntar una cuestión que será abordada posteriormente: si bien *anticipar* la función de la pena o sus efectos no puede ser una *función* de la cautela penal²⁰⁹, la *aplicación* de una medida cautelar penal sí puede tener, entre sus *consecuencias*, el *anticipo* de los efectos de la pena y de alguna de sus funciones afirmadas. En otras palabras, la anticipación de los efectos y funciones de la pena será, en cualquier caso, *consecuencia* de la aplicación de una medida cautelar, no *causa* o *motivo* por el que se ha acordado²¹⁰. Puede observarse que dicho anticipo se encuentra directamente vinculado a los efectos de la ejecución de la medida cautelar, al contenido de ésta, en definitiva. Esta directa vinculación entre anticipación penal y contenido de la medida cautelar es la razón por la que se ha preferido abordar este asunto en un momento posterior, ajeno al tratamiento del fundamento y función de las medidas cautelares²¹¹.

Asumida pues la *función* de aseguramiento, y negada la de anticipación, cabe cuestionarse qué aseguran exactamente las medidas cautelares penales. Situados, recuérdese, en un análisis del fundamento cautelar sobre la base del proceso, no del derecho material, las principales opciones para responder a aquel interrogante son: (1) Las medidas cautelares penales aseguran la *funcionalidad* del proceso penal, o (2) las medidas cautelares aseguran la *realización material* del proceso penal. Con esto, puede trasladarse aquí la distinción, propuesta respecto a la pena, entre *función* y *efecto*²¹².

²⁰⁹ Por los motivos aducidos en páginas precedentes.

²¹⁰ Y aquí radica una de las perversidades en la adopción de la medida (encontrable en la mención más crítica al derecho penal simbólico): forzar (u obviar) su causa y acordarla persiguiendo una determinada consecuencia.

²¹¹ Sobre el contenido de las medidas cautelares, *vid. infra*, capítulo III § IV.2.

²¹² *Vid. supra*, en este mismo capítulo, § II. 1.C.

A) Aseguramiento de las funciones del proceso.

Del proceso judicial se han afirmado varias funciones. Las primeras teorías sobre el aspecto finalista del proceso surgen dentro de la ciencia procesal, superación de la práctica forense y el procedimentalismo, y se agrupan en tesis parciales y unitarias²¹³. La evolución de las tesis unitarias nos traslada al conflictivo terreno de la satisfacción jurídica y sus dos posibles calificaciones: práctica o real, en contraposición a platónica o utópica. Con todo, se estima incorrecto construir una teoría de medidas cautelares penales basada en el aseguramiento de una función del proceso que alcanza a los distintos procesos judiciales, con independencia del derecho material al que sirven: la búsqueda del fundamento de unas medidas que se afirman instrumentos del proceso, no puede prescindir del distinto interés protegido en los procesos civiles y penales. De seguir esta vía, parece que se llegará a los mismos resultados obtenidos con el análisis de la tutela cautelar penal desde la perspectiva del fundamento afirmado de la civil.

También se estima inviable que con las medidas cautelares pueda pretenderse el aseguramiento de las funciones del proceso afirmadas por distintas tesis metaprocesales, como las de Grunsky o Luhman²¹⁴. Lo impracticable de esta vía se expuso *supra*,

²¹³ La evolución de las teorías unitarias, que intentaron superar las concepciones civilista y penalista del proceso bajo las que se identificaban las tesis parciales, puede resumirse del siguiente modo: la primera de aquellas teorías fue presentada por CHIOVENDA para quien la función del proceso era “la actuación de la voluntad concreta de la Ley”. Esta teoría, cuyas críticas fundamentales fueron la equiparación entre función jurisdiccional y función del proceso y no delimitar claramente ambas funciones de la de la actividad administrativa, intentó ser superada por GOLDSCHMIDT, quien asimiló la función del proceso a “la obtención de una sentencia con fuerza de cosa juzgada que ponga fin de una manera definitiva al litigio”. Una alternativa válida a las funciones antes señaladas es la de identificar la función del proceso como “satisfacción jurídica”. Su primer autor fue GUASP, que entendió el proceso como un “instrumento de satisfacción de pretensiones”. FAIRÉN concretó la idea, superando el carácter unilateral de pretensión aducido por GUASP, e indicando que la función del proceso es la “satisfacción de pretensiones y resistencias”. No debería ser necesario precisar, desde el momento que el presente estudio se circunscribe a la ciencia procesal, que aquélla es una “satisfacción *jurídica*”, pues es de sobras conocida la sumisión de los Jueces y Magistrados al imperio de la Ley. Más tarde, MONTERO aprovecharía la teoría de la “satisfacción jurídica” para definir la función de la Jurisdicción, integrando en ella la función del proceso, y señalando que aquélla consiste en “satisfacer de modo jurídico pretensiones y resistencias y, materialmente, en satisfacer intereses jurídicos”. La evolución de las distintas tesis sobre la función del proceso que se acaba de presentar, extraída de GIMENO SENDRA, V; *Fundamentos de derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 239 a 243.

²¹⁴ El primero afirmó la función social del proceso: considerado éste como un instrumento de política social, lo considera apto para eliminar o atenuar las tensiones o los conflictos sociales. El segundo atribuyó al proceso una función pacificadora, claramente influyente en la revisión por Jakobs de la función de prevención general. En definitiva, las tesis metaprocesales del proceso se encuentran, también,

respecto al aseguramiento de las funciones de la pena: como entonces, debe ahora afirmarse que la funcionalidad metaprocesal del proceso también depende, además de su propia configuración, de variables o condicionantes ajenos e insupeditables al mismo.

Si se decide abordar el estudio de las medidas cautelares penales a partir del proceso al que sirven, entonces no cabe sino acudir a teorías que definan la función del proceso penal *autónomamente*. Este criterio implica excluir, de entrada, aquellas primeras tesis parciales que conceptuaban el proceso como medio que sirve a los *fines* del derecho penal, por cuanto se hace depender la función del proceso de la funcionalidad del derecho penal. Y, al respecto, ya se ha advertido que la propia funcionalidad del derecho penal depende, parcialmente, de variables ajenas al mismo.

Cabe advertir que tampoco existe consenso en cuanto a las funciones del proceso penal: si bien se admite, unánimemente, que el proceso penal sirve a la *aplicación* del *ius puniendi* , existen discrepancias a la hora de atribuir al proceso, además, las funciones de garantizar o proteger los derechos del imputado y los de la víctima. El carácter esencial o accesorio de cada una de estas funciones (o su negación) habría de tenerse en cuenta si quiere identificarse el género cautelar como aquel que tiende a garantizar la funcionalidad del proceso penal²¹⁵.

en clara conexión teórica con la “función simbólica” del derecho penal. Al respecto, *vid.* HASSEMER, W; “Derecho Penal Simbólico y...; *ob.cit.*

²¹⁵ Afirmar la primera de aquellas dos últimas funciones (garantizar los “derechos” del imputado) implica asumir una conexión indisoluble entre proceso penal, justicia y garantías para el imputado, estimando que el concepto de proceso penal debe llevar intrínsecas garantías de justicia, entre las que se encuentran la previsión de determinados derechos del imputado. Si la previsión de esos derechos es consustancial a la noción de proceso judicial o, por el contrario, constituye una opción a la hora de configurar el proceso penal, es un debate cuyos parámetros van más allá de elementos técnicos, adentrándose de lleno en el plano filosófico. La posición tomada tiene reflejo expreso en la doctrina de MONTERO, para quien la noción de proceso lleva intrínseca determinadas nociones de “justicia”. Esto le lleva afirmar, como lo hizo antes GÓMEZ ORBANEJA, la inexistencia de un “proceso” inquisitivo. La posición de MONTERO puede advertirse en varias de sus obras (por ejemplo, *Principios del proceso...*; *ob.cit.*; pp. 28 y 29 o, más recientemente, en “El significado actual del principio acusatorio”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 319 y 320).

Afirmar la segunda de aquellas funciones (proteger los derechos de la víctima) presupone el reconocimiento de unos derechos sustantivos y adjetivos a la víctima del delito. No obstante cabe advertir que el reconocimiento de unos y otros no vincula recíprocamente de igual modo: parece que la atribución a la víctima de unos derechos materiales debería comportar el correlativo reconocimiento de unos derechos procesales, pero no así, necesariamente, a la inversa. Tampoco el fundamento de tales derechos es igual: la víctima es un sujeto (el pasivo) de la relación jurídico-material expresada por la norma penal, que sólo tiene derechos procesales en cuanto se constituya en parte acusadora (ostentando entonces la consideración de sujeto activo de la relación jurídico-procesal). No obstante lo que se acaba de decir, es patente la previsión legal de determinadas deferencias hacia la víctima del delito dentro del proceso penal, sin la necesidad que se haya constituido en parte (en su condición, pues, de sujeto pasivo del delito). Esta circunstancia es buena muestra de la necesidad de desarrollo científico de la victimología, si se quiere ofrecer una protección honrada, lejos de toda demagogia, a la víctima y encontrar para ella una posición

Con lo anterior, y de acuerdo con la ausencia de “derechos subjetivos penales” tanto en la posición activa como pasiva del proceso, parece mucho más seguro científicamente sostener como función esencial del derecho penal la aplicación del *ius puniendi*, la materialización de sus efectos (cuando proceda), pero no su funcionalidad.

B) Aseguramiento de la realización material del proceso.

Centrándonos pues en la función más indiscutida del proceso penal (la aplicación del *ius puniendi*), quiere iniciarse este apartado presentando un concepto instrumental de proceso penal que lo relacione directamente con aquélla, definiéndolo como “el conjunto de actos en que se *resuelve* el castigo del reo”²¹⁶. Dejando de lado ahora el signo punitivo del juicio penal, conviene recordar el carácter *resolutorio*²¹⁷ de este proceso: el proceso penal es un juicio de resolución de la cuestión penal; en otras palabras (por fuerza simplistas), mediante el proceso penal, en tanto instrumento de aplicación del *ius puniendi*, se resuelve la subsunción²¹⁸ de un hecho a una norma penal, aplicando ésta en caso de que aquel ejercicio reporte un resultado positivo. Esta definición identifica el carácter instrumental del proceso penal respecto al derecho sustantivo correspondiente y, así, su esencia²¹⁹: relacionar el pasado (hecho “delictivo”

coherente dentro del conflicto penal y su resolución. Volveré a esta cuestión más adelante, en el capítulo III § III.4.C.b.

²¹⁶ CARNELUTTI, F; *Lecciones...*, *ob. cit*; p. 69. Antes, en la p. 63, define el proceso penal como “aquel conjunto de actos que se llevan a cabo (...) a fin de comprobar el delito y determinar la pena”.

²¹⁷ Resolver tiene, entre otras acepciones, la de “decidirse a *decir* o *hacer* algo” (VOZ: “resolver”, *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 1958). Con independencia de las posiciones respecto a la relatividad del concepto de *jurisdicción*, debe reconocerse como elemento esencial de la misma, entre otros, ser un *ius dicere*, seguido, en su caso, de una actuación práctica: decir (el derecho) y hacer (lo dicho), *resolver*, en definitiva.

²¹⁸ Subsumir es “considerar algo (...) como caso particular sometido a un principio o norma general”, según la VOZ: “subsumir”, en el *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 2101. Con lo advertido y pese a lo expuesto en la nota al pie 160.

²¹⁹ Esta esencialidad debe entenderse en el sentido puramente objetivo, esto es, asumiendo que la relación del pasado con el futuro es un elemento permanente e invariable en el proceso penal, con independencia de las distintas formas que adopte y el sistema de garantías que integre.

En esto cabría encontrar una diferencia entre el proceso penal y otros que tengan como objeto específico enjuiciar la peligrosidad del sujeto, como el derogado proceso por peligrosidad social o el mismo proceso cautelar, que no requería (el primero) y no requiere *necesariamente* (el segundo y de acuerdo con la posición que se explicará más adelante) un hecho pasado para su incoación. Lo anterior no ha de entenderse como una desvinculación de la tutela cautelar respecto al proceso penal al que sirve, sino

ya cometido) con el futuro (consecuencias jurídicas de esa comisión por parte de un sujeto concreto)²²⁰. Con todo, puede afirmarse que en el proceso penal se *resuelve la relación entre un hecho, un sujeto y la norma penal, aplicándose las consecuencias que de esa resolución se deriven*²²¹.

Parece pues que los elementos que se manejan en las distintas resoluciones que en un proceso penal se producen son el *hecho*, el *sujeto* y la *norma penal*. Sobre estos tres elementos se proyecta básicamente la actividad jurisdiccional identificada con el *juicio de resolución penal*, que es el cometido primero del proceso penal.

Hasta el momento se ha hablado indistintamente de *asegurar* y *garantizar*. Nuevamente la semántica lo aprueba, pero además, los dos sinónimos permiten identificar sin redundancia la *instrumentalidad al cuadrado* que caracteriza al género cautelar: se avanza ahora parte del resultado de lo que se analiza en los siguientes epígrafes, esto es, que las medidas cautelares penales aseguran los elementos que garantizan (porque la integran) la resolución de la cuestión penal. Son, en definitiva, un instrumento del instrumento de aplicación de la potestad punitiva.

2. Elementos determinantes del fundamento de la tutela cautelar penal.

A) Consideraciones previas de derecho procesal: la configuración del proceso penal.

Si el análisis del fundamento material nos obligó a acudir a ciertos temas de derecho penal sustantivo, el estudio del fundamento procesal de la tutela cautelar penal nos constriñe, indefectiblemente, al análisis de algunas cuestiones relativas al desarrollo del proceso punitivo: especialmente, quieren conocerse los elementos indispensables para la realización del proceso y, en consecuencia, del derecho penal.

como una cuestión relativa a la necesidad o no de acreditar un acto previo de frustración del proceso, para imponer una medida cautelar. Al respecto, *vid. infra*, capítulo IV § I.2.D.

²²⁰ Se toma la concepción instrumental carneltutiana, de lo que no cabe extraer posición alguna sobre el motivo por el que se prevén unas consecuencias u otras a la comisión del hecho delictivo.

²²¹ Que el hecho, el sujeto y las consecuencias sean los elementos configuradores de las normas penales justifica precisamente la esencia del proceso penal y confirma, como si de la comprobación de una fórmula matemática se tratara, el carácter instrumental antes señalado.

Para ello será necesario atender a la configuración del proceso penal. La configuración de un determinado objeto o instituto se identifica con la “disposición de las partes que lo componen y le dan su peculiar forma y propiedades anejas”²²². Explicar, o tan sólo exponer, la configuración del proceso penal es una tarea de imposible cometido en una obra monográfica como la presente, pero que las medidas cautelares penales sirvan a la defensa del proceso nos obliga a destacar algunos extremos de dicha configuración. Baste por ahora presentar las siguientes características del proceso penal moderno o de corte liberal:

- Éste tiene como criterio estructural básico la existencia de dualidad de posiciones procesales y un juzgador imparcial, provocando la vigencia del principio acusatorio.

- El desarrollo del proceso penal se encuentra condicionado a la afirmación progresiva y gradual de la relación positiva entre los tres elementos que integran el juicio o resolución penal.

- Además, en su desarrollo deben observarse una serie de garantías para el imputado, acusado o condenado, esto es, para el sujeto pasivo del proceso penal.

A partir de esta “caracterización básica” del proceso penal de corte liberal²²³, quiere determinarse cuáles de estos extremos son susceptibles de protección cautelar²²⁴. Para ello, se sistematizarán, a continuación, lo que se ha dado en llamar, en el presente trabajo “requisitos” o “exigencias” del proceso penal vigente. A partir de esta sistematización, será posible ya determinar el ámbito objetivo de la protección cautelar y, después, el elemento subjetivo que informa este tipo de tutela.

a) Los elementos que permiten el avance del proceso.

²²² VOZ: “Configuración”, en el *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 621.

²²³ A cuya evolución habrá de atenderse, obviamente, en revisiones futuras del fundamento cautelar penal. En otros lugares del presente trabajo se apuntarán algunas de las incidencias de la evolución de las características señaladas.

²²⁴ ¿Ha de garantizar la tutela cautelar la dualidad de partes en el proceso? En caso afirmativo, también el sujeto acusador, o el acusado, habrían de ser objeto de la protección dispensada por estas medidas. ¿Han de servir estas medidas para asegurar el cumplimiento de las garantías procesales? En tal caso, habría de ser posible acordar una medida cautelar para garantizar, por ejemplo, la contradicción en el juicio oral. La cuestión no se aleja demasiado del debate que plantearía un análisis del fundamento cautelar basado en la necesidad de asegurar la funcionalidad del proceso.

Es de sobras conocido que el derecho penal no debe realizarse en todos los casos, sino sólo cuando, de acuerdo con el principio de legalidad, proceda. Para enjuiciar la pertinencia de la aplicación del derecho penal, el juez debe emitir una resolución final en que se afirme: (1) que el hecho tiene carácter delictivo, pues es subsumible en la norma penal que tipifica la conducta y es además antijurídico, (2) que el sujeto pasivo del proceso participó en la comisión del hecho -ambos de acuerdo con la práctica probatoria que así lo demuestre²²⁵- y (3) que el sujeto es responsable penalmente, según las normas penales reguladoras del régimen de imputabilidad y responsabilidad criminal.

Este triple contenido de la resolución final expresa una concreta relación entre los distintos elementos que antes se han afirmado como objeto del juicio penal: la primera de las afirmaciones expresa una relación positiva entre el hecho y la norma penal; la segunda, entre el sujeto y el hecho y, la tercera, entre el sujeto y la norma penal.

La *función de resolución* del proceso puede concretarse en las siguientes “resoluciones” parciales (algunas referidas al hecho pasado, otras a la consecuencia futura) que integran la totalidad del juicio penal²²⁶:

1. Se resuelve, por un lado, la relación de pasado, en la que se conectan un *hecho* y un *sujeto* (imputabilidad);
2. Debe también resolverse la relación entre el *hecho* pasado y la *norma penal*, considerando si aquél puede ser sometido a la norma general que representa el precepto penal (subsunción); esto es, identificando si el hecho pasado puede considerarse delictivo de acuerdo con la tipificación que del delito hace la norma (tipicidad).
3. Además, constatadas las dos anteriores relaciones, debe resolverse si la consecuencia prevista para la comisión de ese hecho puede ser *afirmada*. Para esto también deben relacionarse determinadas *normas penales* (causas de exención de responsabilidad criminal), bien con el *sujeto* (causas de inimputabilidad y exculpación), bien con el *hecho* (causas de justificación)²²⁷.

²²⁵ Obviamente, la existencia del hecho es presupuesto necesario tanto para considerarlo delictivo como para atribuirlo a un sujeto concreto. Sobre esto, *vid.* también nota al pie 230.

²²⁶ En la exposición que sigue se reitera, quizás hasta el abuso, el sustantivo “resolución” y el verbo “resolver”. Con la omisión del uso de posibles sinónimos (p. ej: solucionar, solventar, zanjar, disipar, determinar, decidir, decretar, dictaminar, dirimir, ventilar, etc.) se quiere poner énfasis en la función de *resolución* predicada del proceso.

²²⁷ En líneas precedentes se ha hecho referencia a la práctica probatoria que debe guiar la declaración de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Ahora quiere reseñarse, entre las muchas otras que la dogmática penal apunta, “la tendencia a examinar las eximentes en términos procesales como «defences» (al modo anglosajón), que conduce a que las causas de justificación y exculpación se conciban como elementos que no sólo deben ser razonablemente alegados, sino incluso probados por el imputado. Ello a partir de la idea de que la acusación sólo debe probar la tipicidad y no la antijuridicidad ni la culpabilidad, pues las

4. La última resolución que en el proceso penal se lleva a cabo es la que valora la posibilidad de *aplicación* de la consecuencia anteriormente afirmada, también relacionando hecho o sujeto con las normas penales relativas a extinción de la responsabilidad criminal; o las de suspensión y sustitución de la pena.

Con todo, cabe advertir que estas relaciones, si bien se afirman (o niegan) definitivamente en la sentencia²²⁸, son objeto de valoración a lo largo del proceso. Es más, el avance del proceso dependerá de que, en determinados momentos, pueda afirmarse una relación positiva entre los distintos elementos de la resolución penal. La relación entre estos elementos se determina pues progresiva y gradualmente, como se verá a continuación²²⁹.

El avance del proceso en relación con los elementos que integran el juicio penal puede ser observado desde dos perspectivas: la del avance proceso o la de los elementos que integran la resolución penal. Se ha preferido la segunda opción, al ofrecer mayores posibilidades de síntesis. Así, se expondrá, a continuación, no cómo deviene sujeta la dinámica del proceso a la evolución de sus elementos de resolución, sino cómo evolucionan, de la posibilidad a la certeza, cada uno de aquellos elementos.

eximentes (causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad) deben ser probadas por quien las alega en su defensa”. En palabras de SILVA SÁNCHEZ en, *La expansión del derecho penal...*; *ob.cit*; p. 99.

²²⁸ Arts. 742, 789.2, 802.3 y 973.1 LECrim son los preceptos dónde se regula el contenido de la sentencia para los procedimientos ordinario, abreviado, rápido y de faltas, respectivamente. Matizando lo dicho en el texto principal, la suspensión y la sustitución de la pena serán objeto de pronunciamiento también en la sentencia, una vez firme, o en un auto posterior: atendiendo a los límites penológicos de la suspensión y sustitución de la pena, estos pronunciamientos serán posibles en la sentencia de instancia, cuando el Fiscal y las partes manifiesten la voluntad de no recurrir (arts. 82 y 88.1 CP en relación con el 789.2 LECrim). No obstante se conoce que, en la práctica, la mayoría de órganos sentenciadores (y aún de abogados defensores) dejan la cuestión de la sustitución de la pena para el momento en que deba dictarse ejecutoria.

²²⁹ Esta determinación progresiva y gradual ha de relacionarse directamente con la presunción de inocencia, que actúa como criterio estructural básico del proceso penal. Así, el Estado debe comprobar la legitimidad de su injerencia, asegurando que el avance del proceso penal responde a una relación positiva entre hecho, sujeto y norma, aunque en diferentes grados, mayores cuanto más avanza el proceso: se comprueba de este modo la viabilidad del proceso a su fin de resolución penal, lo que constituye sin duda un mecanismo de optimización del valor “inocencia”.

La relación entre *hecho*²³⁰ y *norma penal* (esto es, el carácter delictivo del hecho) se manifiesta primeramente en la *formalización de la denuncia* y la *admisión de la querrela*, bastando sólo en ese estadio, que no pueda descartarse el viso delictivo del hecho: se afirma en este momento la *posibilidad* de que la conducta sea delictiva. La siguiente concreta y necesaria²³¹ manifestación sobre el carácter delictivo del hecho es la que se plasma en la *acusación - auto de apertura del juicio oral*: en este estadio no se sostiene ya la posibilidad del carácter delictivo del hecho, sino su *probabilidad*²³². Finalmente, y con independencia de lo que en sede de recursos se establezca, la resolución que, más allá de la probabilidad, establece la *certeza* del carácter delictivo del hecho es la *sentencia*.

La relación del *sujeto* con los otros dos elementos que se vienen analizando (*hecho delictivo* y *norma penal*), se manifiesta en los siguientes actos: La *posibilidad* de responsabilidad penal de un concreto sujeto se establece en el acto de *imputación*, que puede ser expresa o tácita²³³. Si un determinado sujeto ha sido calificado como posible

²³⁰ No se dice en el texto principal, pero la exposición que sigue presupone la *existencia* del hecho, como premisa necesaria para resolver las relaciones que lo tienen como parámetro. Muestra de ello es que el hecho constituye la *notitia criminis*, con la que aparece el interés público que justifica la sustanciación del proceso penal. Parece lógico, en consecuencia, que la formalización de la denuncia o la admisión de la querrela se encuentren condicionadas, como sucede en nuestro ordenamiento, a la existencia del hecho y a la imposibilidad de descartar el carácter delictivo del mismo (arts. 262, 312 y 313 LECrim). También por este motivo el art. 269 LECrim prescribe que “formalizada la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente, por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la *comprobación del hecho denunciado*, salvo que este no revistiere el carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa”.

²³¹ Necesaria para continuar con el proceso. Puede haber, entre esta resolución y la anterior, otros actos jurisdiccionales cuyos presupuestos incluyen también una manifestación sobre el carácter delictivo del hecho, valorada esa circunstancia en el momento en que debe dictarse dicha resolución. Así sucede, por ejemplo, con la adopción de la prisión provisional (art. 503.1.1º y .2º LECrim), o la de alguna diligencia de investigación limitativa de derechos fundamentales. A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el auto de apertura del juicio oral, aquellas dos resoluciones (la que acuerda prisión provisional, o la que por ejemplo acuerda la entrada y registro domiciliario) no se adoptarán en todos los procesos, sino sólo en aquellos en que las circunstancias lo requieran, pudiendo efectivamente concluir un proceso mediante sentencia condenatoria sin que hayan sido dictadas esas resoluciones.

²³² El juego acusación - apertura del juicio oral se explica por la vigencia del principio acusatorio (que requiere que alguien distinto del juez formule acusación, fijando ésta los hechos objeto de juicio penal y el sujeto de ese mismo juicio). No obstante, es una resolución judicial (el auto de apertura del juicio oral), la que fija un concreto grado de certeza (la probabilidad, en este estadio) en las relaciones que integran el juicio de resolución penal.

²³³ Esta última se afirma cuando determinados actos cuya finalidad esencial no es imputar, atribuyen de algún modo la comisión de ese hecho delictivo a la persona contra quien se dirige la resolución. Así sucede, por ejemplo, con la admisión de la querrela, cuando en ella se especifica el sujeto que presuntamente cometió los hechos que en ella se contienen; con la adopción de la prisión provisional, con la detención, con la estimación de una solicitud de orden de protección, o con la resolución que acuerda la práctica de una diligencia limitativa de derechos fundamentales. En estos casos, las resoluciones que dicta

responsable de una concreta conducta (imputado, por tanto), puede suceder que llegada la fase intermedia, esa posibilidad aumente hasta la *probabilidad*, lo que se manifestará en el auto de *apertura del juicio oral*²³⁴ (previa acusación). Finalmente, la *certeza* de la comisión delictiva por parte del sujeto acusado será afirmada, si procede, en la *sentencia*²³⁵.

Se observa pues que la resolución penal se comprueba *gradualmente*, y que esa comprobación va de la mera posibilidad a la certeza jurídica, pasando por la afirmación de la probabilidad. Cada uno de estos grados se fija mediante una resolución judicial, que puede tener o no como requisito previo la formulación de acusación. Mientras que la *posibilidad* puede ser afirmada cuando existe *algún indicio* de criminalidad del hecho o imputación a un sujeto, la *probabilidad* exige ya *algunos indicios de ello*. La aserción de la *certeza* jurídica se encuentra directamente vinculada a la práctica probatoria, su interpretación y valoración²³⁶.

La ausencia de la relación mínima exigida (entre hecho, sujeto y norma) en cada una de estas comprobaciones provoca la paralización, definitiva o provisional, del proceso penal: así, sin *notitia criminis* no se inicia el proceso; sin imputación, no puede haber acusación, ni apertura del juicio oral; la ausencia de probabilidad de relación positiva entre los tres elementos conduce también a la ausencia de apertura del juicio oral, debiendo dictarse sobreseimiento (libre o provisional)²³⁷; la certeza, cuando puede ser afirmada, conduce a una sentencia condenatoria, que abre la siguiente fase procesal (la

el órgano jurisdiccional tienen como presupuesto la apariencia de comisión delictiva, lo que implica que quiera el ordenamiento hacer nacer el derecho de defensa para el sujeto contra quien se dirigen, al menos mientras resulte vigente el acto que se basa en el presupuesto de culpabilidad.

²³⁴ Si se acuerda la apertura del juicio oral será porque alguna parte acusadora lo ha solicitado, haya o no acompañado a tal solicitud el escrito de alegaciones inicial (escrito de acusación o de calificaciones provisionales). Así que la apertura de juicio oral no siempre irá precedida de la acusación formal. No obstante, la propia petición de apertura constituye una manifestación implícita de la voluntad de acusar (de otro modo, se solicitaría el sobreseimiento). Si la acusación formal es anterior o posterior al auto de apertura de juicio oral dependerá del tipo de proceso en que nos encontremos (ordinario o abreviado) e incide, directamente, en la virtualidad del auto de apertura como medio de delimitación del objeto del proceso.

²³⁵ Las resoluciones marcadas en cursiva en el último párrafo pueden identificarse con las “consideraciones generales” expuestas en el capítulo I § II.4. A. a.

²³⁶ Sobre la posibilidad, probabilidad y certeza, *vid. infra*, capítulo IV § II.

²³⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G; afirma que el control de los presupuestos materiales de la acción penal es la función primordial de la fase intermedia, en *El periodo intermedio del proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 23 a 67.

ejecución), pero cuando no puede serlo, provoca la terminación del proceso mediante la absolución.

Quiere apuntarse una última cuestión antes de pasar al siguiente subapartado: ¿cómo incide sobre el sujeto pasivo el aumento de gradación de certeza del hecho (delictivo) y su relación con el mismo? Cabe constatar cómo el despliegue de garantías para el sujeto pasivo del proceso se sucede a medida que aumenta el grado de “presunción” de comisión delictiva por su parte. Con la imputación se le atribuye la condición de sujeto pasivo del proceso, y consecuencia directa de esa atribución es el despliegue del derecho de defensa (¿para qué debería tener antes unos derechos procesales si no forma parte del proceso?) y, con la acusación - apertura del juicio oral, el aumento de garantías se asocia directamente con las predicadas del juicio oral. Así, puede constatar que los actos que agravan la situación jurídico-procesal de un determinado sujeto (hay una gran diferencia entre estar inmiscuido en un proceso penal y no estarlo, y entre ser imputado y acusado), reciben como contraprestación jurídica el despliegue de una serie de derechos y garantías para su persona. Constituyen, estas garantías, parte del tratamiento asociado a cada una de las consideraciones generales afirmadas en el proceso²³⁸.

b) Requisitos o exigencias sustantivas y formales del proceso penal.

Con lo dicho, puede definirse el proceso penal como el *instrumento de resolución de la relación (eventualmente) positiva entre un hecho, un sujeto y una norma penal; cumpliendo con esa resolución una función de relación entre el pasado (comisión de un acto delictivo) y su futuro consecuente (condena e imposición de una pena)*. Así, ha de admitirse la relevancia que para la vigencia del proceso tienen los elementos objeto de resolución penal (hecho, sujeto y norma). Éstos, pueden ser identificados como los requisitos o *exigencias sustantivas* del proceso penal, por cuanto son (en distinto

²³⁸ Con esto último se ilustra que el tratamiento, anudado a la consideración, tiene dos vertientes: una represiva, que marca el grado de sujeción al proceso y el alcance de la concreta injerencia en las libertades individuales del sujeto pasivo del mismo; y otra garantista, que incluye en el tratamiento posibilidades defensivas para el sujeto sobre el que recae dicha injerencia estatal. Esta idea, que ya fue apuntada en el capítulo anterior (§ II.4.B, *if*), y volverá a ser utilizada en el siguiente, al hilo de la determinación de un listado de medidas de este género (*Vid. infra*, capítulo III § IV.2)

sentido) absolutamente necesarios para lograr el fin que patrocina aquél concepto de proceso penal²³⁹.

Más allá de los requisitos directamente vinculados al *contenido* de la resolución penal, la válida realización del proceso punitivo encuentra otros condicionantes, a los que se ha optado por llamar *exigencias formales* del proceso penal. Si las *exigencias sustantivas* responden a la pregunta: ¿sobre qué recae / qué integra la resolución penal?; las *formales* identifican de qué manera debe llevarse a cabo esa resolución: es en este último tipo de exigencias dónde cabe situar las garantías procesales.

Así, el proceso penal tiene requisitos sustantivos y formales. Debe advertirse, para evitar confusiones, que, en tanto el proceso es una sucesión de actos jurídicamente regulada, ambos tipos de exigencias son objeto de previsión normativa. A su vez, la regulación jurídica de los *elementos* que integran el juicio de resolución penal y la *forma* en que ese juicio debe realizarse, puede estar prevista en normas legales o constitucionales, y adoptar la estructura de reglas o principios. En cualquiera de estos rangos y estructuras normativas puede apreciarse cómo se exigen *formas* sobre el *objeto* de la resolución penal (así sucede con aquellos requisitos afirmados como inherentes a un sistema judicial del que puede predicarse el carácter de justo²⁴⁰, y con los que expresan concretas opciones de adecuación al derecho material al que sirven²⁴¹). También es posible encontrar, entre aquellas normas, exigencias *sólo* relativas a la *forma*²⁴².

²³⁹ Recuérdese al respecto que, asumida la función de aseguramiento y ante la pregunta: “¿qué aseguran las medidas cautelares?”, se optó por basar el análisis del fundamento cautelar en la más indiscutida de las funciones del proceso: la aplicación (que no funcionalidad) del *ius puniendi*. Con esto, se dijo, las medidas cautelares deben asegurar la realización material del proceso y, por ende, los elementos esenciales de la resolución penal. *Vid. supra*, en este mismo capítulo, § II.1.B.

²⁴⁰ Así, por ejemplo, el principio de audiencia o contradicción, el derecho de defensa o el principio de igualdad. Muestra de lo que se afirma en el texto principal, es que el principio de audiencia, además de constituir un principio general del proceso penal, encuentra un claro apoyo constitucional en la prohibición de indefensión prevista en el art. 24.1 la Carta Magna y, también, precisamente por su carácter informador, encuentra reflejo en varias previsiones legales orientadas al respeto de la audiencia, sobre todo en uno de sus concretos contenidos, el derecho de defensa.

²⁴¹ Así sucede con el principio de oficialidad (y el dispositivo en el orden civil) y sus concreciones legales. *Vid. BERZOSA FRANCO*, V; “Principios del proceso”, en *Justicia*, n° 3, 1992, pp. 553 a 620.

²⁴² Éstos deben identificarse con los denominados principios del procedimiento, directamente derivados de las dos grandes formas históricas del proceso, que hoy, dotados de autonomía, constituyen verdaderas

Por esto, ha de observarse que existe una interacción entre el *objeto* y la *forma*: así, fijando la forma en que debe llevarse a cabo la resolución penal, puede incidirse en los elementos sustantivos de la misma. Por ejemplo, el principio acusatorio incide en el *hecho* y el *sujeto* a enjuiciar, atribuyendo en exclusiva su fijación al sujeto acusador. Otro ejemplo, el principio de audiencia exige la posibilidad de que el *sujeto* contradiga, entre otros extremos, los *hechos*. La interacción entre *objeto* y *forma* se ha manifestado también a la inversa: las exigencias sustantivas pueden influir o justificar una determinada elección formal; así, en ocasiones, las exigencias sustantivas han sido utilizadas por la doctrina como elemento de explicación de una concreta opción formal²⁴³.

La interacción entre exigencias sustantivas y formales adquirirá especial relevancia en el momento de valorar los efectos asociados a su ausencia o a la contravención de los requisitos del proceso²⁴⁴.

B) El elemento objetivo del fundamento de la tutela cautelar penal: el *riesgo de frustración procesal*.

a) La ausencia de requisitos o exigencias del proceso: los peligros para el proceso y sus efectos.

En el apartado anterior se ha hablado somera, genérica y además indistintamente, de *requisitos* o *exigencias* (sustantivas y formales) del proceso penal²⁴⁵. Resulta obvio que cuando algo se exige, esto es, cuando se establecen unos requisitos (para la resolución penal, en lo que ahora interesa), su no concurrencia provoca alguna modificación o

garantías procesales. También estas normas adoptan en la actualidad, además de la forma de principio, rango constitucional, y legal.

²⁴³ En este sentido, por ejemplo, CARNELUTTI basa la necesidad de presencia del imputado en el fin práctico del proceso penal, que es la imposición y ejecución de la pena cuando proceda; en *Lecciones...*; *ob.cit*; pp. 195 y 201. Con este argumento, podría explicarse también que no sea necesaria la presencia del sujeto pasivo del proceso en el juicio cuando la pena privativa de libertad puede sustituirse por la de multa. Aquí, la exigencia sustantiva permite una determinada forma (el juicio en ausencia).

²⁴⁴ *Vid.*, especialmente, capítulo III § III.

²⁴⁵ Una nueva referencia al significado de las palabras parece conveniente, puesto que es lo que permite la equiparación de ambos términos: la *exigencia* es el efecto de pedir a una cosa, por su naturaleza o circunstancia, algún *requisito*. Además, hay que apuntar que, esencialmente, el *requisito* es una circunstancia o condición *necesaria* para algo. VOCES “exigencia” y “requisito”, en *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; pp. 1018 y 1953, respectivamente.

consecuencia negativa en o para el objeto de esas exigencias: el proceso. De otro modo, no hablaríamos de exigencias, sino de recomendaciones²⁴⁶.

Pues bien, es a la eventual ausencia de esos requisitos o exigencias que se ha dado en llamar *peligros o riesgos para el proceso*²⁴⁷. En clara consonancia con lo descrito en el apartado anterior, cabe precisar que los *riesgos para el proceso* pueden venir referidos a exigencias tanto formales como sustantivas. Las consecuencias de ambas contravenciones no tienen los mismos efectos sobre la vigencia y realización del proceso, como se verá a continuación.

Normalmente, las infracciones a lo que se ha calificado *supra* como requisitos formales, pueden provocar la nulidad²⁴⁸, bien del acto procesal concreto, bien de los sucesivos a éste²⁴⁹. Puede observarse, a partir de la legislación aplicable, que la infracción de uno de estos requisitos formales no provoca la “desaparición” del proceso, sino su “dilación”: esto es, la materialización de un peligro relativo a una exigencia formal tiene como efecto la retroacción de las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que haya originado la nulidad, y la continuación del mismo prescindiendo del acto declarado nulo²⁵⁰. No quiere dejar de advertirse, en este momento, que lo dicho debe ser (y será en breve) objeto de matiz.

²⁴⁶ Personificando el proceso a efectos de definir ahora “recomendación”, diríamos que ésta es el “efecto de aconsejar algo (*la audiencia, la igualdad, la publicidad...*) a alguien (*el proceso*) para bien suyo”. VOCES: “recomendación” y “recomendar”, en *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; pp. 1913 y 1914, respectivamente.

²⁴⁷ Es la existencia de estos *peligros o riesgos para el proceso* la que identifica la necesidad objetiva de defensa del proceso penal, que se afirmó en el primer título de este capítulo como el fenómeno jurídico del que parte la determinación del fundamento cautelar. Una expresión similar (*il rischio del processo*) fue utilizada por DE LUCA (*Lineamenti della tutela cautelare penale...*; *ob.cit*; p. 27) para identificar una idea íntimamente relacionada con la noción de *riesgo de frustración procesal*: que el proceso constituye la ocasión para frustrar la realización del derecho penal.

²⁴⁸ Los motivos de nulidad están recogidos en el art. 238 LOPJ, que establece: “Los actos procesales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 1º) Cuando se produzcan por o ante el tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional; 2º) Cuando se realicen bajo violencia o intimidación, 3º) Cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión; 4º) Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva; 5º) Cuando se celebren vistas sin la preceptiva intervención del secretario judicial; 6º) En los demás casos en los que las leyes procesales así lo establezcan.”

²⁴⁹ El art. 243.1 LOPJ positiviza, de este modo, el principio de conservación de los actos procesales: “La nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad.”

El ordenamiento jurídico prevé otras consecuencias cuando el *riesgo para el proceso* se relaciona con las *exigencias sustantivas* del mismo. Lo que sucede cuando alguno de los elementos de resolución penal desaparece o cuando deviene imposible la relación positiva de esos elementos, puede ser analizado respecto de cada uno de ellos:

a) Naturalmente, el *hecho pasado* no puede desaparecer, pues no es una realidad material, sino un trozo de historia que dejó de existir en el preciso instante en que sucedió²⁵¹. Pero, normalmente, sí subsisten de aquél hecho resquicios materiales, manifestaciones reales del mismo, que constituyen indicios de su perpetración, eventualmente válidos como fuente de prueba y, en tal caso, posteriores pruebas tendentes a fundamentar fácticamente la sentencia penal. Así, mientras la existencia (actual) del hecho no es necesaria para el fin del proceso, sí son necesarios los indicios mediante los que aquél puede ser probado. Y, mientras no puede afirmarse la desaparición de una franja histórica, sí puede hacerse lo propio respecto de los indicios que permiten conocerla, explicarla y probarla.

La desaparición de esos indicios provoca, en función del supuesto concreto (por lo que cabría decir que puede provocar), el fin o la suspensión del proceso, mediante el instituto del sobreseimiento libre o provisional, respectivamente²⁵². Y si la fase intermedia es superada, la falta de indicios puede dar lugar a una práctica probatoria insuficiente para fundamentar la condena.

b) En cuanto al *sujeto*, su presencia se ha asociado normalmente al respeto al derecho de defensa, aunque, como se ha explicado anteriormente, la necesidad de dicha presencia a lo largo del proceso es trascendental tanto para la evolución de la resolución penal como para el propio fin del proceso: la imposición y ejecución de una condena, si

²⁵⁰ Cabe advertir que rige el principio general de enmienda de los actos procesales (*vid.* arts. 240.2, 243.3 y .4 LOPJ). Sólo desechada la posibilidad material de subsanación del acto potencialmente nulo (art. 267 LOPJ), la nulidad de pleno derecho podrá ser declarada de oficio (art. 240.2 LOPJ) o, solicitada por la parte a través de los recursos legalmente establecidos contra la resolución de que se trate (incluido, aunque no sea técnicamente un recurso, el incidente excepcional de nulidad de actuaciones –art. 241 LOPJ-). Además, si las infracciones lo son de un requisito constitucionalizado en la sección relativa a Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, es posible que, a través del recurso de amparo (art. 41 LOTC), se declare también la nulidad de la resolución o acto concreto objeto de impugnación (art. 55 LOTC).

²⁵¹ Aunque cabe la posibilidad que, tratándose de un delito continuado (caracterizado por una pluralidad de acciones homogéneas) o permanente (identificado por la ininterrupción de la acción típica), su perpetración en el tiempo se demore hasta bien entrada la instrucción, el juicio penal siempre versa sobre hechos pasados.

²⁵² Arts. 637.1º y 641.1º y 2º LECrim. Más extensamente, *vid. infra* capítulo III § III.2.

procede²⁵³. El efecto principal del escamoteo o desaparición del sujeto pasivo del proceso es la suspensión del juicio oral²⁵⁴. El efecto derivado, no de la desaparición del sujeto, sino de su indeterminación, hay que asociarlo a la falta de indicios para acusar a determinada o determinadas personas, por lo que este supuesto debe reconducirse a lo dicho en el párrafo precedente, sobre la necesidad de indicios del hecho pasado²⁵⁵.

c) Los peligros para el proceso relativos a la norma penal pueden tener su causa en la invalidación de la norma (derogación) o en la modificación de la misma (reforma legal). Pese a que el análisis de los efectos que el ordenamiento prevé para la desaparición de la norma parece depender de distintas variables, que en mi opinión podrían conducir a resultados distintos, lo cierto es que la aplicación del principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar, en estos casos, la finalización del proceso mediante sobreseimiento libre²⁵⁶.

Puede observarse que sólo los riesgos relacionados con lo que se ha calificado como requisitos sustantivos pueden provocar la “desaparición” del proceso, si el efecto del peligro es definitivo, o su paralización, si aquél puede calificarse de provisional. En consecuencia, sólo en estos casos puede hablarse de *frustración del proceso*, en tanto la

²⁵³ También son diversas las excepciones a la necesaria presencia del acusado en el juicio oral. Se ha advertido que tal excepción ha obedecido (en el juicio de faltas, de acuerdo con la única excepción existente, hasta 1988, a la preceptiva presencia) al “deseo de evitar los perjuicios que la presencia obligatoria ocasionaría al imputado, mayores (...) que la propia pena” (MONTERO AROCA, J; “La ausencia del imputado en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981, p. 557.

²⁵⁴ Art. 840 LECrim. Más extensamente, *vid. infra* capítulo III § III.1.

²⁵⁵ No parece conveniente analizar, en esta obra, todo aquello concerniente a la relación entre el sujeto y el hecho, en sede de la teoría sobre el objeto del proceso penal. Aunque en este trabajo haya convenido separar el hecho que se enjuicia del sujeto pasivo del proceso, resulta del todo lógico que el hecho siempre debe estar atribuido a un sujeto (por imperativo de la propia configuración penal sustantiva) y que ese sujeto debe ser el mismo que ostenta la condición pasiva en el proceso penal. Entonces, el hecho objeto de juicio integra por fuerza al sujeto que lo cometió, y este es el motivo por el que la indeterminación del sujeto que realizó la conducta típica debe derivarse directamente a la falta de indicios sobre el hecho.

²⁵⁶ Las variables que influyen en los efectos de la desaparición de la norma son la “causa” de esa desaparición (reforma, derogación y, dentro de ésta, derogación por reforma legal o por declaración de inconstitucionalidad); la sujeción del hecho objeto de juicio al derecho vigente en el momento en que sucedió, y el régimen de retroactividad de las leyes. Sobre esto, puede leerse a DIEZ-PICAZO, LM; *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990; FALCÓN Y TELLA, MJ; *Concepto y fundamento de la validez del derecho*; Civitas, Madrid, 1994; SUAREZ COLLÍA, JM; *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Actas, Madrid, 1994; AGULLÓ, J; *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, Mexico, 1995; CAAMAÑO, F; *La garantía constitucional de la inocencia, ob.cit*; especialmente pp. 133 a 146.

materialización de dicho peligro implica *dejar sin efecto un propósito* (la realización del derecho penal) *contra la intención de quién procura realizarlo* (el Estado)²⁵⁷. Cabe introducir, de acuerdo con esto, un nuevo (y especialmente relevante) concepto en este trabajo: el *riesgo de frustración procesal*.

Antes, no obstante, quiere matizarse la conclusión que se incluye en el párrafo precedente. Y es que, determinadas interrelaciones entre requisitos formales y sustantivos pueden propiciar que, la contravención de un requisito formal haya de ser considerada también un riesgo de frustración procesal. Si se recuerda, se ha afirmado que la infracción de un requisito formal provoca la dilación del proceso en tanto, afirmada judicialmente dicha infracción, éste se retrotrae hasta el momento anterior a la nulidad y prosigue desde ese punto. Pero (y aquí el matiz) cuando el acto nulo no puede ser practicado de nuevo y afectaba además a un elemento esencial de la resolución penal, puede afirmarse, en ocasiones, que la contravención de una exigencia formal provoca “indirectamente” la frustración del proceso. Intentaré ilustrar esta idea con un ejemplo: Constituye un requisito formal del proceso, de acuerdo con su definición anterior, el respeto a los derechos fundamentales del sujeto pasivo del proceso. Si se vulnera tal exigencia en las diligencias de investigación del hecho, los medios de prueba que esas diligencias reporten no serán válidos para fundamentar la condena (ni siquiera la apertura del juicio oral). En otras palabras: la vulneración de un derecho fundamental en la obtención de una fuente o medio de prueba impide, en principio²⁵⁸, verificar el hecho mediante esa prueba.

Presentados pues los distintos efectos asociados a la ausencia de requisitos del proceso, estamos en disposición de definir el que será, en adelante, el elemento objetivo del fundamento cautelar propuesto en el presente trabajo.

b) La ausencia de requisitos sustantivos y el concepto *riesgo de frustración procesal*.

Se entiende por *riesgo de frustración procesal* aquél cuya materialización provoca la desaparición o indeterminación de los elementos esenciales del juicio de declaración y del proceso de ejecución, esto es, aquél que, de realizarse, priva de la concurrencia de

²⁵⁷ VOZ: “Frustrar”, en el *Diccionario de la Lengua...*, *ob.cit*; p. 1093.

²⁵⁸ Y salvo construcciones doctrinales y jurisprudenciales varias que tienden, en definitiva, a evitar que el proceso sea frustrado por esa contravención formal.

los requisitos sustantivos del proceso e impide, por ende, la resolución de la cuestión penal conforme a la verdad material y la ejecución de la consecuencia asociada a dicha resolución. Simplificando, el *riesgo de frustración procesal* es aquél que eventualmente imposibilita la válida prosecución del proceso y la realización de su fin.

Como puede observarse, en el párrafo precedente se ha definido *riesgo de frustración procesal* a partir de los efectos de su materialización. Se ha hecho de este modo porque son precisamente esos efectos, esas consecuencias, las que justifican la protección ofrecida por el género cautelar²⁵⁹. Pero si quiere definirse de otro modo el *riesgo de frustración procesal*, puede identificarse con aquella eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso. A este nivel, la eventualidad o contingencia de dicha ausencia constituye un parámetro objetivo, pues la medida en que un proceso pueda ser frustrado dependerá de la configuración normativa del mismo, de los requisitos que, en relación con el objeto del proceso, el ordenamiento exija para cada tipo de procedimiento. Así, el *riesgo de frustración procesal* es un concepto *objetivo*, tanto por razón de su *apreciación* como de su *contenido*²⁶⁰.

Con todo, se dijo al inicio de este capítulo que las medidas cautelares protegen el proceso de determinados peligros. Ahora puede concretarse que esos peligros son los que se identifican con el *riesgo de frustración procesal*. En consecuencia, puede afirmarse (1) que la protección ofrecida por las medidas cautelares alcanza la de los elementos sustantivos del proceso y (2) que la necesidad de éstos, y las consecuencias de su ausencia, justifican *parcialmente* la existencia del género cautelar²⁶¹.

Con la primera de las anteriores afirmaciones se responde a la pregunta *¿qué defienden las medidas cautelares?* Identificado el elemento objetivo del fundamento cautelar

²⁵⁹ Y con esto habría de justificarse el contenido de lo expuesto en las páginas precedentes.

²⁶⁰ Sobre la concreción y apreciación del *riesgo de frustración procesal*, en un ordenamiento y en un proceso concretos, *vid. infra*, capítulo III § III, capítulo IV § I.1 y capítulo VII § I.1.E.a.

²⁶¹ Que el *riesgo de frustración procesal* integre el fundamento de las medidas cautelares se aviene con los fines procesales tradicionalmente afirmados de la prisión provisional y, por extensión, de las medidas cautelares penales en general. Así, el fin llamado *evitar la obstrucción de la investigación*, o *evitar la ocultación de fuentes de prueba*, responde directamente a la necesidad de proteger los indicios que permiten conocer el *hecho*. Por otro lado, resulta manifiesto cuál es el objeto de protección de aquellas medidas acordadas con el fin de *evitar la fuga del sujeto pasivo del proceso*.

penal (esto es, aquello que puede protegerse mediante las medidas de este género) con el *riesgo de frustración procesal*, cabe advertir una diferencia específica con lo que, al respecto, se afirma en el orden civil. Dejando de lado ahora la discusión sobre el fundamento material o procesal de las medidas cautelares civiles, y tomando como referencia este último, debe percibirse que en el orden civil el aseguramiento ofrecido por la tutela cautelar se refiere sólo a la consecuencia de la declaración jurisdiccional (la ejecución), pero no a la misma declaración. En el orden penal, en cambio, la tutela dispensada por las medidas cautelares abarca tanto la fase de declaración como la de ejecución.

La diferente extensión del fundamento procesal de la tutela cautelar, en un orden y en el otro, encuentra justificación en el concurso de varios factores, íntimamente relacionados entre ellos. Este fenómeno puede explicarse como sigue:

La vigencia del principio dispositivo en el proceso civil provoca que, para la protección de la fase declarativa no sea necesario incidir o limitar derecho material alguno del “sujeto peligroso”, y esto porque: (1) Las partes disponen del objeto del proceso, de manera que tienen la capacidad de fijar los hechos a enjuiciar, pudiendo dejar fuera de la tutela solicitada elementos fácticos que integran la totalidad de la situación jurídico-material, y además (2) una vez fijado el objeto fáctico del proceso, los obstáculos que cada parte cree para la verificación de esos hechos se salvan con mecanismos procesales de fijación de hechos, como la *ficta confesio*, u otras reglas, como la relativa a la carga de la prueba, por ejemplo. Por estos motivos se aduce normalmente que en el proceso civil se persigue la verdad formal, no material. Por último, (3) la presencia de las partes tampoco es indispensable para sustanciar el proceso de declaración, sino que entra dentro de su ámbito de disposición, de manera que su ausencia o inactividad lleva aparejada, normalmente, la preclusión de alegación y prueba. La desaparición del proceso civil por “ausencia” de las partes se hace depender del interés manifestado, expresa o tácitamente, por cada una de ellas²⁶².

²⁶² Así, la inasistencia de ambas partes a la audiencia previa al juicio provoca el sobreseimiento de la causa ya que, en estos casos, cabe entender la ausencia de interés de ambas en la continuación del litigio. La incomparecencia del demandado no tiene efecto alguno más allá de la preclusión de proponer prueba, y esto, obviamente, por existir un interés a proteger en el proceso, el del demandante que lo inició y que continúa manifestando dicho interés presentándose en la audiencia previa. Cuando el que no asiste dicha audiencia es el demandante, la continuación del proceso se hace depender de que el demandado manifieste o no interés en la continuación del mismo (por todos, art. 414.3 LEC). Con todo, cabe señalar como substrato de todo esto el interés privado que subyace en el conflicto civil.

El objeto del proceso penal, en cambio, no es disponible para las partes: el sujeto pasivo no puede modificar la determinación de los *hechos* a enjuiciar, delimitados por la acusación, y que reconozca algunos no conlleva necesariamente que éstos se den por existentes o ciertos²⁶³. El sujeto activo del proceso, si bien delimita el hecho punible (por exigencia del principio acusatorio), no puede disponer de él, en el sentido que “no puede prescindir en la acusación de aspecto alguno del hecho que tenga relevancia jurídica penal”²⁶⁴. La vigencia del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra uno mismo impiden aplicar formalmente al proceso penal mecanismos como la carga de la prueba civil o la *ficta confesio*. En otro orden de consideraciones, dado que la responsabilidad penal es personal e “intransferible”, la ausencia del sujeto pasivo implicará en la mayoría de ocasiones que no pueda ejecutarse la pena impuesta en la sentencia. Todos estos extremos, unidos a la persecución de la verdad material de los hechos, hacen necesaria la protección de la fase de declaración mediante distintos mecanismos, entre ellos las medidas cautelares.

Más allá de la protección que objetivamente puede dispensar la tutela cautelar, se ha escrito *supra* que la necesidad de los elementos sustantivos del proceso, y las consecuencias de su ausencia, justifican *parcialmente* la existencia del género cautelar. Concretemos el sentido de esta afirmación, en el apartado que sigue.

C) El elemento subjetivo del fundamento de la tutela cautelar penal: la *peligrosidad procesal* del imputado.

Se acaba de determinar que los peligros que pueden frustrar la vigencia del proceso penal y la realización del *ius puniendi* son aquellos que llevan asociada la desaparición de los elementos esenciales del juicio de declaración y de la fase de ejecución. Con todo, parece que la determinación del concepto *riesgo de frustración procesal* no ultima el fundamento de las medidas cautelares, puesto que existen diversos actos en el proceso, no calificados como cautelares por la doctrina ni la jurisprudencia, que también

²⁶³ MONTERO AROCA, J; *Principios del proceso...*; *ob.cit.*; p. 129.

²⁶⁴ Así lo afirma respecto al Ministerio Fiscal, MONTERO AROCA, J; en *Los principios del proceso...*, *ob.cit.*; p. 135. Bajo el epígrafe titulado “Los principios sobre el objeto”, señala, junto a la delimitación progresiva y la inmutabilidad, la *indivisibilidad* e *indisponibilidad* del objeto del proceso penal. Identificado el objeto del proceso con el hecho punible, advierte el autor que “el hecho debe conformar el proceso tal y como aparece en la realidad, con todas sus circunstancias y con todos los actos que lo componen”.

pretenden trabar la materialización de dicho riesgo: Así, a título de ejemplo, la práctica anticipada de prueba, la preconstitución de ésta, las diligencias de investigación en general, el secreto de sumario, el comiso de determinados efectos instrumentales o materiales del hecho, la protección de testigos, la coacción a testigos, la prohibición de libre elección de abogado, la extradición o la orden europea de detención y entrega.

Por consiguiente, es posible que la clave para concluir la clase de peligro que justifica la adopción de una medida cautelar no resida en el elemento objetivo (u objeto de protección), sino en el subjetivo. Con esto quiere cuestionarse: ¿Cabe asegurar la celebración del juicio aplicando una medida cautelar sobre el testigo se teme no comparecerá? ¿Cabe denominar medida cautelar a aquella coacción que se realiza sobre el testigo que no ha comparecido, a fin de que lo haga? ¿Pueden extenderse las medidas cautelares a sujetos no imputados de los que se temen reacciones atentatorias contra la vida de la víctima, “objeto” de protección por la consecuencia jurídica del delito? ¿Cabe decir que la desaparición de un indicio del hecho, de carácter perenne, por el simple paso del tiempo, justifica la adopción de una medida cautelar? ¿Es lícito decretar prisión provisional sobre el imputado para defender su integridad física, incluso su vida, de linchamientos populares?

La respuesta intuitiva a estos interrogantes tiene signo negativo. La causa es que los efectos de la imposición de lo que se ha considerado, más o menos unánimemente, medida cautelar en nuestro ordenamiento jurídico recaen sobre el imputado: así, algunas de las situaciones presentadas en las preguntas anteriores quedarían fuera del género cautelar. Con lo anterior, puede parecer que la determinación del fundamento requiere identificar sobre qué sujetos debe acordarse una medida coactiva con un fin de aseguramiento del proceso, para que ésta pueda ser calificada como cautelar. Pero un alto en el razonamiento permite advertir que esa concreción no puede hacerse sino después de haber concluido el fundamento de la tutela cautelar penal. En otras palabras: determinar sobre qué sujetos recae una medida cautelar no es causa ni contenido del fundamento, sino consecuencia del mismo.

Entonces, la cuestión sobre el elemento subjetivo del fundamento cautelar penal no pasa por afirmar que la medida de este tipo recae tradicionalmente sobre el imputado, sino indagar por qué es así. En mi opinión, la respuesta a este interrogante requiere cohonestar (1) el posible origen o causa de materialización del *riesgo de frustración*

procesal, (2) las garantías ofrecidas por el Estado a los distintos sujetos que pueden ser causa de aquella materialización y (3) la reacción del ordenamiento ante el *riesgo de frustración procesal* en función del sujeto que lo provoque o pueda provocarlo²⁶⁵.

No obstante, antes de acometer dicho análisis, se estima conveniente avanzar en estas líneas el concepto que identificará el elemento subjetivo del fundamento cautelar penal propuesto en esta tesis: la *peligrosidad procesal potencial*. Baste decir, por ahora, que ésta puede ser definida como aquella *aptitud y actitud* para materializar un *riesgo de frustración procesal*.

a) Origen o causa de la frustración del proceso.

Recuérdese que el *riesgo de frustración procesal* es un concepto objetivo, indicativo de la eventual imposibilidad de realización del proceso, por razón de su configuración. Admitido esto, cabe preguntarse acerca de las *causas* que pueden provocar la materialización de ese riesgo, esto es, la efectiva frustración del proceso. Al respecto, ha de advertirse que dicha contingencia puede traer causa en la conducta y voluntad de distintos sujetos, o incluso de ninguno²⁶⁶.

Algunos de aquellos peligros se materializan directamente por el transcurso del tiempo²⁶⁷, otros pueden venir provocados por el propio órgano jurisdiccional²⁶⁸, o por

²⁶⁵ Con este último parámetro, se admite, se resuelve tautológicamente la cuestión relativa al elemento subjetivo del fundamento cautelar, al utilizar el contenido subjetivo de la medida para justificar el mismo contenido. El argumento, no obstante, se sostiene en otros parámetros, cuáles son las *garantías* atribuidas por el ordenamiento a los distintos sujetos *potencialmente peligrosos* para el proceso. Pese a que se ha intentado, el razonamiento parcialmente tautológico no puede evitarse pues, en última instancia, no se está aquí “inventando” el elemento subjetivo del fundamento, sino apreciando el que en nuestro ordenamiento se advierte. La cuestión del elemento subjetivo, se verá en distintos lugares del trabajo, ha de integrarse en la relación de poder entre el Estado y los ciudadanos, reconduciéndose a la relación “consideración-tratamiento” que integra la regla de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal.

²⁶⁶ Con la referencia a la causa de materialización de un riesgo de frustración procesal se ha introducido, en el texto principal, uno de los problemas centrales de la filosofía y las ciencias jurídicas. Sobre este tema se incidirá más adelante, al hilo de la concreción de la *peligrosidad procesal potencial* y el análisis de las razones de un sujeto para actuar. De momento, sólo advertir que en el plano estrictamente jurídico, la doctrina se ha preocupado por fijar criterios de adscripción de efectos causales a las acciones. Entre las teorías que para lo anterior se han formulado, ha de destacarse la de la “equivalencia de condiciones”, de la “causalidad eficiente o próxima”, de la “causalidad adecuada”, de la “causa humana” y de la “causalidad típica”. Estas teorías pueden estudiarse, por ejemplo, en JIMENEZ DE ASÚA; *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, “El delito”, *ob.cit.*; pp. 510 y ss.

²⁶⁷ Así puede suceder, por ejemplo, con la desaparición de huellas dactilares en el lugar del crimen, la descomposición de materias orgánicas constitutivas de indicios criminales, o la muerte por causa natural de un testigo.

²⁶⁸ Piénsese en el Juez que acuerda la práctica de una medida limitativa de derechos fundamentales sin respetar las exigencias derivadas de dicha limitación.

sujetos que no son parte en el proceso²⁶⁹ o, como no, por voluntad del sujeto pasivo del mismo²⁷⁰.

Y es que, en principio, cualquier persona relacionada con un determinado proceso puede llegar a ser peligrosa procesalmente: el sujeto pasivo del proceso; el testigo que no quiere comparecer en juicio; el abogado defensor que quiere ocultar pruebas, colaborar en la fuga del preso o servir de conexión con la banda criminal a la que el sujeto pasivo presuntamente pertenece; el abogado de la acusación particular (o el acusador público, por qué no) que pretende obstruir la recogida de fuentes de prueba favorables a la defensa; el familiar o amigo del sujeto pasivo que actuaría como medio de destrucción de indicios de cargo, o que le facilitará la huida; o el juez que pretende dictar una sentencia injusta a sabiendas de ella, o que permite la obtención ilícita de una fuente de prueba. Ciertamente, la animosidad, asociada a determinada ventaja o satisfacción personal, para realizar actividades que frustren el normal desarrollo del proceso, parece más probable en el sujeto pasivo y, en segundo término, en sus allegados dispuestos a socorrerlo. Pero hay que admitir que la realidad es tan varia que es fácticamente posible que cualquiera de los sujetos mencionados anteriormente tenga la intención de obstruir la *válida* prosecución y finalización del proceso. A pesar del variopinto listado de potenciales sujetos peligrosos procesalmente, sólo se afirma la imposición de una medida cautelar sobre el sujeto pasivo del proceso, mientras que las demás posibilidades de frustración procesal se abordan desde otros fueros²⁷¹.

Puede observarse que existe una diferencia de *trato* en el modo de *evitar la materialización del riesgo de frustración procesal*, en función de si ese peligro proviene del imputado o de otras fuentes. ¿Cuál es la justificación de este distinto tratamiento? La

²⁶⁹ Así, la ocultación por terceros de determinados indicios, la muerte provocada del sujeto pasivo del proceso o la derogación de la norma, son claros ejemplos de esto.

²⁷⁰ La fuga o una actividad tendente a ocultar los indicios que le incriminen, pueden incluirse como ejemplos de este grupo.

²⁷¹ Por ejemplo, multas a testigos y conducciones a la fuerza cuándo éstos no comparecen a declarar; exigencias profesionales de actuación imparcial y responsabilidades disciplinarias por incumplimiento del deber de imparcialidad y actuación conforme a la ley; o creación de normas penales que tipifican conductas contra la Administración de Justicia.

respuesta requiere, ineludiblemente, volver sobre el concepto de *peligrosidad procesal potencial* presentado hace un momento.

b) La peligrosidad procesal y sus tipos.

Se ha definido la *peligrosidad procesal potencial* como aquella *aptitud y actitud* para materializar un *riesgo de frustración procesal*. Formulemos algunas precisiones respecto a la cualidad genérica que expresa aquel sustantivo (peligrosidad) y a las especificidades de la misma cuando el adjetivo “peligroso” se adjudica en referencia a la frustración del proceso.

La *peligrosidad* puede ser definida como la “cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará el derecho”²⁷². Cabe observar que la fórmula trascrita se enmarca muy particularmente en el campo del estudio jurídico, por lo que su apreciación se hace depender de las prescripciones del Derecho. Pero no quiere dejar de señalarse que la peligrosidad es “un concepto extrajurídico, que el Derecho contempla e incluye en su técnica, con fines de prevención”²⁷³. Esta utilización por el Derecho del concepto «peligrosidad» para fundamentar distintos tipos de injerencia estatal en las libertades del hombre, ha de precisar y adecuar su contenido al concreto objeto de la prevención pretendida. En materia cautelar penal la prevención se refiere a los actos que pueden frustrar la vigencia y realización del proceso penal, único instrumento de aplicación del *ius puniendi*. Quiere protegerse el proceso, en definitiva. Ante la cualidad

²⁷² Pese a que la conformación de un concepto de *peligrosidad* relevante para fundamentar la intervención estatal tiene un largo recorrido histórico (*vid.*, al respecto, SANTOS REQUENA, AA; *La imposición...*; *ob.cit.*; pp. 2 a 34, y la bibliografía allí citada), la introducción del término en el derecho penal moderno se atribuye a FEURBACH quien en 1799 escribió lo siguiente (*vid.* SANTOS REQUENA, AA; *La imposición...*; *ob.cit.*; p. 51): “*Ich setze voraus, dass mit den Worte Gefährlichkeit seinen bestimmten und wahren Sinn verbindet, und nichos welter darunter denkt als diejenige Eigenschaft der Person welche ein Grund der Wahrscheinlichkeit ist, dass sie wirklich Rechte verletzen werde*”. Lo entrecomillado en el texto principal es una expresión minimista de la formulación del jurista alemán, expuesta por RUIZ FUNES, en *La peligrosidad y sus experiencias legales*; La Habana, 1948, p. 18.

La noción de peligrosidad cobró mayor popularidad con la formulación de GARÓFALO (*Studi recenti sulla penalità*, 1878, que la llama *temibilità*) y tiene, entre sus mayores impulsores a ADOLFO PRINS, máximo representante de la noción, presentada en 1892, de “estado peligroso”. Tras ser objeto de un amplio tratamiento por parte de numerosos autores (cuya referencia resultaría excesiva en este momento), fue JIMÉNEZ DE ASÚA quien la entendió como fórmula amplia y omnicompreensiva del fundamento de la intervención estatal.

²⁷³ Así lo afirma SANTOS REQUENA, AA; en *La imposición...*; *ob.cit.*; p. 52, siguiendo a RUIZ FUNES y a ROMEO CASABONA.

de un sujeto para realizar actos de frustración procesal, habrá de afirmarse su *peligrosidad procesal*.

Quieren distinguirse dos grados de *peligrosidad procesal*: la *potencial* y la *real*. La diferencia esencial entre ambas es que, mientras la primera indica sólo la *aptitud* y *actitud* del sujeto para materializar un *riesgo de frustración procesal*, la segunda se afirma con la *realización* de un *acto dirigido* a materializar un *riesgo de frustración procesal*²⁷⁴.

Fijémonos, por un instante, en la *peligrosidad procesal potencial* a fin de presentar brevemente su contenido²⁷⁵. Se ha afirmado de ella que expresa la *aptitud* y *actitud* de un concreto sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal. Con la *aptitud* me refiero a la *capacidad* (material e intelectual) de ese sujeto para actuar sobre el objeto de protección y con el fin de frustrar el proceso. Pero que pueda actuar no implica necesariamente que vaya a hacerlo. A la *intención* de esa actuación, de utilizar la capacidad afirmada con la aptitud, me refiero cuando nombro la *actitud* como contenido de la *peligrosidad procesal potencial*. Cuando el sujeto materializa esa intención, cuando de la potencia pasa al acto, ha de atribuírsele *normalmente* la cualidad de peligroso procesal real.

Con lo anterior puede observarse que, para poder afirmar ambas peligrosidades procesales es necesaria la concurrencia de un elemento volitivo (se haya o materializado tal elemento en un acto real consecuente)²⁷⁶. Este dato permite afirmar que el simple paso del tiempo, en cuanto carece de esa intencionalidad de actuación es la única de las

²⁷⁴ Si con ese *acto* se ha conseguido o no el objetivo pretendido por el sujeto es cuestión que incide, en ocasiones, en la capacidad del sujeto para frustrar el proceso, lo que, se observará, puede tener alguna relevancia en el recurso al género cautelar. Al respecto *vid. infra*, capítulo IV § I.2.C y .E.

²⁷⁵ La explicación del concepto y sus implicaciones, *infra*, en capítulo IV § I.2.A. y .D.

²⁷⁶ La voluntad, como hecho mental y disposición anímica, es difícilmente apreciable de forma directa y externa. Por esto, más que la concurrencia, habrán de apreciarse, en el caso concreto, manifestaciones suficientes de esa voluntad o intención. El análisis científico de los hechos mentales facilita tal ejercicio, pero, como se verá, siempre existirá cierto grado de incertidumbre sobre la concurrencia de intención cuando el acto a que se refiere no se ha materializado todavía, y aún en estos casos. Precisamente, la diferencia esencial entre *peligrosidad procesal potencial* y *real* es la realización o no de un acto material del que directamente quepa afirmar una actitud. Aún conociendo las dificultades de apreciar el dolo en determinadas conductas.

distintas fuentes del peligro, reseñadas en el apartado anterior, que no puede ostentar una peligrosidad procesal, en ninguno de los dos grados expuestos²⁷⁷.

c) Las reacciones del ordenamiento ante la peligrosidad procesal.

La relación del contenido de los dos subapartados precedentes, permite observar la distinta reacción del ordenamiento jurídico ante la eventual materialización de un *riesgo de frustración procesal*, en función del sujeto de que provenga. Así:

a) Cuando la materialización de un *riesgo de frustración procesal* proviene de personas distintas al sujeto pasivo del proceso, el ordenamiento reacciona a una *peligrosidad procesal real*, esto es, una vez constatada una actuación tendente a la frustración del proceso. En otras palabras, los delitos tipificados en los arts. 446 a 466 y 470 CP, las multas y conducciones a la fuerza de testigos, las responsabilidades disciplinarias, civiles e incluso penales de los profesionales de la justicia, todo ello constituyen reacciones *a posteriori*, cuya previsión normativa sin duda puede influir en la animosidad de quien se encuentra la posibilidad de frustrar el proceso, pero que no tienen efectos materiales hasta la *realización* del acto peligroso²⁷⁸.

b) En cambio, cuando aquélla contingencia se predica del imputado, la reacción del ordenamiento aparece con la simple *peligrosidad procesal potencial*. Esto último no excluye que si el *riesgo de frustración procesal* se ha materializado por un acto del sujeto pasivo, el ordenamiento pueda actuar también contra esa *peligrosidad procesal real*.

²⁷⁷ La intencionalidad o voluntariedad del *acto*, en este caso delictivo, es uno de los motivos por los que, como se dijo, JIMÉNEZ DE ASÚA prefiere utilizar este sustantivo en lugar de *hecho*, como primer carácter del delito. Para él, el *hecho* es “todo acontecimiento de la vida y lo mismo puede proceder de la mano de hombre que del mundo de la naturaleza”. El *acto*, en cambio, proviene sólo del hombre, que tiene voluntad e intelecto. Precisamente al hilo de este análisis sostiene que, pese a que pueden imponerse medidas asegurativas, sanciones disciplinarias y de responsabilidad civil, no se pueden imponer penas ni pensar que las *personas jurídicas* puedan cometer delitos, y esto porque carecen de los elementos intelectuales del dolo: conocimiento de los hechos y su significación; en *Lecciones...*; *ob.cit*; *loc.cit*. en nota al pie 158. Parece que la ausencia de voluntariedad también impide afirmar la peligrosidad procesal de las personas jurídicas, pero todavía otro argumento permitiría negar la aplicación de medidas cautelares penales sobre estos sujetos: conceptualmente no pueden, hoy, ser sujeto pasivo del proceso penal (sí del civil acumulado). A pesar de ser, la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un tema altamente candente y de necesaria determinación, intentar abordarlo en este momento y en esta sede resulta un cometido cuyo resultado habría de tacharse, forzosamente, de insuficiente y superfluo.

²⁷⁸ Ha de tomarse con todas las precauciones lo afirmado en el texto que justifica esa nota al pie (y por esto la cursiva en “realización”): Los penalistas conocen las dificultades en la observación práctica de los actos ejecutivos y los actos meramente internos.

Se observa, entonces, que el ordenamiento afronta de forma distinta la posible frustración del proceso, la existencia, en definitiva, de un *riesgo de frustración procesal*: Cuando su posible materialización proviene del imputado, basta que concurra en él la *peligrosidad procesal potencial* para incidir en los derechos del sujeto peligroso; mientras que, para incidir directamente en los derechos del sujeto peligroso distinto al imputado, es necesaria la concurrencia de *peligrosidad procesal real*. En estos últimos casos, la materialización del *riesgo de frustración procesal* tiene como único medio de evitación la coacción psíquica ofrecida por la norma que prevé la consecuencia a aquel acto. En el caso del sujeto pasivo, dicha evitación va más allá de los efectos psíquicos de la norma y se traduce en un acto material de coacción sobre sus derechos²⁷⁹.

Esa diferencia de *trato* resulta razonable si atendemos a que el imputado se encuentra en una situación jurídica de sujeción al proceso muy distinta a la que ostentan los demás sujetos: sobre el sujeto pasivo del proceso se ha dictado una resolución que fija una consideración distinta a la plena inocencia (inocencia que en principio se presume, recordémoslo, de todo ciudadano: también del juez, abogados, Ministerio Fiscal, testigos, familiares, etc.) y que habilita al Estado a otorgar un determinado tratamiento, de sujeción, a aquel individuo²⁸⁰. Además, no puede obviarse que, con la imputación, también se está cuestionando judicialmente la eficacia sobre el sujeto imputado de la motivación indirecta de la conducta, esto es, se “duda” que la simple coacción psíquica provocada por la previsión de una sanción actúe suficientemente en el ánimo del sujeto. En cambio, el Estado no tiene siquiera una habilitación general a partir de la que restringir derechos a las demás personas con potencialidad peligrosa procesal, pues deben ser tratadas, respecto al hecho penal y el proceso que lo enjuicia, de acuerdo con la condición jurídica que ostentan: la completa inocencia.

En coherencia con esta última idea, también cabe advertir que la condición de sujeto pasivo del proceso, a la par que implica un estado de sujeción al mismo, también supone (como parte garantista, se ha afirmado, del tratamiento dispensado) la atribución a aquel sujeto de un conjunto de garantías defensivas frente a la actividad punitiva estatal, de las que no gozan el resto de sujetos a que nos venimos refiriendo.

²⁷⁹ Esto explica que el sujeto pasivo sea el único respecto al que se valora, por sistema, la peligrosidad procesal potencial. Respecto al método de apreciación de los presupuestos *vid. infra*, capítulo VII § I.1.

²⁸⁰ Y, si no se ha dictado, deberá hacerse antes de aplicar sobre la persona una medida cautelar, o mientras ésta se acuerda.

IV. Concreción del fundamento de las medidas cautelares penales y necesarias derivaciones.

1. Riesgo de frustración procesal, peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo y peligro cautelar abstracto.

En el primer título de este capítulo se avanzó que el fundamento de las medidas cautelares penales es la *necesidad de defensa del proceso frente a eventuales ataques del imputado que constituyen un peligro para su vigencia y realización*.

Es ahora, presentados los parámetros que lo justifican, el momento de precisar ese fundamento. Dicha concreción puede estructurarse en las siguientes conclusiones:

1. El de las medidas cautelares penales es un fundamento *procesal*, por cuanto con él se pretende proteger el proceso. La asunción de un fundamento procesal no descarta *per se* la defensa inmediata del derecho sustantivo objeto del litigio. Por este motivo, la contingencia de atribuir a la tutela cautelar penal un fundamento material ha sido objeto de análisis específico. Dicha posibilidad ha sido negada por la propia naturaleza del derecho penal, por la falta de idoneidad de las medidas cautelares para asegurar la funcionalidad de la pena y por la inconveniencia sistemática de englobar en una misma categoría dos medidas que responden a distintos tipos de peligrosidad.

2. Asumiendo el fundamento procesal de la tutela cautelar penal, se ha dicho que éste parte de un fenómeno previo: la necesidad de defensa del proceso. Esa situación jurídica no condiciona *qué* aspectos del proceso deben ser protegidos, ni *de quién*, mediante las medidas cautelares. La concreción de estos extremos es el propio fundamento de las medidas cautelares penales: su principio justificativo, en definitiva.

3. El fundamento de las medidas cautelares está integrado por un elemento objetivo y otro subjetivo: el primero identifica *lo que debe protegerse del proceso* a través de estas medidas, y el segundo *de quién debe protegerse el proceso* mediante la tutela cautelar.

4. El elemento objetivo del fundamento cautelar penal se identifica con el concepto *riesgo de frustración procesal*. Con el mismo quiere expresarse el peligro para la vigencia y realización del proceso penal, por la eventual ausencia de los *requisitos sustantivos* del mismo, esto es, los elementos esenciales de la resolución penal y de la ejecución de la pena también eventualmente impuesta.

5. Pero la apreciación de un riesgo de frustración procesal no comporta por sí sola el recurso al género cautelar. Falta todavía un elemento más para justificar la existencia de medidas cautelares penales. Este es el elemento subjetivo del fundamento cautelar penal: la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso.

6. La *peligrosidad procesal potencial* ha sido definida como aquella *aptitud y actitud* para materializar un *riesgo de frustración procesal*. Esta cualidad no requiere que el sujeto de quien se afirma haya realizado un acto dirigido a la frustración del proceso. Cuando eso haya sucedido, se hablará de *peligrosidad procesal real* del sujeto.

7. La injerencia del Estado en los derechos del sujeto pasivo del proceso, con el fin de proteger el mismo proceso, requiere sólo la *potencialidad* de esa peligrosidad procesal, esto es, bastará con la *aptitud y actitud* del sujeto para materializar ese riesgo de frustración procesal. Esas cualidades deben ser afirmadas mediante elementos objetivables y, en cualquier caso, personales, no resultando válida pues la adopción de una medida, bajo la cobertura cautelar, cuando esa aptitud se derive del simple paso del tiempo o traiga causa únicamente en la peligrosidad de sujetos distintos al pasivo del proceso. De aceptarse la adopción de una medida cautelar en estos dos últimos supuestos, se estaría infligiendo a una persona un mal, para evitar otro cuya producción no le es atribuible²⁸¹.

²⁸¹ Recuérdese por qué motivo el Tribunal Constitucional declaró que mitigar la alarma social generada por el presunto delito no era justificación válida para decretar la prisión provisional del imputado. De las muchas objeciones que el TC ha manifestado al respecto, algunas de dudosa coherencia con su misma doctrina relativa al fin de evitar la reiteración delictiva, conviene ahora referirse a aquella que niega la validez de aquel fin porque “se impondría por circunstancias y comportamientos absolutamente ajenos a la actuación del encausado que la sufriría”. En consecuencia, se observa aquí la razonabilidad de no atribuir a un sujeto un mal cuando el origen de aquello que justifica el mal no puede, siquiera en parte, atribuirse directamente a ese sujeto. (Sobre esto, *vid.* GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob.cit*; p. 124. Sobre la ilegitimidad del fin “mitigar la alarma social” y otros, *vid.* las páginas 115 a 122, y sobre la imposibilidad que, ni esta circunstancia ni la “frecuencia con que se cometen hechos análogos”, pueda tomarse como indicio con que acreditar el *periculum in mora*, *vid.* las páginas 161 y 162).

8. Son varios los instrumentos que responden a una situación de riesgo de frustración procesal, pero sólo las medidas cautelares responden a la peligrosidad procesal *potencial* del *sujeto pasivo* del proceso. Por este motivo ha de admitirse que el verdadero componente distintivo de la tutela cautelar penal reside en el elemento subjetivo de su fundamento: la *peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso*²⁸².

9. Dado que la tutela cautelar es un mecanismo que actúa ante la potencialidad para materializar el riesgo de frustración procesal, debe afirmarse el carácter *preventivo* de este tipo de tutela. Esto es, las medidas cautelares no reaccionan ante la realización del peligro, sino que intentan evitarla.

10. Si, como de una fórmula matemática se tratara, sumamos ambos elementos (objetivo y subjetivo: *riesgo de frustración procesal* y *peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso*) obtenemos como resultado el fundamento de la tutela cautelar penal, el *principio justificativo* de este tipo de protección. Para facilitar el desarrollo posterior de este trabajo, se ha querido dar un nombre a aquello que justifica el género cautelar, a su fundamento: el *peligro cautelar abstracto*.

11. En tanto suma de los dos elementos expuestos en estas últimas páginas, el *peligro cautelar abstracto* es aquel riesgo que, proviniendo su posible materialización del sujeto pasivo del proceso, resulta apto para frustrar la vigencia del proceso y, por ende, la realización del derecho penal.

12. Así, a modo de conclusión, puede afirmarse que el fundamento de las medidas cautelares penales se identifica con la existencia de un *peligro cautelar abstracto*, y que este concepto es la suma de dos distintos, el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso*, que son los elementos objetivo y subjetivo del fundamento cautelar penal.

²⁸² De hecho, el elemento subjetivo del fundamento cautelar también integra el objetivo, pues se define en relación a éste (*vid.* punto 6 de este apartado).

13. En coherencia con el motivo que las fundamenta, ha de señalarse que la función de las medidas cautelares es *proteger al proceso frente a eventuales conductas del imputado que constituyen un peligro para su vigencia y realización*.

14. Identificados el fundamento y la función de la tutela cautelar penal, parece que puede ofrecerse de acuerdo con ellos una definición de medidas cautelares penales²⁸³, que de algún modo se posicione frente al planteamiento del que parte este trabajo²⁸⁴. Estas medidas son instrumentos de protección del proceso, frente a determinados peligros para él, cuya posible materialización proviene del sujeto pasivo del mismo. Esos peligros son los que afectan a los elementos esenciales de la resolución penal que ha de recaer en el proceso, y su evitación se persigue, con las medidas cautelares, mediante la injerencia en determinados derechos de aquel sujeto pasivo. Las medidas cautelares son un *instrumento de protección procesal con un contenido material*.

15. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, puede identificarse el *peligro cautelar abstracto* con el *motivo* que permite una determinada injerencia. La *peligrosidad procesal potencial*, en tanto expresión subjetiva del motivo, es la *consideración* que permite un determinado *tratamiento*, identificado este último con la imposición de una *medida cautelar*.

16. Retomando dos de las primeras cuestiones apuntadas al inicio de este capítulo (la distinción entre fundamento y función, de un lado, y la relación entre lenguaje y realidad, de otro), estamos ahora en condiciones de confirmar lo que entonces intuíamos: Si la función de las medidas cautelares (expresión finalista de su fundamento) es la defensa del proceso en los términos expuestos, toda función atribuida normativamente a una medida cautelar que no tenga cabida en este fundamento,

²⁸³ No desconoce, quien escribe estas líneas, que la definición, al estar limitada por la capacidad de abstracción de quien la formula, no puede reemplazar al conocimiento. Por este motivo, la definición de medidas cautelares que se presenta debe necesariamente entenderse de acuerdo con el planteamiento sobre el fundamento cautelar propuesto en este trabajo.

Tampoco se desconoce lo que JIMÉNEZ DE ASÚA advierte antes de formular un concepto de Derecho Penal (en *Lecciones...*, *ob.cit*; p. 2), esto es, que “las definiciones encierran un silogismo, que si bien plantea correctamente los problemas, los resuelve luego tautológicamente”. Por este motivo, se ha creído conveniente formular un concepto de medidas cautelares tras haber presentado los parámetros en los que se basa.

²⁸⁴ *Vid. supra*, Capítulo I § I.

sobrepasa la esencia cautelar. Precisando esta idea, cabe decir que si de acuerdo con la regulación legal cambia la función afirmada de una medida cautelar pero no cambian los parámetros en los que se apoya su fundamento; esa nueva opción funcional lo es de estricta política criminal. Cabe advertir que la atribución de un mismo régimen a dos figuras o instituciones jurídicas diferentes, como sucedería en el supuesto de que hablamos, puede provocar disfuncionalidades en la aplicación de esta medida²⁸⁵.

2. Necesarias derivaciones del fundamento: fines y presupuestos de las medidas cautelares penales.

Presentada de este modo una propuesta de fundamento de la tutela cautelar penal, es necesario precisar por qué con la misma no se ultima la teorización de las medidas cautelares penales objeto de este trabajo. Recordemos, de entrada, dos de las afirmaciones vertidas hasta el momento:

1) En la conclusión segunda del apartado anterior se ha dicho que el fundamento es el *principio justificativo* de la tutela cautelar penal. Además,

2) Se presentó como punto de partida al inicio del primer capítulo introductorio, y se ha reiterado en la conclusión número catorce del apartado precedente, que la protección del proceso mediante las medidas cautelares comporta una injerencia del Estado en una o varias de las libertades individuales del sujeto pasivo del proceso.

Pues bien, el recurso a esa injerencia se justifica en tanto responda al fundamento cautelar afirmado. Valorar si una medida cautelar responde a su fundamento requiere, por un lado, especificar qué *peligros cautelares* pueden afirmarse en el concreto ordenamiento dónde aplicamos la medida y, de otro, verificar que dicho fundamento se manifiesta en el caso y momento precisos en que se recurre la tutela cautelar. Uno y otro requisitos equivalen a la determinación de los *fines* de las medidas cautelares penales y a la apreciación de sus *presupuestos materiales*²⁸⁶. Por lo tanto, qué duda cabe que los

²⁸⁵ Así, si a la función de defensa procesal que esencialmente cabe atribuir a las medidas cautelares penales, le sumamos una función de protección material, es bastante probable que se produzca un desarreglo en el funcionamiento de la medida o en la función que en razón del fundamento le corresponde.

²⁸⁶ Quiere avanzarse, en este momento, lo que en el cuarto capítulo se analizará: la adopción de una medida cautelar en el caso concreto requiere que en el mismo se verifique el fundamento de la tutela cautelar penal, lo que se consigue apreciando la concurrencia de los *presupuestos materiales*. No

finés y los presupuestos materiales de las medidas cautelares son concreción y verificación, respectivamente, del fundamento y, por ello, necesarias derivaciones del mismo. No quiere decirse, con esto, que el fundamento necesite de esta expresa concreción posterior, sino que esa concreción, sin duda útil para la práctica procesal, debe necesariamente derivar del fundamento.

Por lo anterior se entenderá que se haya calificado el fundamento como *principio justificativo* de la tutela cautelar: si el fundamento propuesto *justifica* el género cautelar, de forma abstracta, el recurso a este género resultará procedente sólo si responde al fundamento. Además, se habla de fundamento como *principio*, en tanto de él deriva gran parte de la construcción propuesta en este trabajo, que continúa, en el siguiente capítulo, con la concreción de los fines de las medidas cautelares penales en nuestro ordenamiento.

obstante, la válida adopción de una medida cautelar está también condicionada a una serie de exigencias formales, a las que se ha querido englobar, en este trabajo, bajo la categoría de *presupuestos formales* de las medidas cautelares penales (capítulo sexto). No podemos olvidar, finalmente, las exigencias de racionalidad en el ejercicio del poder, sintetizadas en la regla de proporcionalidad (que será objeto de análisis en el capítulo quinto de este trabajo).

CAPÍTULO TERCERO

CONCRECIÓN DEL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: FINES CAUTELARES Y MEDIDAS DE ESTE GÉNERO.

CAPÍTULO TERCERO.- CONCRECIÓN DEL FUNDAMENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. FINES CAUTELARES Y MEDIDAS DE ESTE GÉNERO.

I. Precisiones previas a la determinación de los fines cautelares.

De acuerdo con la propuesta formulada en el capítulo anterior, el fundamento de la tutela cautelar se identifica con la existencia de un *peligro cautelar abstracto*, que es la unión de dos elementos: el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso. Tras estas denominaciones se esconde el principio justificativo de la tutela cautelar, que no es otro que la necesidad de proteger al proceso de aquellos peligros que, proviniendo del sujeto pasivo del mismo, conjeturan su frustración.

Pero resulta que los peligros que pueden frustrar el proceso no tienen por qué ser los mismos en todos los momentos históricos y ordenamientos jurídicos. Tampoco el *status* del sujeto pasivo del proceso tiene por qué ser uniforme en todos los sistemas procesales. Con todo, cabe afirmar que lo que puede ser considerado *peligro cautelar* en un ordenamiento y sistema procesal no deba necesariamente coincidir con lo que se entienda en otro. Se comprenderá, entonces, que el fundamento, el *peligro cautelar abstracto*, deba ser objeto de precisión de acuerdo con la configuración legal y constitucional de nuestro sistema procesal vigente. Los resultados de esa concreción equivalen a los *fin*es de las medidas cautelares, por eso también llamados *peligros cautelares concretos*.

Pero, antes de acometer este ejercicio, parece necesario aclarar algunos extremos, tanto conceptuales como analíticos, a fin de delimitar tanto el objeto de este capítulo como los instrumentos que se utilizarán en el mismo. A esto se dedican los apartados que siguen.

1. Precisiones conceptuales: Peligro cautelar abstracto, peligro cautelar concreto, función y fines cautelares.

Aparecen, en las líneas precedentes, dos nuevos conceptos (*fin* y *peligro cautelar concreto*) en el discurso sobre la tutela cautelar que ocupa este trabajo, que deben sumarse a los presentados en el capítulo anterior. ¿Pero cuál es la relación entre todas

estas nociones? Realizaré algunas puntualizaciones al respecto, a fin de facilitar la asimilación de las mismas:

1) Hasta el momento se ha hablado indistintamente de *peligro cautelar concreto* y de *fin*. Pero ¿significan lo mismo? En efecto, definen una misma realidad, pero desde dos perspectivas distintas. Ambos conceptos, deben relacionarse del mismo modo que lo hacían *fundamento* y *función* en el capítulo anterior. Si se recuerda, en aquél se dijo que la función es la expresión utilitarista o finalista del fundamento. De igual manera, debe entenderse ahora que el *fin* es la expresión utilitarista del *peligro cautelar concreto*.

2) Entonces, si asimilamos los cuatro conceptos mencionados en el párrafo anterior, podremos ver que: (a) El *peligro cautelar concreto* es la precisión del *fundamento* y (b) que el *fin* lo es de la *función*.

3) Ya se ha expuesto que el *peligro cautelar concreto* quiere ser una concreción histórica y local del *fundamento* de las medidas cautelares. Entonces, el *peligro cautelar concreto* no es una precisión del *riesgo de frustración procesal* (elemento objetivo del fundamento) sino del *peligro cautelar abstracto*. Así, para concretizar aquél primer concepto, deberá atenderse tanto a los peligros que pueden frustrar la realización del proceso, como a la posible causa de materialización de ese peligro. En definitiva, la pregunta que nos permitiría detallar los *peligros cautelares concretos* es: ¿Qué peligros, cuando se materializan por el imputado, pueden frustrar la vigencia y realización del proceso, en este sistema procesal concreto?

4) También se acaba de afirmar que el *fin* es la expresión concreta de la *función*. Si la *función* es la intención o utilidad práctica con que, genéricamente, se prevé un instituto; el *fin* es la intención o utilidad práctica con que se *acuerda* una medida. Nuevamente, de lo abstracto a la concreto. Por este motivo, puede decirse que un instituto cumple su función cuando, en la práctica, el fin que se persigue es conseguido.

5) Se habrá advertido que mientras el *fundamento* y la *función* se expresan siempre en singular, sus concreciones pueden ser plurales: eso dependerá de que la precisión del *peligro cautelar abstracto* derive en más de un *peligro cautelar concreto*; esto es que, de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico concreto, puedan englobarse bajo el concepto *peligro cautelar* distintas situaciones.

6) También cabe observar que mientras el fundamento y su concreción se expresan en *signo positivo*, la función y el fin lo hacen en *signo negativo*. Esto se explica porque, dependiendo la tutela cautelar de la *existencia* de un peligro cautelar

(abstracto o concreto), su función y fin deben asimilarse a la *evitación de la materialización* de dicho peligro. Este carácter *anticipatorio* constituye un dato distintivo entre medidas cautelares y algunos institutos afines²⁸⁷.

La diferenciación entre *peligro cautelar abstracto* y *peligro cautelar concreto* puede parecer un detalle superfluo, excesivo. Pero, lejos de responder a un simple capricho, con el desglose de ambos conceptos quiere señalarse lo intemporal y alocal del género cautelar. Esto es, el concepto *peligro cautelar abstracto* quiere ser una noción jurídica neutra, desvinculable de las coordenadas de un ordenamiento jurídico concreto, y esto para que no cambie el fundamento de las medidas cautelares penales cada vez que lo hagan los requisitos que el ordenamiento exige para que el proceso realice válida y efectivamente su fin²⁸⁸. Además, se verá como la determinación del *peligro cautelar concreto* facilita el ejercicio de subsunción que en realidad supone la apreciación de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales.

Justificar la distinción entre *peligro cautelar concreto* y *fin* va más allá de alegar el mantenimiento formal del esquema aplicado sobre sus dos categorías homogéneas (*peligro cautelar abstracto* y *función*). Y es que, si esta distinción, en el capítulo anterior, permitió explicar que pueden existir funciones extrafundamentales; en esta sede posibilita un juicio similar: apreciar si lo que formalmente persigue la medida cautelar responde al motivo que justifica esa actuación²⁸⁹.

²⁸⁷ *Vid. infra*; en este mismo capítulo, § IV.2.A, y en el capítulo V, § I.3.

²⁸⁸ Recuérdese que el riesgo de frustración procesal fue definido como la eventual ausencia de los requisitos sustantivos del proceso. Pero también debe rememorarse que el alcance de esos requisitos (y, por tanto, la posibilidad de su ausencia sin que ello comporte la frustración del proceso) depende de la concreta configuración normativa del proceso, cuya base se ha fijado, para la presente construcción, en los caracteres básicos del proceso penal de corte liberal (al respecto, *vid. supra* capítulo II § III.2.A.b y, en este mismo capítulo, el epígrafe siguiente). Así que, probablemente el fundamento afirmado en el capítulo precedente no pueda actuar como punto de partida fuera del sistema occidental.

²⁸⁹ Pese a que esta cuestión será objeto de análisis específico más adelante (§ IV.3 de este capítulo), quiere ahora avanzarse con un ejemplo la utilidad de aquella distinción: Puede querer *evitarse la fuga*, pero si ese deseo no responde a un *motivo* que justifique el género cautelar (a un *peligro cautelar concreto*, en definitiva) el recurso a este tipo de tutela no será válido.

2. Precisión analítica: las normas relativas al proceso como parámetro para determinar los fines cautelares.

Si el objeto de este capítulo es identificar el *peligro cautelar concreto* y, además, su expresión finalista, y ambos dependen de la concreta coyuntura histórica y local en que nos encontramos, no puede dejar de señalarse la relevancia que las normas jurídicas vigentes tendrán en tales ejercicios de precisión.

En otras palabras, lo que necesita el proceso y lo que puede frustrarlo depende de la concreta configuración del mismo. Dado que el proceso es una realidad creada, artificial, las exigencias de su configuración se encuentran recogidas en normas jurídicas que, a su vez constituyen el parámetro para valorar lo que exactamente debe evitarse con la tutela cautelar.

Ya se expuso que los riesgos cuya materialización puede frustrar la vigencia del proceso vendrán referidos a todas o algunas de las *exigencias sustantivas* del mismo, esto es, hecho, sujeto y norma penal. También se advirtió que la necesidad de estas exigencias se encuentra matizada por la interacción de las *formas*, también requeridas al proceso²⁹⁰: objeto y forma de la resolución penal interaccionan recíprocamente, conformando así el verdadero contenido del *riesgo de frustración procesal* en un ordenamiento concreto. Si bien puede afirmarse que hecho, sujeto y norma penal son, esencialmente, los elementos sustantivos de la resolución penal en todo sistema procesal occidental (por efecto de la misma configuración del delito), no puede hacerse lo propio con las formas que sobre esos elementos se exigen y que, por ello, los condicionan. Así, es precisamente a las normas que prevén *formas* sobre *objetos* a las que deberá atenderse, en especial, para la determinación de los peligros asociados a la desaparición del hecho y del sujeto. Por otro lado, como se verá, los peligros cautelares relacionados con la ejecución material de la pena dependen, en mayor grado, de cuál sea la consecuencia jurídica del delito prevista en la norma penal.

Pero, más allá de lo anterior, ¿qué normas jurídicas deben utilizarse para precisar los *peligros cautelares concretos* y, en consecuencia, los *fines*? No hay duda que las normas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal son uno de los parámetros de referencia. Pero no sólo este conjunto normativo contiene alusiones a la vigencia del proceso y a la realización del derecho penal: por eso no debe resultar extraño el recurso

²⁹⁰ Vid. *supra* capítulo II § III.2.A.b.

a normas distintas, tales como el Código Penal, la Constitución Española de 1978, Tratados Internacionales y normas comunitarias²⁹¹.

En definitiva, se trata de que lo que puede frustrar la vigencia del proceso, en qué términos y extensión, se determine mediante todas aquellas normas que de algún modo regulan el proceso. Entonces, la cuestión relativa a los posibles parámetros para determinar el peligro cautelar concreto se encuentra directamente relacionada con las fuentes del derecho procesal y, además, con aquello que formalmente no es derecho pero sí variables (que deberían ser secundarias) influyentes en la práctica jurídico procesal. Parece necesario, en consecuencia, hacer una breve referencia a la costumbre, a la jurisprudencia, y a aquellas directrices, promulgadas por órganos públicos, cuya finalidad es ofrecer criterios o pautas a seguir en el desarrollo de la función pública de administrar justicia.

Comencemos por la costumbre: si es o no fuente del derecho procesal (y, en consecuencia, si su contenido debe o no influir en la determinación de los peligros cautelares concretos), ha sido objeto de distintas valoraciones, algunas negando tal posibilidad²⁹², otras admitiéndola²⁹³, y otras eclécticas o intermedias²⁹⁴. Sea como sea, pese a que no puede negarse la existencia de *usos forenses*, no parece que en materia

²⁹¹ Las normas internacionales o dictadas por organismos supranacionales, ratificadas por el Estado español, integran nuestro ordenamiento jurídico, por efecto del art. 96.1 CE.

Respecto a las normas comunitarias, debe recordarse que la materia penal se encuentra todavía en lo que se denomina pilar de cooperación. No obstante conservar los Estados la soberanía respecto a esta parcela del ordenamiento jurídico, existe un cuerpo normativo europeo, con distintos rangos de vinculación a los Estados Miembros, al que sin duda debe atenderse.

Cuestión de gran complejidad es la que se refiere al rango que hay que atribuir a los instrumentos normativos que, no siendo tratados internacionales, son dictados por organismos supranacionales a los que España ha cedido parte de su soberanía, *ex. Art. 93 CE*. Sobre las incertidumbres que esos procesos de cesión (e integración, a la vez) provocan respecto al tradicional sistema de jerarquía normativa, puede verse a FERRAJOLI, L; “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Isonomía*, nº 9, octubre 1998, pp. 173 a 183. Respecto a la cesión de poder del Estado a estructuras e instituciones supranacionales, así como a las empresas multinacionales, resulta interesante el trabajo de FERRARESE, MR; “Las instituciones jurídicas de la globalización”, en *Jueces para la democracia*, nº 42, noviembre 2001, pp. 33 a 39.

²⁹² Tal es la posición sostenida, por ejemplo, por PRIETO CASTRO, para quien lo que debe ser derecho procesal sólo puede determinarlo el Estado. Este autor basa su posición en un criterio positivo, perfectamente trasladable al proceso penal: así, los artículos 1 de la LEC y de la LECrim positivizan el principio de legalidad en materia procesal. El argumento de PRIETO CASTRO en *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Madrid, 1952, pp. 176 y ss.

²⁹³ Así, por ejemplo, respecto al proceso civil, GUASP, en *Derecho Procesal Civil*, Civitas, Madrid, 1998, p. 53 y ss.

²⁹⁴ Por ejemplo, la sostenida por CARNELUTTI, que entiende que la costumbre podría ser fuente del derecho procesal, pero que no lo es, en tanto no hay disposición legal que así lo disponga, en *Sistema de Derecho Procesal Civil*, UTHEA, Buenos Aires, 1944, p. 93.

procesal pueda asumirse la postura de aquellos que han postulado la supremacía de la costumbre frente a la ley²⁹⁵, y aún menos los que mantienen esa postura incluso en las costumbres *contra legem*²⁹⁶. Al contrario, dado que la costumbre sólo rige en defecto de norma jurídica aplicable (art. 1.3 CC), no puede sostenerse la primacía de la costumbre frente a la Ley. En el plano procesal, además, “no es nada extraño que, pese a haber disposiciones legales en determinadas materias, la *praxis* siga una dirección diferente”²⁹⁷.

Respecto al valor de las decisiones judiciales, la controversia es todavía más compleja: pese a que las decisiones de los órganos judiciales no están formalmente incluidas en el catálogo general de fuentes del derecho²⁹⁸, en la práctica es una de las fuentes de alegación y argumentación más recurridas. Esta cuestión, que debe necesariamente vincularse a una concreta concepción positivista²⁹⁹ y que será objeto de pronunciamiento legislativo en breve, debe ser matizada en el sentido que se acostumbra a alegar en la práctica judicial jurisprudencia menor (de las Audiencias Provinciales) sin que ésta tenga ningún tipo de relevancia normativa (como podría llegar a tenerla la del TS), de manera que aquel alegato se basa en un único argumento

²⁹⁵ Para WERNER GOLDSCHMIDT (siguiendo a SAVIGNY) el derecho consuetudinario es superior al derecho legal, de manera que el último no puede supeditar al primero, en *Derecho Penal, Contestaciones al programa de jueces comarcales*, Madrid, 1949.

²⁹⁶ BELING, en *Derecho Procesal Penal*, Labor, Barcelona, 1943, p. 9, entiende que la costumbre *contra legem*, si se sobrepone al derecho escrito, deberá considerarse derecho vigente. ARAGONESES ALONSO, por su parte, sostiene que “la costumbre, allí dónde existe en cualquiera de sus tipos, tiene que ser forzosamente reconocida”, ofreciéndonos un ejemplo de la eficacia del derecho consuetudinario *contra legem*: los privilegios y autonomía de jurisdicción de que goza el Tribunal de Aguas de Valencia, en *Proceso y Derecho Procesal...*; *ob.cit*; p. 496. Un supuesto actual de conflicto entre costumbre y ley es el que rodea la adquisición del derecho de pesca en la laguna de El Palmar, en la Comunidad Valenciana.

²⁹⁷ Así lo denuncia ORMAZABAL SÁNCHEZ, quien señala que “la costumbre procesal o uso forense suele tratarse con ciertas cautelas, puesto que no es nada extraño sino muy frecuente que bajo sedicentes costumbres o usos forenses se escondan verdaderas corruptelas, en el sentido de hábitos contrarios a las normas jurídicas que regulan el proceso”, en *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, 2004, pp. 128 y 129.

²⁹⁸ El art. 1 CC establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. En su apartado sexto, no obstante, da cierto valor complementario a la jurisprudencia del TS, al establecer, en una calculada ambigüedad, que “la jurisprudencia *complementará* el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre, y los principios generales del derecho”.

²⁹⁹ En la que ha de distinguirse, a efectos de lo debatido en el texto principal, las posiciones definidas como realismo y formalismo jurídicos.

de autoridad, ante el eventual conocimiento por dichos órganos de recursos de apelación.

Sea como sea (un análisis más riguroso nos aleja del objeto del presente trabajo), me parece que ni los usos forenses, ni la jurisprudencia, ni las instrucciones referenciadas en tercer lugar pueden actuar como parámetro para precisar el peligro cautelar concreto y, en consecuencia, valorar la procedencia, en abstracto, del recurso a la tutela cautelar. Y esto porque, en mi opinión, pese a que todos estos elementos pueden influir en la práctica legal, su contenido carece de la seguridad jurídica, en algunos casos, o de la legitimidad, en otros, necesarias para limitar derechos de los ciudadanos o para establecer los criterios generales que posibiliten tal limitación³⁰⁰. Otra cuestión es que algunas de esas variables puedan servir, en tanto complementos de las fuentes formales del derecho procesal, para argumentar ciertos extremos relacionados con la procedencia y necesidad de tutela cautelar *en el caso concreto*. No obstante, no debe equipararse el valor de aquellas normas al que ostentan las leyes (en cualquiera de sus rangos); siendo además trascendental que la interpretación del ordenamiento que realiza el TS, lejos del único respaldo en un criterio de autoridad, respete las máximas y criterios interpretativos de la ciencia jurídica, comenzando por la que expresa el aforismo *in claris non fit interpretatio*³⁰¹.

³⁰⁰ En el caso de la costumbre, es bastante difícil que respecto a un determinado uso forense pueda predicarse la uniformidad en los diferentes Juzgados y Tribunales y, en las *contra legem*, resulta inexcusable que quien las siga desconozca la ilegalidad en que incurre. En el supuesto que existiera una costumbre de permitir un cambio en el escrito de acusación ante la ausencia del acusado, rebajando la pena para poder celebrar así juicio en ausencia, ¿cabría afirmar que cuando el marco legal de la pena permita imponer una pena inferior a dos años (pero también superior, y ésta fuera la solicitada en el escrito de acusación), no se acordará una medida cautelar, dado que de acuerdo con un uso forense se va a permitir al Ministerio Fiscal rebajar la pena hasta el límite mínimo?

³⁰¹ Y esto porque, es en la jurisprudencia dónde cabe observar el *modo* como las previsiones abstractas y genéricas de la ley se traducen en actos concretos y “reales”. Obviamente, la regla *in claris non fit interpretatio* evidencia que la interpretación es una actividad intelectual de suma trascendencia en los casos difíciles. Sobre el papel de los jueces en la resolución de casos difíciles, observado desde el enfoque interpretativo y desde el positivista, me parece altamente ilustrativa (y sugestiva) la conferencia pronunciada por DWORKIN en Madrid, el 30 de noviembre de 1992, publicada bajo el título “Positivismo y Derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pp. 71 a 98. Ciertamente, parece que la virtualidad del razonamiento judicial como producto discursivo depende del análisis interpretativo (no de la investigación histórica, psicológica o semántica), de la confrontación entre las interpretaciones (juicios de tipo expresamente normativo) que abogan por una solución y las que abogan por otra, en el caso concreto. Como apunta DWORKIN en el texto citado, “la idea interpretativa *otorga* legitimidad, realmente *exige* del juez un sentido del principio que subyace a la ley al que el juez no sólo tiene el derecho sino al que está obligado. Forma parte de una legitimidad estructurada por la ley”.

Ha de advertirse que un cambio en determinadas normas que regulan el proceso puede provocar también un cambio en el peligro cautelar concreto o fin cautelar, en tanto aquéllas sirvan para concretar éstos.

II. Estado de la legislación y doctrina españolas en materia de fines de las medidas cautelares penales.

Ya se indicó, al inicio de este trabajo, que el tratamiento actual de las medidas cautelares viene marcado, de un lado, por una desorganización legislativa y, de otro, por la ausencia de una teoría general sobre ellas.

Se muestra en este campo, como podría predicarse de otros, la relación circular y recíproca entre tratamiento científico y previsión normativa: la asistemática de la segunda dificulta el primero, y la inexistencia de una teoría general de medidas cautelares penales es probablemente una de las causas por las que tampoco existe todavía un sistema legal sobre las mismas. Un claro ejemplo de la relación que se señala puede encontrarse, en esta materia, en el actual régimen de la prisión provisional³⁰², el único que, con más o menos exaltación, puede calificarse de completo. Pero cabe recordar que la actual regulación de la prisión provisional, de finales de 2003, viene precedida de un amplio tratamiento doctrinal y una abundante jurisprudencia constitucional. Ambos análisis, a su vez, fueron producto del estudio de una regulación, aunque dudosamente constitucional, mínimamente sistemática³⁰³.

También se apuntó que la doctrina ha hecho depender, mayoritariamente, la atribución del calificativo *cautelar*, a una determinada medida, de los fines que ésta cumple o puede cumplir. Como en este trabajo se admite, la determinación del género cautelar se hace básicamente a partir de un criterio finalista: no es un criterio temporal, ni uno

³⁰² Recuérdese que la autocuestión de inconstitucionalidad planteada por el TC en la STC 47/2000 actuó como ultimátum para la reforma de la prisión provisional, que se materializó en la promulgación de la LO 15/2003, de 25 de noviembre). Con esta reforma se consigue en gran parte la adecuación normativa a la CE, de acuerdo con los parámetros y motivos que venían siendo denunciados *largo tiempo atrás* por la doctrina científica y por el TC, como resultado de la vigencia y relevancia histórica de esta institución.

³⁰³ Nos referimos aquí a una acepción de *sistema* más bien *formal*: no quiere decirse que la anterior regulación de la prisión provisional fuera un *conjunto de principios racionalmente enlazados entre sí*, sino que aquélla era, sin duda, un *conjunto ordenado de normas y procedimientos con que se hacía funcionar* la medida de prisión provisional. Si ese conjunto de normas tenían o no una coherencia con los principios que constitucionalmente se exigen para dicha medida, es otro asunto, que implica cuestionar la validez *material* del *sistema*.

competencial, por ejemplo, el que permite calificar a ciertas medidas como cautelares, sino que para esto debe atenderse al fin que cumplen³⁰⁴. Pese a aquella percepción general, debe observarse que son pocos los trabajos monográficos que han intentado, en nuestra doctrina, acometer un sistema de medidas cautelares penales³⁰⁵. Además de estos escasos trabajos, los únicos tratamientos generales sobre medidas cautelares penales se encuentran en la exigua jurisprudencia constitucional sobre tutela cautelar penal y en las obras generales de distintos autores. En estas últimas, el tratamiento de las medidas cautelares penales acostumbra a comenzar, sí, con unas referencias generales al concepto, fundamento y características de aquéllas, pero tanto el procedimiento de adopción, como su duración y el análisis de los fines concretos se aborda atomizadamente, respecto de cada una de las medidas (sobre las que, por otro lado, no existe consenso acerca de su carácter cautelar). Este tratamiento, lejos de ser criticable, resulta justificado, dado el carácter general de estas obras y su función básicamente docente o de “punto de partida” (lo que impide profundizar en la cuestión), además de la ya alegada ausencia de un método legal coherente.

En consecuencia, si se quisiera establecer un catálogo de los fines que justifican el género cautelar desde la óptica de la doctrina y regulación actuales, podrían reunirse aquellas funciones atribuidas a cada una de las medidas que han sido consideradas cautelares en algún momento. Pero tal ejercicio cae en el error metódico de tener como premisa lo que debería ser la consecuencia, y como consecuencia lo que debería ser la premisa³⁰⁶.

Otro intento de identificar los fines cautelares pasa por extrapolar al género cautelar los que normativamente han sido asignados a la prisión provisional: sostener tal ejercicio requiere, no obstante, admitir que la prisión provisional es *sólo* una medida cautelar, y esta es una posición que la doctrina más cualificada, con razón a mi juicio, no asume³⁰⁷.

³⁰⁴ En este trabajo, reiteramos, se ha cifrado genéricamente la función cautelar en la de proteger al proceso de la posible y eventual materialización, por parte del sujeto pasivo, de determinados riesgos de frustración procesal.

³⁰⁵ Para su referencia, *vid. supra*, capítulo II § II.

³⁰⁶ Es la concreción de la función la que permite determinar el catálogo de medidas que pueden ser consideradas cautelares, no a la inversa.

³⁰⁷ Esta es la posición asumida por GUTIERREZ DE CABIEDES, en *La prisión provisional, ob.cit.*

De la prisión provisional se ha afirmado que es una institución que precisa especialmente de una *legitimación funcional*³⁰⁸, esto es, que su adopción tenga como objetivo la consecución de uno de sus *finés constitucionalmente legítimos*. La determinación de esos fines ha sido construida por la doctrina jurisprudencial del TC y recogida, con alguna variación, en el actual art. 503.1 LECrim. Dejando de lado ahora el fin normativamente atribuido de “evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima”, de novísima concepción, los demás fines recogidos en aquél precepto coinciden con los que normas internacionales anteriores habían cifrado como posibles objetivos justificativos de la prisión provisional³⁰⁹, pero especialmente con la recomendación realizada por el Consejo de Europa según la que: la prisión provisional sólo podrá acordarse cuando “existan serias razones para pensar que se dan uno o varios de los siguientes peligros: peligro de huida, peligro de obstrucción del curso de la justicia, peligro de que la persona cometa una infracción grave”³¹⁰. Se ha señalado que estos tres motivos fueron apuntados hace tiempo por algún autor (CARRARA, 1902) y que son muy similares a los recogidos en las principales legislaciones de nuestro entorno³¹¹.

Retomando la situación legal de los fines de las medidas cautelares, y atendiendo a la regulación contenida en los arts. 503 a 544 ter LECrim, bajo los títulos VI y VII del Libro II (“De la citación, de la detención y de la prisión provisional” y “De la libertad provisional del Procesado”, respectivamente), ha de afirmarse que no existe una determinación, ni genérica ni sistemática, de los fines que pueden cumplir las medidas cautelares. Al contrario, el tratamiento teleológico, ya no de la tutela cautelar sino de la

³⁰⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob. cit;* p. 95.

³⁰⁹ Así, mediante una redacción a la que en mi opinión cabe censurar el uso de conceptos tan vagos que justifican demasiadas injerencias, el artículo 9 DUDH establece que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la Ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, de orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. Por otro lado, el artículo 9 PIDCP no establece directamente las causas por las que puede acordarse prisión provisional, pero sí indirectamente, al prescribir la adopción de la alternativa menos gravosa: la subordinación de la libertad del procesado a “garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Mucho más concreta es la relación de motivos que, según el art. 5 CEDH, permiten acordar la prisión preventiva: entre otros, “para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley”, “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”.

³¹⁰ Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa, aprobada por el Comité de Ministros el 27 de junio de 1980, § II.3.

³¹¹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob. cit;* p. 95.

tutela provisional penal³¹², se ha realizado respecto de cada medida en particular, en el mejor de los casos: y digo “en el mejor de los casos” porque sólo para algunas medidas se prevé una intención asociada³¹³, mientras que otras no encuentran referencia legal expresa a los fines que permiten acordarlas³¹⁴, sin que la posibilidad de “intuirlos” permita considerar cumplido el principio de legalidad.

Ante tal panorama legislativo, el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los fines de la prisión provisional ha contribuido a suplir, no sé si juiciosa o irreflexivamente, el vacío provocado por la ausencia de una teoría general de medidas cautelares penales: aunque se haya afirmado que la extensión, a la tutela cautelar, de los fines constitucionalmente legítimos de la prisión provisional no es la vía idónea para resolver la *legitimación funcional* de este tipo de tutela, sí debe valorarse positivamente que el desarrollo doctrinal y normativo de la prisión provisional haya introducido unas garantías mínimas en el tratamiento y adopción de otro tipo de medidas cautelares.

Es en el marco descrito dónde debe valorarse la asunción doctrinal de uno u otro fin como propio de la tutela cautelar. Al respecto:

a) Se rechaza mayoritariamente que el de “evitar la reiteración delictiva” sea un fin de las medidas cautelares. Tal consideración se sostiene básicamente en dos argumentos: el carácter tuitivo de ese fin (la *prevención* especial es un fin de la pena, se alega) y su colisión con el derecho a la presunción de inocencia³¹⁵. Esta cuestión fue

³¹² Se toma en el texto principal la acepción utilizada por MÁLAGA DIÉGUEZ para delimitar el objeto de estudio de su trabajo “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal” (*ob.cit.*; p.115), que parte de “una perspectiva global válida para todas las medidas de carácter provisional que pueden adoptarse en el proceso penal, con independencia de su naturaleza personal o patrimonial, y con abstracción también de su finalidad cautelar, aseguratoria o tuitiva-coercitiva”.

³¹³ Así sucede, por ejemplo, ahora, con la prisión provisional (art. 503.1 LECrim), o con las prohibiciones de residencia, comunicación o aproximación (art. 544 bis LECrim). Resulta significativo advertir lo reciente de la actual regulación de estas medidas, en contraposición a la menos atendida libertad provisional, por lo que cabe inferir que el legislador ha asumido, en los últimos tiempos, la relevancia de la necesaria previsión legal del motivo justificativo y el fin para toda limitación de derechos individuales.

³¹⁴ Así, por ejemplo, la previsión genérica de la *situación* de libertad provisional (art. 529 LECrim), la obligación de comparecencia periódica (art. 530 LECrim) o la privación provisional de conducción de vehículos a motor (art. 529 bis LECrim).

³¹⁵ Ahora bien, ¿es este un argumento válido? ¿Acaso no se basan también las medidas cautelares en un juicio hipotético pero positivo de responsabilidad penal? Al respecto, *vid. infra*, capítulo IV § II.1. Sobre el carácter *tuitivo* de ese fin, debe observarse que las medidas cautelares también tienen una función tuitiva, sólo que defienden directamente al proceso y no a la sociedad. Esa es la diferencia entre la protección dispensada por las medidas cautelares y por las medidas de prevención criminal. Una referencia a lo tautológico del argumento aducido en el texto principal en, *supra*, en capítulo II § II.

abordada, en el presente trabajo, al hilo del análisis de la atribución de un fundamento material a la tutela cautelar penal³¹⁶.

b) Se acepta unánimemente que evitar la fuga del imputado es un fin cautelar, pero existe desacuerdo sobre el motivo por el que debe evitarse dicha fuga: la concordia, al respecto, sólo puede afirmarse cuando dicho fin se vincula directamente con *asegurar la ejecución de la sentencia* condenatoria que eventualmente recaiga³¹⁷. Pero tal consenso deja de existir cuando el análisis se centra en la necesidad de *asegurar la presencia física del sujeto pasivo durante la sustanciación del proceso*: ¿se pretende, con la medida cautelar, satisfacer necesidades probatorias? Y, en tal caso, tales exigencias probatorias ¿se refieren a la necesidad de garantizar la contradicción en su práctica o más bien a la consideración del sujeto pasivo como objeto de la prueba? ¿Se pretende acaso *evitar la suspensión* del juicio oral ante una eventual declaración en rebeldía?³¹⁸

c) Tampoco es unánime la asunción como cautelar del fin asociado al aseguramiento de las fuentes de prueba. Y aún aceptando dicho fin, existe confusión respecto a los términos en que el mismo debe entenderse: ¿hay que asegurar la *obtención de fuentes de prueba* o de la *práctica probatoria*? Y si hay que asegurar la obtención de fuentes de prueba ¿se concreta esto en procurar una “*protección pasiva*” de dichas fuentes o un “*impulso activo*” para su obtención³¹⁹? El embrollo respecto a los motivos que permiten afirmar los distintos fines de las medidas cautelares, se hace patente cuando se observa que bajo la dudosa expresión “asegurar la prueba” se incluye “el aseguramiento de la presencia física del imputado a efectos de prueba”³²⁰.

³¹⁶ Vid. *supra*, último lugar citado en nota al pie anterior.

³¹⁷ Este fin ha sido calificado por GREVI, respecto a la prisión provisional, de *cautela final*, mientras que la necesidad de garantizar la disponibilidad física del imputado en el juicio oral ha sido denominada función de *cautela instrumental*, en *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976, pp. 44, 51 y 59.

³¹⁸ Esta situación doctrinal es parecida a la que se ha explicado respecto al orden civil, donde sólo gozan de consenso, en cuanto a su carácter cautelar, aquellas medidas llamadas de aseguramiento, que tienden claramente a garantizar la *ejecución material de la sentencia de condena*. Se advierte, no obstante, que la discusión en el plano penal se enmarca en otras líneas (fuera de la ejecución y en el marco del juicio declarativo) tales como el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, el principio de contradicción y el derecho de defensa y la posibilidad o no de celebrar juicios en ausencia.

³¹⁹ Las locuciones en cursiva señaladas en este último interrogante han sido tomadas de GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 103, quien se posiciona a favor de admitir, entre las dos opciones, sólo la *protección pasiva* de las fuentes de prueba y del proceso como fin de la prisión provisional.

III. Determinación de los *peligros cautelares* del proceso penal vigente y referencia a sus medios de evitación.

Por todo lo anterior, se pretende que la determinación de los *peligros cautelares concretos* y, por ende, de los fines, no parta (aunque sí la observe) de la previsión finalista que en materia cautelar establezcan la ley y la doctrina, sino que la concreción de aquellos extremos se haga a partir del fundamento propuesto en el capítulo anterior. A esto se dedican los epígrafes que siguen, pero antes conviene hacer una sucinta referencia al método y clasificación de los mismos:

a) En cuanto al método, se ha intentado que, en la medida de lo posible, los epígrafes de este título respondan a un esquema común, que puede concretarse en lo siguiente: (1) A partir de la fijación, en el capítulo precedente, del hecho, el sujeto y la norma penal como elementos esenciales del juicio de resolución penal y su aplicación; quiere ahora determinarse en qué medida, modo y sentido aquellos elementos sustantivos son necesarios para la realización del derecho penal³²¹. Con esto, en definitiva, intentará identificarse qué puede ser entendido como *riesgo de frustración procesal* en nuestro ordenamiento. Obviamente, para afirmar que un *riesgo* es calificable *de frustración procesal*, deberá atenderse a los efectos que su materialización provoca en el proceso³²². Sólo en función del resultado asociado a dicha materialización puede valorarse si los mismos implican la frustración del proceso o no, entendida como paralización provisional o definitiva del mismo. Señalado el contenido de aquel concepto, (2) habrá que ver si la materialización del riesgo de frustración procesal puede de algún modo atribuirse al imputado. Esto es, si existe, como mínimo, la potencialidad que la materialización del peligro provenga del sujeto pasivo del proceso. Realizada esta

³²⁰ Afirma la posibilidad de solapamiento entre este fin y el de evitar la fuga, MÁLAGA DIÉGUEZ, en “El fundamento de la tutela...”, *ob.cit.*; p. 139, nota al pie 45. Debe recordarse que el autor afirma como único fin cautelar el de evitar la fuga para asegurar la ejecución de la sentencia, mientras que el que ahora se estudia lo atribuye a lo que denomina medidas provisionales: “En el caso de las medidas provisionales, que pueden coincidir externamente con las de naturaleza cautelar, las finalidades que pueden perseguirse son diferentes, y se resumen básicamente en dos: el aseguramiento de la prueba y la protección de las víctimas actuales o hipotéticas del presunto delincuente, mediante la prevención de la reiteración delictiva.” (*ob.cit.*; *loc.cit.*).

³²¹ Esto es, deberá decirse, por ejemplo, en qué momentos es necesario conservar la disponibilidad física o jurídica del sujeto pasivo del proceso y además, analizar si el motivo por el que se exige dicha presencia tiene alguna relevancia a efectos de determinación de la tutela cautelar penal.

³²² En este estadio, y para lo señalado en el texto principal, sólo resultan relevantes los efectos que la materialización del peligro tiene *sobre el proceso*, no sobre quien lo ha materializado.

operación, será posible señalar el contenido de los *peligros cautelares concretos*. Además, (3) se detallarán brevemente los *medios* que el ordenamiento prevé para proteger al proceso de la materialización de los riesgos de frustración procesal. Con esto último se pretende fijar una muestra a partir de la que, más adelante, se seleccionará un catálogo de medidas cautelares penales³²³.

b) En cuanto a la clasificación, se ha optado por analizar el *peligro cautelar concreto* respecto de cada uno de los que se han afirmado elementos esenciales del juicio de resolución penal. Con esto parece que quedarían “cubiertos” los peligros directamente vinculados a la instrucción y a la declaración penal, así como a la ejecución de penas privativas de libertad. No obstante, no debe olvidarse que, además de la privación de libertad, la pena puede serlo de carácter pecuniario³²⁴ y que, por lo demás, el Código Penal de 1995 incluyó en el catálogo de consecuencias jurídicas del delito un elenco de privaciones de determinados derechos del sujeto pasivo del proceso³²⁵. Por este motivo se ha decidido incluir un apartado que específicamente analice los *peligros cautelares concretos* asociados a la *ejecución material de la pena*.

En otro orden de consideraciones, pero aún justificando la clasificación por la que se ha optado, cabe notar que la trascendencia del sujeto pasivo puede venir referida a dos necesidades procesales distintas: la de su *presencia* y la de su *determinación*. Si bien ambas condicionan el desarrollo estructural del proceso, no pueden afirmarse los mismos efectos a la simple *indeterminación* del sujeto, que a su *determinación pero ausencia*³²⁶. Asimismo, tampoco pueden equipararse los motivos por los que se

³²³ Vid. *infra* § IV.2.B de este mismo capítulo. Obsérvese que no se reseñarán, en el presente título, los medios con que se reacciona a una situación de *peligrosidad procesal del imputado*, sino a la existencia de un *riesgo de frustración procesal*. Es a partir del elenco de medidas que resulte de este ejercicio, que se extraerá, aplicando distintos criterios, el listado de medidas cautelares penales existentes en nuestro ordenamiento. Esta opción responde a la voluntad de tomar en consideración, a efectos de proporcionalidad y alternativa menos gravosa, todos aquellos mecanismos con que el ordenamiento evita, o reacciona frente a, los *riesgos de frustración procesal* que abstracta y esencialmente se afirman a lo largo de este título.

³²⁴ Pena de multa, regulada en los arts. 50 a 52 CP y 31.2 del mismo texto legal.

³²⁵ Enumeradas en el art. 39 CP.

³²⁶ No es lo mismo llegar a la fase intermedia conociendo la identidad del presunto responsable, aunque ausente, que no conociéndola: aunque en ambos casos se produce la paralización del proceso, por suspensión y por sobreseimiento provisional, respectivamente, no son iguales los efectos sobre las piezas de convicción, por ejemplo, ni los actos que hay que llevar a cabo para paliar la ausencia del requisito sustantivo.

requieren una y otra circunstancias: mientras que la *presencia* puede llegar a explicarse a partir de razones tanto garantistas (procurar la vigencia del derecho de defensa o el principio de contradicción) como punitivas (garantizar la posibilidad de ejecutar penas privativas de libertad), la *determinación* del sujeto responde a la propia configuración de la norma penal, que sanciona la *conducta humana* tipificada³²⁷. Hecho y sujeto, pues, deben ser conocidos (y probados) a efectos de “subsunción” de la realidad en la norma, lo que explica que los efectos asociados a la indeterminación del sujeto se asemejen más a los previstos para la indeterminación del hecho que a la ausencia física del aquél. Por esto, se ha creído conveniente tratar conjuntamente, bajo el mismo epígrafe, los peligros asociados a la *indeterminación* del hecho y del sujeto, al margen de la necesidad de su *presencia*. Con el tratamiento de este último imperativo procesal comienza la precisión de los *peligros cautelares concretos*.

1. Peligros asociados a la desaparición del sujeto.

El análisis de los riesgos asociados a la desaparición del sujeto pasivo del proceso pasa por exponer cómo adquiere una persona dicha condición y el tipo de sujeción que esa consideración comporta. A partir de esto, y de la distinción previa entre presencia real y jurídica, habrán de exponerse los efectos, sobre el proceso, provocados la ausencia de sujeto pasivo del mismo. Advertidos estos efectos, y de acuerdo con el esquema analítico que se ha expuesto en líneas precedentes, sólo restará afirmar la potencialidad (abstracta) que ese riesgo sea materializado por el propio sujeto y advertir los medios con que el ordenamiento intenta evitar y reaccionar a dicha ausencia.

A) La vinculación del sujeto pasivo al proceso y la obligación de comparecer.

Que el sujeto pasivo es uno de los elementos relevantes del juicio de resolución penal ha sido manifestado en distintos lugares de este trabajo. Pero más allá de integrar el juicio de resolución penal, en nuestro ordenamiento la *presencia* del sujeto se estima necesaria, salvo excepciones, para sustanciar el proceso en su fase declarativa. Esto, que

³²⁷ Con lo anterior, ha de admitirse la posibilidad que, ante la previsión de penas distintas a la privativa de libertad o el estricto significado del principio de contradicción, la necesidad de presencia del sujeto pasivo sea legalmente excepcionada; lo que no es posible afirmar respecto a la necesaria determinación del sujeto. Otras diferencias respecto a uno y otro peligro se advertirán a lo largo de este trabajo, sobre todo al hilo de la *apreciación del riesgo de frustración procesal* en el *caso concreto*.

no sucede en todos los países³²⁸, condiciona un determinado régimen de tutela cautelar, de modo que el análisis de esta exigencia integrará la primera aproximación a los *peligros cautelares concretos* de nuestro proceso penal.

Puesto que ya se ha hablado, en el párrafo precedente, de *presencia* del sujeto pasivo como exigencia del proceso, quiere mostrarse en este momento la distinción entre *presencia real* y *presencia jurídica o ficticia*: Manzini, a quien cabe atribuir la primera formulación de esta dualidad, identifica la *presencia jurídica* con aquellas situaciones en que el imputado (en sentido genérico) está a disposición del tribunal sin que se exija su asistencia ante dicho órgano. El caso contrario, la asistencia física del imputado a un acto procesal, se considera una *presencia real*; apreciación ésta última, cuya formulación final cabe atribuir a Fenech³²⁹. Éste estima que, “en el ámbito de nuestro derecho, para considerar presente al imputado durante todo el proceso, basta con su presencia jurídica (...), excepto para el debate oral (...), en el que el acusado ha de estar realmente presente”³³⁰.

La condición de sujeto pasivo del proceso se adquiere con el acto de imputación, formal en los procedimientos ordinario, abreviado y rápido³³¹, lata todavía en el proceso ante el Jurado y el juicio de faltas³³². Expresa o tácita, la imputación produce, por un lado, el despliegue del derecho de defensa, y por otro, la vinculación del sujeto al proceso³³³: a

³²⁸ A título de ejemplo, el *Codice di Procedura Penale* italiano permite de forma general los juicios en contumacia, motivo por el que DE LUCA afirmó que evitar la fuga del imputado, mediante la prisión provisional, sólo es posible a efectos de asegurar la ejecución de la sentencia, en *Lineamenti della tutela cautelare. La carcerazione preventiva*, Cedam, Padova, 1953, p. 15. Más recientemente, respecto a la garantía de la ejecución como única justificación del fin cautelar consistente en evitar la fuga, APRILE, E; *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 154 y 155.

³²⁹ MANZINI, V; *Tratado de derecho procesal penal II*, Buenos Aires, 1951 (trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín), p. 392 y ss; FENECH, M; *Derecho procesal penal I*, Barcelona, 1960, p. 341. Ambos citados por ORTELLS RAMOS, M; “La ausencia del imputado en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 2-3, 1978, p. 444.

³³⁰ En palabras de ORTELLS RAMOS, M; extraídas de “La ausencia del imputado...”, *ob.cit; loc.cit.* en nota al pie anterior. Este mismo autor matiza la afirmación de FENECH, ilustrando que no en todo debate oral se exige la presencia real del sujeto pasivo y que, además, este tipo de presencia también es requerida en algunos actos previos al juicio oral.

³³¹ *Vid.* arts. 384, 775 y 797.1.3ª LECrim, respectivamente.

³³² *Vid.* art. 24 LOTJ, para el procedimiento ante el jurado, y arts. 962.2, 964, 965 y 967 LECrim para el juicio de faltas.

partir de entonces, la sujeción del imputado es tal que debe comparecer ante el juez cada vez que éste lo requiera. No obstante, debe advertirse que, por lo general, el Juez sólo podrá solicitar la presencia del imputado bien para tomarle declaración³³⁴ (eso sí, tantas veces como estime procedente), bien a efectos de procurar el ejercicio del derecho de defensa en la práctica de diligencias de investigación o garantizar la contradicción en la preconstitución o anticipación de prueba.

Puede relacionarse la sujeción del imputado al proceso con los dos tipos de presencia antes señalados: por un lado, la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial conlleva, si se cumple tal mandato, un acto de presencia real; por otro, la obligación de estar localizable, que encuentra diversas manifestaciones en la LECrim, debe explicarse por la necesidad de presencia jurídica o ficticia. Las contravenciones a uno u otro tipo de presencia o sujeción no producen los mismos efectos, como se observará en breve. ¿Cuál de estos dos tipos de presencia pretenden asegurar las medidas cautelares? También esta cuestión será objeto de análisis posterior³³⁵.

Debe tenerse en cuenta que la comparecencia del acusado ha sido configurada como un deber jurídico, no como un derecho o una carga procesal, lo que explica que la *incomparecencia injustificada* del imputado, ante una citación judicial que requiera su presencia real, pueda dar lugar a una orden de *detención*³³⁶ y ante la impracticabilidad de ésta, por no hallarse al sujeto, se dicte una *requisitoria*³³⁷. Es entonces, trascurrido el

³³³ Resulta cuanto menos ilustrativo que se llame *sujeto* pasivo del proceso a aquél que resta *sujeto* o *sujetado* al mismo.

³³⁴ Arts. 486 y 488 LECrim. Debe señalarse, sobre la facultad atribuida al Ministerio Fiscal (*ex art. 773.2 LECrim*) de requerir la comparecencia de cualquier persona a fin de recibirle declaración, que esa citación no lo será respecto a un *imputado*, pues el momento “procesal” en el que se prevé no permite que tal imputación se haya producido. No obstante, ¿qué sucede si durante la misma el Fiscal estima, a la vista de las manifestaciones vertidas en ella, que dicho sujeto podría ser imputado por el Juez? Debe atenderse a las prescripciones establecidas en aquel mismo precepto, dónde se intenta asegurar un régimen de garantías para el imputado en la actuación del Fiscal. Así, se dice expresamente que en la declaración ante el Fiscal, se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el juez o Tribunal”. Ante las diligencias de “comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes”, si el Ministerio Fiscal estima que el hecho reviste caracteres de delito, “instará del Juez de Instrucción la incoación del procedimiento que corresponda con remisión de lo actuado, poniendo a su disposición al detenido, si lo hubiere, y los efectos del delito”.

³³⁵ *Vid. infra*, en este mismo capítulo, § IV.1.A.

³³⁶ Art. 487 LECrim. Debe señalarse la relevancia que a efectos de comparecencia del sujeto pasivo tiene el respeto a las normas relativas a citaciones y emplazamientos.

³³⁷ Los supuestos que conducen a dictar una requisitoria se encuentran numerados en el art. 835 LECrim, que deben completarse con las previsiones de los arts. 512, 530, 762.3ª y 4ª, 784.4 LECrim.

plazo fijado en ésta última, sin que se haya encontrado al sujeto pasivo del proceso, cuando procederá su declaración en rebeldía, lo que supone un reconocimiento formal de su *ausencia o indisponibilidad física y jurídica*³³⁸.

Las cursivas del párrafo precedente quieren ilustrar que es *sólo* un determinado supuesto de *ausencia* el que puede provocar la frustración del proceso: el de la *incomparecencia injustificada* del sujeto que se encuentra en *ignorado paradero*. Sólo este supuesto provocará la *declaración en rebeldía* y, como efecto de ésta, la obligatoria suspensión del juicio oral³³⁹.

B) Efectos de la ausencia del sujeto pasivo del proceso.

La declaración en rebeldía sólo provocará la suspensión del proceso terminada la instrucción, así que ésta puede sustanciarse completamente sin la presencia, real y jurídica, del sujeto pasivo del proceso. Pero más allá de esta primera fase, el proceso será suspendido³⁴⁰, reabriéndose únicamente con la personación, voluntaria o coactiva, del rebelde³⁴¹. Se advierte, pues, que la ausencia del sujeto pasivo del proceso tiene efectos negativos sobre el desarrollo procedimental del mismo a partir de la fase de juicio oral. Pero es sabido que nuestro ordenamiento admite excepciones, tasadas, a lo que se acaba de exponer: así, pueden celebrarse juicios orales en ausencia del acusado en el procedimiento abreviado (dentro de los límites y condiciones previstos en el

³³⁸ Arts. 834 y 839 LECrim.

³³⁹ Se toma en consideración (aunque quizás, y por motivos de claridad, en la exposición previa realizada en el texto principal no se haya atendido estrictamente a las denominaciones que seguirán) la clasificación de los *supuestos de ausencia* realizada por ORTELLS, en la que se distingue: (1) Ausencia del imputado en *paradero desconocido* (situación que encuadra bajo dos supuestos normativos distintos, por él llamados *de desaparición y de rebeldía*; dando lugar, el primer supuesto, al llamamiento y búsqueda por requisitoria, y el segundo, a los efectos asociados a la declaración de rebelde); y (2) Ausencia del imputado en *paradero conocido* (atribuyendo, dentro de esta categoría, el nombre de *incomparecencia* a la “falta de presencia real en un acto procesal concreto”. Incluye también en este supuesto, cuando el paradero conocido está en territorio extranjero, la base de la solicitud de extradición); ORTELLS RAMOS, M; “La ausencia del imputado...”, *ob.cit*; pp. 437 a 448.

Sobre la posibilidad de juicios en ausencia y el recurso previsto para su enjuiciar la regularidad procesal (rectitud de la citación y no justificación de la incomparecencia) del juicio en ausencia, vid. CALDERÓN CUADRADO, MP; *El recurso de anulación penal*, Comares, Granada, 1995.

³⁴⁰ Arts. 840 a 842 LECrim.

³⁴¹ Art. 846 LECrim.

art.786.1.II LECrim³⁴²), en el procedimiento de injurias y calumnias contra particulares³⁴³ y en el juicio de faltas, de acuerdo con el art. 971 LECrim.

Más allá del juicio oral, la ausencia del sujeto no suspende la tramitación y resolución del recurso interpuesto, al contrario de lo que sucede con la ejecución de las penas privativas de libertad³⁴⁴.

Por otra parte, no puede dejar de señalarse que, junto a la presencia del sujeto pasivo del proceso, también resulta relevante su participación: así, al imputado se le reconoce el derecho a intervenir en las diligencias de investigación que se practiquen; su intervención se reclama especialmente en la práctica de aquéllas que anticipan o preconstituyen prueba y, en la fase intermedia, su participación ha sido requerida por el TC³⁴⁵ y recogida normativamente en el *íter* del proceso abreviado. No obstante, en todos estos supuestos, la no participación del sujeto pasivo, cuando le es imputable, no tiene efecto alguno sobre el proceso, y cuando no le es imputable a él sino al órgano jurisdiccional, provoca, no la desaparición del proceso sino su retroacción al momento en que se vulneró el principio de contradicción³⁴⁶. La anterior afirmación es matizable: lo que se requiere para, por ejemplo, anticipar o preconstituir prueba, es asegurar al máximo la contradicción, lo que no exige la presencia del sujeto pasivo, sino de su abogado³⁴⁷, o el ofrecimiento al sujeto de ejercer tal facultad³⁴⁸.

³⁴² Se advierte que, en algunos lugares, se expresa que podrán celebrarse juicios en ausencia, en el procedimiento abreviado, y sin más precisión, “cuando haya tenido lugar la comparecencia del inculpado ante el juez de instrucción donde éste le haya tomado declaración como imputado” (así, GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional, ob.cit*; p. 100, nota al pie 205).

Quien que suscribe estas líneas no advierte tal posibilidad en la legislación procesal, como tampoco lo hacen, a título de ejemplo, ARMENTA DEU, T; *El nuevo proceso abreviado*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 115 y 116.

³⁴³ Art. 814 LECrim

³⁴⁴ Al respecto, *vid.* el epígrafe 4. A de este mismo título.

³⁴⁵ El argumento se basa en el respeto al derecho de defensa y al principio de igualdad. Las sentencias de referencia son la 44/1985, de 22 de marzo y, especialmente, la 66/1989, de 17 de abril, mediante la que el TC realizó una interpretación correctora del art. 627 LECrim (*vid.* especialmente su FJ 12)

³⁴⁶ Al respecto, *vid. infra*, nota al pie 351.

³⁴⁷ La contradicción en la prueba anticipada debe ser asegurada, lo que es coherente con la previsibilidad de su práctica. Esa contradicción intenta asegurarse en la propia instrucción o fase intermedia, cuando se desarrolla la prueba anticipada y, posteriormente, en el juicio oral, mediante la lectura o reproducción del escrito o medio técnico en que se documentó.

³⁴⁸ Por ejemplo, el ofrecimiento de contraanálisis en las denominadas “pruebas de alcoholemia”.

C) Matiz sobre la incidencia, en la determinación del peligro cautelar concreto, de los motivos por los que se exige la presencia del acusado en el juicio oral y potencialidad de que su ausencia sea provocada por él mismo.

Con lo anterior, y con un ánimo únicamente ilustrativo, podrían distinguirse dos supuestos de reclamo de presencia del sujeto pasivo del proceso: aquéllos que obedecen *directamente* al fin de aplicación del *ius puniendi* y aquellos que se prevén para procurar la plena vigencia de contradicción y permitir el ejercicio del derecho de defensa de aquél sujeto.

Esta distinción y la de las situaciones que en ella hayan de repartirse, si bien parece ser útil para la presentar los *efectos* de los distintos supuestos de incomparecencia, no es una cuestión cuyo esclarecimiento haya de situarse en la teoría de medidas cautelares. En otras palabras, el *motivo* (o motivos) por el que se exige o se prescinde la presencia (física o jurídica) durante el proceso penal es un asunto de política legislativa en la configuración del proceso penal. No obstante, la referencia a los motivos por los que se requiere o no dicha presencia acostumbra a estar presente en el análisis del riesgo de fuga, dentro de los trabajos específicos de las medidas cautelares penales, y en este mismo, como cabe observar. Esta “invasión” de los *motivos* por los que se exige la presencia y los *motivos* que permiten el recurso a la tutela cautelar penal, se debe al modo en que han de concretarse las situaciones representativas de un *riesgo de frustración procesal*. Me explico: si la presencia del sujeto es requerida en distintos momentos del proceso, y quiere observarse en cuáles de esos momentos su contravención provoca la frustración del mismo, por fuerza habrá de atenderse a los efectos normativos asociados a la incomparecencia. Y sucede que, en tanto los distintos efectos son susceptibles de ser clasificados por el motivo que informa la necesidad de presencia, ese motivo “invade”, y en ocasiones ofusca, la concreción del *peligro cautelar concreto*.

Sea cuál sea el motivo por el que el ordenamiento exige o exceptúa (y en qué grado y alcance lo hace) la presencia del sujeto pasivo del proceso³⁴⁹, lo realmente relevante a

³⁴⁹ Alguna de las presencias requeridas se han explicado a partir de motivos de orden garantista, como en los casos de asistencia a las diligencias de investigación, preconstitución de prueba o práctica anticipada de la misma. Otras, por motivos claramente punitivos (realización material de penas privativas de libertad). Las mayores dudas respecto al *motivo* se focalizan en las razones que justifican los juicios en ausencia: de hecho, y dejando a un lado el respeto a las garantías del imputado, la *presencia* del sujeto pasivo como requisito sustantivo de la resolución penal, parece deberse más a la necesidad de asegurar la

efectos de apreciación de un *riesgo de frustración procesal*, primero, y de determinación de un *peligro cautelar concreto*, después, son los efectos normativos previstos para cada tipo de ausencia. Y, al respecto, ya se ha advertido que:

1) La *presencia jurídica* del sujeto no es necesaria para la sustanciación de la *fase de instrucción*.

2) Cuando, en dicha fase, se reclama la *presencia física* del sujeto pasivo del proceso, para la práctica de alguna diligencia de investigación o para la preconstitución de prueba o práctica anticipada de la misma, la incomparecencia a esos actos sólo tiene efectos “perjudiciales” para el proceso cuando aquélla se deba a un acto de citación no válido o a la ausencia de citación. Esto es, la *no comparecencia* a un acto procesal, cuando se exige para garantizar la *contradicción*, o el *derecho de defensa*, sólo provoca la *nulidad* de aquél acto si la incomparecencia ha sido producto de una citación defectuosa, esto es, de un acto no atribuible al imputado y, además, la ausencia de contradicción no ha podido ser subsanada³⁵⁰. En caso contrario, la propia formulación del principio de audiencia o contradicción³⁵¹ impide que la *incomparecencia injustificada* provoque efectos adversos sobre el proceso³⁵².

ejecución de la pena que eventualmente se imponga que no a efectos de la declaración del delito y de la pena. Y esto porque la presencia del sujeto pasivo no es intrínsecamente necesaria para *dictar* la resolución penal, pero sí para *ejecutarla*. ¿De qué sirve dictar condena si no va a poder ejecutarse, por indisponibilidad física del sujeto?

Esta última interpelación identifica uno de los argumentos utilizados para justificar aquellas previsiones normativas que prescriben la presencia del imputado en el juicio oral (CARNELUTTI). También se ha abordado tal necesidad sobre la base de mantener un determinado nivel de garantías en el sistema procesal penal, sacrificando (provisionalmente) la aplicación del *ius puniendi* cuando no pueda realizarse un juicio contradictorio.

³⁵⁰ Debe tenerse en cuenta que, según el TC, la “indefensión constitucionalmente relevante” (esto es, la vulneración del principio de audiencia o contradicción) requiere, entre otros extremos: (1) que la indefensión no sea imputable a quien la sufre y (2) que la privación o limitación de defensa no haya quedado posteriormente sanada.

³⁵¹ Pese a que el principio de audiencia o contradicción encuentra su formulación tradicional en el criterio según el que “nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio”, es conocido que el respeto a aquél principio se salva (formalmente) con la *oportunidad* de defenderse (*de qué*, eso es otra cuestión, de índole material. En la teoría de MONTERO, del objeto del debate, que incluye hechos calificación jurídica y pena). La reducción de aquel aforismo a la posibilidad de defensa parece lógica: en otro caso, “bastaría con no decir y no hacer nada para impedir cualquier resolución judicial gravosa” (DE LA OLIVA SANTOS, en *Derecho Procesal Penal*, *ob.cit.*; p. 51). Sobre la incidencia de este principio en la determinación de los presupuestos formales de las medidas cautelares penales, *vid. infra*, capítulo V § II.2.

³⁵² Dos son, propiamente, los requisitos generales apuntados por ORTELLS para que pueda apreciarse un supuesto de *incomparecencia*: la citación válida y la inexistencia de causa justificativa, a las que vincula, bajo el mismo epígrafe, la preclusión de alegación del impedimento para comparecer; en “La ausencia del imputado...”, *ob.cit.*; pp. 450 a 463.

3) La presencia física y jurídica del sujeto pasivo del proceso es necesaria para celebrar juicio oral (fuera de las excepciones señaladas) y para ejecutar las penas privativas de libertad (excepto si pueden ser sustituidas o suspendidas de acuerdo con los criterios establecidos en el CP). Con esto, ha de admitirse que la situación de *rebeldía*, y aún no existiendo todavía ésta, la *incomparecencia injustificada* del sujeto pasivo al acto de la vista provoca la suspensión del mismo *hasta el momento en que sea hallado dicho sujeto*. Por este último dato, parece que cabe valorar de forma distinta los supuestos de incomparecencia en función de si el paradero del imputado es conocido o desconocido.

Dada la conexión entre las exigencias de presencia del sujeto y la afirmación de la huída como un riesgo de frustración procesal, el análisis de los motivos que justifican aquéllas puede resultar útil, en ocasiones, para sostener o negar la existencia de éste el caso concreto. Pero ello formará parte, sólo de los recursos argumentativos del Juez, del Ministerio Fiscal o de los abogados. Pero la concreción teórica del peligro cautelar concreto relacionado con la desaparición del sujeto, ha de terminar con la concreción estrictamente técnica de los efectos normativamente asociados a la ausencia del sujeto pasivo del proceso. Los *motivos* de la presencia exigida o eximida, y los de sus efectos, han de buscarse, si se desea, en otros trabajos.

En otro orden de consideraciones, y para la concreción del peligro cautelar concreto que nos ocupa, ha de atenderse al hecho que el *riesgo de frustración procesal* (este es, la eventual situación de ausencia en paradero desconocido del sujeto pasivo del proceso) puede ser materializado por un acto del propio sujeto pasivo (lo que resulta obvio, teniendo como elemento central de este peligro el mismo sujeto³⁵³); pero también por otros sujetos: ¿qué hay, al efecto, de las venganzas de carácter privado, tengan como objeto la muerte o el secuestro del imputado; o los linchamientos populares que, en ocasiones y delitos que hayan generado gran alarma social, pueden producirse? Resulta también obvio que, al no poder atribuirse la materialización del *riesgo de frustración procesal* al sujeto pasivo del proceso, tampoco estas situaciones

³⁵³ El grado de conexión entre el objeto del riesgo (y, por ende, el objeto específico de la protección cautelar) y el sujeto apto para materializarlo, tendrá especial incidencia en la apreciación, en el caso concreto, del *Periculum in Mora* y, especialmente, de la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso. Al respecto, *vid. infra*, capítulo IV § I.2.B. y .C y capítulo VII § I.1.E.b.

justificarían, de acuerdo con el fundamento cautelar propuesto en este trabajo, la protección del imputado mediante la imposición, a él mismo, de una medida cautelar.

D) Elementos con los que el ordenamiento reacciona o previene la ausencia del sujeto pasivo del proceso.

Quiere hacerse, en primer lugar, una breve precisión del título y contenido de este apartado: En el capítulo precedente se fijó que la tutela dispensada por las medidas cautelares es de naturaleza preventiva, de manera que no reaccionan al acto de frustración procesal sino que lo previenen. Reaccionan, pues, a la posibilidad de la acto. El título que encabeza este apartado ilustra el contenido de lo que se expondrá a continuación: se incluyen en lo que sigue, entonces, instrumentos tanto de prevención como de reacción al acto de frustración del proceso. Esto, lejos de contradecir la naturaleza preventiva de las medidas cautelares penales, pretende reunir en una misma exposición aquellas previsiones normativas que de algún modo se relacionan con la evitación (preventiva o reactiva) de la ausencia del sujeto para facilitar, de este modo, la observación posterior de los institutos afines a las medidas cautelares y la necesidad de imponer estas últimas

En la LECrim pueden identificarse distintos mecanismos de algún modo relacionados con la necesaria presencia del sujeto pasivo en el proceso:

a) Para empezar, cabe atender a algunas previsiones de carácter genérico, que no identifican un acto concreto pero sí deben entenderse como directrices dirigidas al órgano jurisdiccional, que relacionan el juicio oral con la presencia del acusado: así sucede con las previsiones contenidas en los artículos 731 LECrim³⁵⁴ y 785.2 del mismo texto legal³⁵⁵. Las facultades judiciales para decidir sobre la celebración del juicio en ausencia podrían considerarse, de hecho, un mecanismo tendente a impedir la frustración del proceso como consecuencia de dicha ausencia.

³⁵⁴ “El Tribunal adoptará las disposiciones convenientes para evitar que los procesados que se hallen en libertad provisional se ausenten o dejen de comparecer a las sesiones desde que éstas den principio hasta que se pronuncie la sentencia”. Esta previsión normativa parece más un recordatorio que una habilitación. En su función directora del proceso, el Juez no necesita una habilitación expresa respecto al *tiempo* en que puede *acordar* una medida cautelar. Al respecto, *vid. infra*, capítulo VII § II.1.

³⁵⁵ “El señalamiento de la fecha para el juicio se hará teniendo en cuenta la prisión del acusado y el aseguramiento de su presencia a disposición judicial, la complejidad de la prueba propuesta o cualquier circunstancia significativa.”

b) Algunos actos de obtención de datos personales parecen ir dirigidos a procurar la presencia jurídica del sujeto pasivo y permitir, bien la reclamación de su presencia real mediante la citación, bien el posterior cumplimiento coactivo de esa exigencia: así, la toma de datos personales por parte de la policía (art. 493 LECrim) o el requerimiento al imputado para que designe un domicilio a efectos de notificaciones (art. 775 LECrim).

c) Asimismo, se prevén en nuestro ordenamiento un conjunto de actos mediante los que se pretende que otro órgano público ayude o facilite la presencia del sujeto pasivo en el proceso. En este grupo cabe mencionar la orden de detención; la de búsqueda y detención o requisitoria; la solicitud de extradición pasiva; o la orden europea de detención y entrega.

d) También ha de atenderse a diversos actos de coacción psíquica que pretenden evitar la incomparecencia del sujeto pasivo: así, básicamente, el advertimiento contenido en la citación judicial³⁵⁶, o el delito que tipifica el quebrantamiento de la conducción a la fuerza, la condena o la medida cautelar (art. 468.1 CP). Cabe entender que también las penas asociadas a otros tipos penales como el homicidio o el secuestro pueden actuar como coacción psíquica a la realización vengativa de tales actos contra el imputado. Obsérvese que la ayuda de un tercero a la huida del presunto responsable sólo constituye delito en los términos establecidos en el art. 541.3º CP (en relación, además, con el 454 del mismo cuerpo legal); aunque conductas de este tipo deben valorarse también bajo las previsiones de los artículos 470 y 471 CP.

e) Finalmente, cabe hacer referencia a aquellas medidas que se aplican al sujeto pasivo del proceso y que suponen, materialmente, un grado de sujeción al mismo mayor del que permite la consideración general de imputado o acusado: nos referimos a la libertad provisional sujeta a fianza o a comparecencia periódica³⁵⁷, y a la prisión provisional³⁵⁸, cumplida en centro penitenciario, en el domicilio del imputado³⁵⁹ o

³⁵⁶ En la que se le apercibirá de lo contenido en el art. 487 LECrim: “Si el citado, con arreglo a lo prevenido en el artículo anterior, no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida, la orden de comparecencia podrá convertirse en orden de detención.”

³⁵⁷ Arts. 529 y 530 LECrim.

³⁵⁸ Arts. 503 y ss LECrim.

³⁵⁹ Art. 508.1 LECrim.

sustituida por el ingreso en un centro de desintoxicación o deshabitación a sustancias estupefacientes³⁶⁰.

Ahora bien, no todos los mecanismos que han sido expuestos en este apartado pueden ser considerados medidas cautelares. Si bien todos se relacionan, de un modo más o menos claro, con la necesaria *presencia del sujeto pasivo en el proceso*, no todos responden a una situación de *peligro cautelar*. Cabe observar, al respecto, que algunos de los mecanismos señalados *supra* pretenden sólo facilitar la *presencia jurídica* del imputado (favoreciendo indirectamente la *real*) mientras otros se relacionan directamente con la necesidad de *presencia real o física*. Entre éstos últimos pueden encontrarse actos que *previenen* de la ausencia del imputado y otros que *reaccionan* contra la misma. Todos estos extremos, resultarán relevantes para identificar las medidas cautelares existentes en nuestro ordenamiento a fin de evitar la huída del imputado. La determinación de estas medidas, y los motivos por los que cabe atribuirles aquél calificativo, se presentarán en el título IV de este mismo capítulo.

2. Peligros asociados a la desaparición de los indicios que permiten conocer el hecho.

Se explicó en páginas precedentes, al inicio del presente título, que en este epígrafe se abordarían los peligros relativos a la desaparición de los indicios que permiten conocer el hecho y el sujeto. Procedamos, pues, a esto.

A) Especial relevancia del hecho en el proceso penal.

La especial relevancia del *hecho*³⁶¹ deviene patente al observar que (1) es el conocimiento del mismo, cuando tiene caracteres de delito, lo que manifiesta el interés público y justifica la puesta en marcha de la maquinaria procesal penal³⁶²; (2) son

³⁶⁰ Art. 508.2 LECrim.

³⁶¹ Se hace referencia, en este momento, al *hecho genéricamente considerado*, esto es, a aquella situación que explica la realidad del *acto* objeto de enjuiciamiento. La propia noción de *acto*, según la formulación expuesta *supra*, incluye la conducta *humana*, por lo que, cuando de *hecho* (en cursiva) hablemos, nos referiremos tanto a la conducta como al sujeto que pudo realizarla.

hechos (y no valores o ideas) lo que se juzga en un proceso penal³⁶³, y (3) en consecuencia, el objeto de la prueba son también los *hechos*. Además, la importancia de los *hechos* dentro del proceso penal se muestra en diversos momentos, actos e instrumentos del mismo, justificando la vigencia de los mismos y condicionando su contenido: así, por ejemplo, cabe afirmarlo de la fase de instrucción, del fuero general de competencia territorial, de las diligencias complementarias, de determinadas causas de sobreseimiento, del objeto de la prueba, de la tesis del tribunal o de la sentencia. Todos estos institutos o actos procesales se encuentran de algún modo condicionados por los *hechos*: la competencia territorial, en principio, se determina de acuerdo con el criterio *forum commissi delicti*, que exige el conocimiento (aunque todavía indiciario) del lugar dónde se cometieron los hechos³⁶⁴; cabe solicitar diligencias complementarias cuando se estime la falta de indicios para tipificar el hecho³⁶⁵; ante la inexistencia del hecho, el carácter no delictivo del mismo o la ausencia de responsabilidad del sujeto imputado, debe *en principio* decretarse el sobreseimiento libre³⁶⁶; y ante la falta de indicios suficientes para justificar la perpetración del hecho típico o la participación del

³⁶² Recuérdese que la imposibilidad del hecho o el carácter no delictivo del mismo son las únicas causas (materiales) de inadmisión de la querrela y (absolutas) de la denuncia. Al respecto, y para algunas referencias generales al contenido de este epígrafe, *vid. supra*, capítulo II § III.2.A.a.

³⁶³ A ello ayuda, sin duda, la tipificación del acto. Con esto debería conseguirse, por ejemplo, que en un proceso que tiene como objeto un delito de abusos sexuales a menores, se juzguen los actos abusivos, pero no la tendencia sexual, íntima del encausado, que puede residir en su fuero interno sin haberse manifestado jamás en un acto material de satisfacción de la misma. Cabe advertir, respecto al enjuiciamiento de hechos o valores, que la aserción que justifica esta nota al pie debe matizarse en los casos en que la norma penal tipifica como delito la manifestación de determinados idearios.

³⁶⁴ Art. 15 LECrim.

³⁶⁵ Reza el artículo 780.2 LECrim que “cuando el Ministerio Fiscal manifieste la *imposibilidad* de formular escrito de *acusación por falta de elementos esenciales para la tipificación de los hechos*, se podrá instar, con carácter previo (a la solicitud de apertura de juicio oral o sobreseimiento), la práctica de aquellas *diligencias indispensables para formular acusación (...)*”. La cursiva y el entrecomillado es nuestro. Téngase en cuenta, al respecto, que en el procedimiento ordinario pueden solicitar *diligencias complementarias* tanto la acusación como la defensa, mientras que en el abreviado, la solicitud de las *diligencias indispensables* es facultad exclusiva de las partes acusadoras. También, respecto a este último supuesto, es distinta la vinculación judicial a la petición formulada por el acusador público y por el acusador particular.

³⁶⁶ Art. 637 LECrim. Se precisa que eso sucede, *en principio*, por lo siguiente: debe tenerse en cuenta, al efecto, el juego entre principio acusatorio y principio de oficialidad, y muy especialmente las posibilidades de desvinculación del juez a la petición de las partes, entre las que, además, cabe destacar la continuación del juicio oral, pese a la solicitud de sobreseimiento libre, cuando la exención de responsabilidad criminal lo sea por alguno de los motivos contemplados en los ordinales 1º, 2º, 3º, 5º y 6º del artículo 20 CP.

imputado debe, también en principio, decretarse sobreseimiento provisional³⁶⁷; también los hechos, en tanto objeto del proceso, condicionan las facultades judiciales a nivel probatorio³⁶⁸ y las posibilidades de desvinculación del tribunal a la acusación formulada por las partes sin mermar la debida congruencia de la sentencia. Estos son sólo algunos ejemplos de cómo el *conocimiento* y *fijación* de los hechos condiciona el desarrollo del proceso penal, así como el contenido y dinámica de determinados actos procesales.

Todo ello pone de relieve la importancia de la *determinación* de los hechos, a lo largo del proceso, conforme a la verdad material.

B) La determinación del acto: del conocimiento de la *notitia criminis* a la fijación de los hechos en la sentencia.

El proceso comienza con el *conocimiento* de unos hechos aparentemente delictivos y termina con la resolución que afirma (o no) la certeza de los mismos, *fijando* aquellos que se consideran probados: por esto puede aseverarse que la *determinación* de los *hechos* (en la que se incluye, recuérdese, la participación del sujeto en los mismos) es el cometido principal del proceso penal en su fase declarativa. Ahora bien, ¿cómo se evoluciona en el conocimiento de los *hechos*? ¿Cómo llegan a precisarse éstos? La respuesta no puede ser otra: *investigando*, primeramente, y *probando*, con posterioridad. Es, tras la interpretación objetiva de la prueba y la valoración judicial de la misma, que se fijarán los hechos probados (ciertos jurídicamente, por tanto³⁶⁹), y con éstos deberá realizarse el juicio de subsunción, cuyo resultado expresa el sentido del fallo.

Y es que la determinación del hecho, a lo largo del proceso, pasa por diferentes estadios: se conoce que la *prueba* es el único medio en que el juez puede basar su

³⁶⁷ Art. 640 LECrim. Cabrían, también respecto a este tipo de sobreseimiento y sobre todo en sede de procedimiento abreviado, algunas precisiones sobre la vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de apertura del juicio oral formulada por las partes.

³⁶⁸ *Vid.* al respecto, el art. 729.2º LECrim, cuya interpretación tiene mucho que ver con la vigencia de los principios acusatorio y oficialidad.

³⁶⁹ Ilustra CARNELUTTI que “cuando la existencia no se funda inmediatamente sobre los sentidos, lo que se dice certeza no es más que una *probabilidad tan alta que llega a equivaler a la certeza*” señalando después “el parentesco entre *prueba* y *probabilidad* (de la raíz común *probus* y *probare*)”; en *Lecciones...*; *ob.cit*; p. 289.

convicción sobre los *hechos* y que la misma sólo puede practicarse, en principio, en el juicio oral³⁷⁰. No obstante, aquello que será objeto de práctica probatoria, los *medios de prueba*, deben recogerse y, en ocasiones además, hallarse. Una y otra actividad deberán realizarse sobre las *fuentes de prueba*. Así, en las *fuentes de prueba* pueden hallarse los *medios* (o ellas mismas pueden constituir esos medios) que servirán para la *práctica probatoria* en la *fase de juicio oral*³⁷¹. Por esto, cabe apreciar que la fijación final de los *hechos* en el proceso penal es el resultado de una actividad de introducción de *hechos* progresiva (delimitación progresiva del objeto del proceso) y, detenida esa introducción (inmutabilidad del objeto del proceso), de comprobación de la certeza de los mismos³⁷².

Con todo, cada una de las dos formas de determinación de los hechos, investigación y prueba, explica el fin y contenido de las fases de instrucción y de juicio oral.

Así, la primera de las fases del proceso tiene entre sus fines el de “averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir (positiva o negativamente) en su calificación, y la responsabilidad de los

³⁷⁰ “La prueba en el proceso penal es la actividad procesal de las partes y del juzgador, dirigida a formar la convicción de éste último sobre la verdad o certeza de los hechos afirmados por las partes, que se desarrolla, fundamentalmente, en el juicio oral”, DE LA OLIVA SANTOS, A; *Derecho procesal penal*, *ob.cit.*; p. 465.

³⁷¹ No quiere dejar de exponerse la, conocida por quien escribe, imprecisión con que nos hemos referido, en el texto principal, a los *medios de prueba*, habiendo sido calificados como *objeto* de la práctica probatoria y como *medio* para realizarla.

Respecto al *medio de prueba* y la *práctica probatoria*, quiere reseñarse la apreciación ilustrada por CARNELUTTI, para quien “cuando nosotros pensamos en pruebas, se nos representan conjuntamente tanto hechos como cosas; así llamamos prueba tanto al testimonio, o sea a la narración, cuanto al testigo, o sea, al hombre que narra”. Y esto, explica, porque observado desde un punto de vista estático, las pruebas son *cosas*, que requieren, para su uso y función que se desarrollen en *hechos* (así, por ejemplo, que el testigo testifique y el documento sea leído).

Una referencia al mismo autor se muestra oportuna respecto al *medio de prueba* y el *objeto de prueba*: explica que “un hecho es una prueba en cuanto sirve para conocer otro hecho; este otro hecho, esto es, el hecho a conocer, se llama *tema de la prueba*. Son, por eso, lógicamente correlativos la prueba y el tema de la prueba: no puede existir una prueba sin tema y un tema sin prueba”. Las citas extraídas de su obra *Lecciones...*, *ob.cit.*; pp. 291 y 293.

³⁷² Explica GIMENO SENDRA, V; que “los actos de aportación de hechos, como su nombre indica, tienen por exclusiva finalidad introducir los hechos al proceso. Debido a la importante circunstancia de que el proceso declarativo penal, a diferencia de los demás procesos, está dividido en dos grandes fases, la instructora y la del juicio oral, los actos de aportación fáctica asumen una doble función correlativa a la de ambas fases: en la primera de ellas, tales actos asumen como única función la de preparar el juicio oral mediante la comprobación o investigación de la *notitia criminis* en punto a determinar fundamentalmente el hecho punible y su presunto autor; en tanto que, en la segunda, en la fase del juicio oral, la entrada en ella de los hechos tiene como exclusiva función lograr la evidencia necesaria para que el tribunal dicte una sentencia de condena o, en cualquier otro caso, absoluta”, en *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1997; pp. 367 y 368.

delinquentes”³⁷³ y, entre su contenido, mayoritariamente, las diligencias de investigación, que encuentran su regulación genérica en los arts. 326 a 485 LECrim bajo el, un tanto impropio, título “De la comprobación del delito y del delincuente”. A los hechos investigados, y no a otros, deberá ceñirse la acusación, cuyo contenido condiciona, además, los extremos de la práctica probatoria y ésta, a su vez, el sentido de la resolución penal.

Así, se observa que la determinación de los hechos no es tarea instantánea, como tampoco lo son los actos tendentes a ello. El propio *íter* procesal, así como la imposibilidad (natural, provocada o fortuita) de llevar a cabo tales actos puede llevarnos a la frustración del proceso por indeterminación del hecho. Indagar cuándo eso sucederá, es cometido del siguiente apartado.

C) Efectos sobre el proceso derivados de la indeterminación del hecho.

Ya se dijo, el hecho objeto de juicio es una realidad histórica, pasada, que como tal no puede desaparecer. Pero sí pueden desaparecer (o simplemente no hallarse) los indicios que permiten conocer, en la actualidad, aquel hecho pasado: ante esta situación cabe hablar, genéricamente, de *indeterminación* del hecho y del sujeto. Y es esa eventual indeterminación la que cabe considerar un *riesgo de frustración procesal*.

Veamos hasta qué punto la anterior afirmación es cierta. Para esto, se han querido presentar distintos supuestos de indeterminación del hecho y del sujeto³⁷⁴:

a) *Supuesto 1: Imposibilidad de afirmar algún indicio de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto.* Ante tal circunstancia, resultará imposible formular imputación y, en consecuencia, el proceso no podrá proseguir más allá de la fase de instrucción, pues devendrá inadmisibile formular acusación llegada la fase intermedia.

b) *Supuesto 2: Imposibilidad de afirmar indicios suficientes de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto.* Ante tal eventualidad, no podrá formularse acusación,

³⁷³ Art. 299 LECrim (lo escrito en cursiva es añadido nuestro). Resulta obvio, conocida esta finalidad, que cuanto mayor sea la información relativa al hecho y al sujeto contenida en la denuncia o en la querrela, menor será la relevancia de la fase de instrucción. Al hilo de esta apreciación hay que valorar el incremento de la investigación policial previa al atestado (arts. 769 a 772 LECrim) y de las investigaciones privadas previas a la querrela.

³⁷⁴ Se recomienda, para lo que sigue, la lectura previa de lo expuesto *supra*, en el capítulo II § III.2.A.

debiendo solicitarse el sobreseimiento provisional. Si de todas formas, se produce la acusación y apertura del juicio oral, la falta de indicios bastantes puede llevar a una fijación de hechos ciertos insuficiente para fundamentar la condena.

c) *Supuesto 3: Imposibilidad de afirmar algún indicio de existencia de un hecho con caracteres de delito.* La posibilidad del hecho delictivo se manifiesta con la admisión a trámite de la denuncia o de la querrela. Por este motivo, el supuesto planteado es un contrasentido, dado que, si no puede afirmarse aquél indicio, no existe *notitia criminis*, y sin ésta no se incoa un proceso. Esta situación es, pues, una mera situación lógica, sin interés teórico para el análisis del riesgo de frustración procesal.

d) *Supuesto 4: Imposibilidad de afirmar indicios suficientes que acrediten el carácter delictivo del hecho o su existencia.* Ante estas situaciones, deberá solicitarse el sobreseimiento provisional por el motivo previsto en el artículo 641.1º LECrim o el libre, *ex art.* 637.1º LECrim, respectivamente. Si, aún la insuficiencia de estos indicios se formula acusación, la parquedad de los resultados probatorios conducirá a una sentencia absolutoria.

e) *Supuesto 5: Imposibilidad de obtener indicios que nieguen el carácter delictivo del hecho, afirmen la existencia de una causa de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad o afirmen la concurrencia de una circunstancia atenuante.* La imposibilidad de introducir hechos que nieguen el carácter delictivo del acto³⁷⁵ o que acrediten, por ejemplo, causas de justificación, pueden provocar una improcedente apertura del juicio oral³⁷⁶ y una sentencia condenatoria, dada la imposibilidad de probar la existencia de una forma de ausencia de acto o de una causa de justificación³⁷⁷, esto

³⁷⁵ Básicamente nos referimos, en este estadio, a la ausencia de acto: fuerza irresistible y sugestión hipnótica. Y es que, al entender el acto como primer carácter del delito, la falta de acción deviene un elemento negativo del crimen con sustantividad propia. Al respecto, sintéticamente, *vid.* JIMENEZ DE ASÚA, *Lecciones...*; *ob.cit.*; pp. 142 y 143.

También cabría incluir en este grupo, la imposibilidad de aportar indicios que nieguen la tipicidad del hecho enjuiciado (por ejemplo, la verdad de lo imputado en la calumnia).

³⁷⁶ Cuando procedería, de no existir tal imposibilidad (y para los supuestos de legítima defensa y actuación en cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho oficio o cargo), el sobreseimiento libre *ex art.* 637.2º LECrim.

³⁷⁷ En general, de cualquier causa de exención de responsabilidad penal previstas en el art. 20 CP.

último, claro está, valorado desde la tendencia actual a examinar las causas de justificación como “defences”³⁷⁸.

f) *Supuesto 6: Imposibilidad de practicar alguna prueba en el juicio oral.* Aún existiendo indicios suficientes para fundamentar la acusación y procurar, por ende, una condena, puede suceder que aquellos medios no puedan ser objeto de práctica probatoria en el juicio oral. Dado que la sentencia debe fundamentarse en los hechos probados, en principio, en el juicio oral, la imposibilidad material de practicar determinadas pruebas puede frustrar la resolución penal conforme a la verdad material. En este supuesto ha de distinguirse la imposibilidad material y formal de práctica probatoria: la *material*, por desaparición o destrucción de la fuente o medio de prueba válidamente hallados en la instrucción; la *formal*, por haberse obtenido vulnerando derechos fundamentales³⁷⁹.

g) *Supuesto 7: Imposibilidad de valorar la interpretación resultante de alguna prueba, por haber sido ilícitamente practicada.* Es, en esta sede, dónde cabe apreciar la mayor y más clara muestra de interacción entre las exigencias formales y sustantivas del proceso, esto es, de la influencia de la forma sobre el objeto³⁸⁰. La apreciación de un *riesgo de frustración procesal* en realidades subsumibles en este supuesto dependerá directamente de la laxación o respeto estricto a las garantías relacionadas con la condena. Lo mismo podría afirmarse, en los casos de imposibilidad formal incluidos en el supuesto anterior.

Si es fin del proceso *resolver* la cuestión penal conforme a la *verdad material*, parece que *pueden* suponer una frustración de esta intención los supuestos 1, 2, 4, 5, 6 y 7. La dubitación responde a un doble motivo, que explica por qué la concreción de los *riesgos de frustración procesal* relacionados con la indeterminación del hecho y del sujeto, no puede ser afirmada con la claridad con que podían expresarse los peligros relacionados con la ausencia del sujeto pasivo:

³⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*; *ob.cit*; *loc.cit*; en nota al pie 93.

³⁷⁹ Ha de advertirse, también, que el conocimiento, de forma ilícita, de unos hechos impide que la procedencia de abrir juicio oral se fundamente en esos hechos. Los mismos tampoco podrá servir para acreditar el *Fumus Boni Iuris* en la adopción de la prisión provisional.

³⁸⁰ Al respecto, *vid. supra*, capítulo II § III.2.B.

1) De un lado, debe observarse que mientras los parámetros bajo los que cabía apreciar los efectos de aquella ausencia, son estrictamente normativos (posibilidad de juicio en ausencia y tipo de pena prevista para el acto enjuiciado); no tienen ese carácter los que condicionan los efectos de la indeterminación del hecho y del sujeto. Y esto porque la ausencia de indicios puede darse, para lo que ahora interesa, porque éstos estén siendo escondidos por alguien, pero también porque, de hecho, no existan tales indicios. Y no hallar ni disponer de unos indicios que no existen, no supone un riesgo de frustración procesal sino, al contrario, una muestra de que el proceso no debe proseguir. Así, parece que la apreciación de un *riesgo de frustración procesal* por ausencia de indicios que permitan determinar el hecho y el sujeto tiene, como presupuesto previo, justificar en el caso concreto la posible existencia de tales indicios.

2) Con lo anterior, si no son estrictamente normativos los parámetros, tampoco lo son los efectos asociados a la materialización de dicho peligro. Y esto porque la fijación final de los hechos probados depende de los concretos resultados que reporte la práctica de la prueba (interpretación objetiva de la misma), y, además, del valor que dé el juez a esa prueba, según su sana crítica. Si el resultado de la prueba ilustrará efectivamente el dato que pretende conocerse con su práctica (u obtención), es un extremo que sólo puede afirmarse, con certeza, tras esa práctica probatoria. Ambas consideraciones deben llevarnos a tomar una posición especialmente prudente en la apreciación de este *riesgo de frustración procesal* en la práctica³⁸¹.

Finalmente, se quiere destacar que los (posibles, en los términos expuestos) *riesgos de frustración procesal* objeto de este epígrafe pueden venir referidos directamente tanto a la *investigación* (u *obtención* de medios de prueba) como a la *práctica probatoria* y su *valoración*.

³⁸¹ Así lo aconseja también, aunque por distintos motivos, GUTIERREZ DE CABIEDES, en *La prisión provisional, ob.cit;* p. 106. Los efectos de lo dicho en el texto principal, sobre la adopción de una medida cautelar en base a este riesgo de frustración procesal, se expondrán en el capítulo IV § I.1.B del presente trabajo.

D) Potencialidad para materializar este riesgo de frustración procesal.

Esta última distinción servirá de base para estructurar la determinación de los sujetos potencialmente peligrosos para provocar la indeterminación del *hecho*. Procedamos, sin más reparos, a dicho cometido:

Fijándonos, en primer lugar, en el riesgo de frustración procesal referido a la *obtención* de medios de prueba, categoría bajo la que cabe englobar los supuestos 1, 2, 4 y 5 expuestos *supra*, puede observarse que la imposibilidad de hallar fuentes de prueba y obtener medios probatorios a partir de ellas puede ser provocada, claro está, por el sujeto pasivo del proceso, así como por otros sujetos relacionados con él, tengan o no conexión con el proceso en curso (por ejemplo, un amigo o un familiar en el segundo caso, o su abogado, en el primero). La imposibilidad de obtener medios de prueba puede venir dada, también por la falta de diligencia de los órganos públicos encargados de esa tarea, ya dirigiéndola, ya realizándola materialmente. También el paso del tiempo puede provocar la destrucción, ocultación o manipulación de fuentes y medios de prueba perennes, antes de su hallazgo.

Con todo, cabe advertir que resulta sumamente improbable que el sujeto pasivo pretenda materializar el riesgo de frustración procesal expresado en la situación 5, esto es, que oculte, destruya o manipule aquellas fuentes y medios de prueba que permiten negar el carácter delictivo del hecho o acreditar la existencia de una causa de exención de responsabilidad penal.

Obviamente, la materialización del riesgo de frustración procesal referido a la *obtención* alcanza también la imposibilidad probatoria, aunque de modo indirecto: si no se ha podido hallar la fuente o el medio de prueba sobre un hecho, tampoco podrá realizarse práctica probatoria sobre ese hecho. Porque, como se expuso en páginas precedentes, “no hay prueba sin tema”³⁸².

Dentro del riesgo de frustración procesal relacionado directamente con la *práctica* probatoria, podemos distinguir las siguientes eventualidades:

a) Imposibilidad *material* de práctica probatoria. Esta situación (que se integra en la sexta del apartado precedente) presupone la efectiva obtención del medio de prueba, pero la imposibilidad, por distintas razones, de llevar a cabo la práctica probatoria sobre ese medio.

³⁸² Vid. *supra* nota al pie 371.

Y es que, como se advirtió, “las pruebas son cosas que se desarrollan en hechos”³⁸³. Por esto, si ese desarrollo no puede producirse (si el testigo no puede testificar, si el documento no puede ser leído, si el objeto no puede ser observado...), no hay prueba en la que el Juez pueda obtener, del medio, una convicción sobre la que fundamentar la condena.

De hecho, la imposibilidad material de práctica probatoria puede traer causa (1) en la propia *temporalidad* del proceso, que prevé el juicio oral como sede de la práctica probatoria o (2) en la naturaleza de la cosa objeto de prueba, sobre la que no es posible desarrollar un hecho más tarde, sino sólo durante su obtención. Constituyen ejemplos del primer supuesto la destrucción por caducidad del objeto o instrumento del delito, o la previsible desaparición del testigo, por causas naturales, antes de la llegada del juicio oral. Constituye un ejemplo del segundo supuesto la toma de aire expirado de un determinado sujeto que se estima conduce en estado de ebriedad.

Más allá de la esencialidad de la prueba o de la imposibilidad de que ésta sobreviva naturalmente al tiempo que media entre su obtención y práctica, cabe atribuir la imposibilidad material de práctica probatoria a la actuación de una persona: así, sucede con el testigo o perito que no comparece voluntariamente a juicio; el órgano encargado de la custodia de medios de prueba, que los destruye o pierde o, de clara relevancia para nuestro estudio, el sujeto pasivo del proceso que, sólo o en concomitancia con otro, destruye u oculta un medio de prueba obtenido en la instrucción. El sujeto pasivo del proceso también puede impedir materialmente la práctica de prueba provocando, con su ausencia, la suspensión del juicio oral; supuesto que debe reconducirse al riesgo de fuga, tratado en el epígrafe precedente.

b) Imposibilidad *formal* de práctica probatoria. Nos referimos, bajo este supuesto, a aquellos casos en que, pese a disponer del medio de prueba, éste no puede ser objeto de práctica probatoria, por haber sido, él mismo o su fuente, ilícitamente obtenidos. Y es que las exigencias formales en la resolución de la cuestión penal requieren que la pesquisa estatal de indicios se lleve a cabo respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos sometidos a su poder. Obviamente, sólo los órganos encargados de dirigir, ordenar o recabar la obtención de medios de prueba tienen potencialidad para materializar este riesgo³⁸⁴.

³⁸³ *Íbidem*.

³⁸⁴ Con esto han de relacionarse dos cuestiones de capital importancia en la actualidad: la primera, se refiere a la investigación privada y a la ilicitud en la obtención de pruebas por la parte no pública del

c) Imposibilidad de *valorar* la prueba practicada. En esta eventualidad ha de incluirse tanto la práctica de una prueba ilícita (ilícitamente obtenida, por tanto), como la práctica ilícita de la prueba (aquella realizada obviando las garantías asociadas a dicha práctica). Nuevamente, la potencialidad para materializar este riesgo es atribuible, con carácter exclusivo, al órgano encargado de la admisión y práctica de la prueba, esto es, al órgano enjuiciador.

Advertidos los riesgos de frustración procesal relativos a la indeterminación del *hecho* y los sujetos con potencialidad para materializarlos, procede exponer los medios con que el ordenamiento favorece tal ejercicio de determinación.

E) Medios con que el ordenamiento reacciona ante los *riesgos de frustración procesal* relacionados con la indeterminación del hecho y del sujeto.

Los distintos mecanismos e institutos procesales que, de algún modo, se destinan al conocimiento del hecho y del sujeto son susceptibles de catalogación en función del conducto de determinación (investigación y comprobación) que facilitan o a que se destinan. De acuerdo con esta perspectiva, se ha optado por exponer en dos grupos distintos los medios con que el ordenamiento combate, directa o indirectamente, la indeterminación del hecho en el proceso penal.

1.- Instrumentos destinados a facilitar la *obtención* de medios de prueba: Averiguar, conocer y, de este modo, introducir hechos en el proceso penal es cometido que se desarrolla, de modo genérico, mediante la práctica de distintas diligencias de investigación. En principio, las diligencias de investigación son ordenadas por el órgano judicial encargado de la investigación, pero también ha de observarse que, a partir de la reforma operada por la Ley 38/2002, el art. 773.2 LECrim prevé la facultad del Ministerio Fiscal de ordenar la práctica de diligencias para la comprobación del hecho o de la responsabilidad de los partícipes en el mismo³⁸⁵. Con esto se pretende, entre otras,

proceso. La segunda, a la “retroacción” en la observación de la ilicitud y a la presentación de la *notitia criminis* por parte de la policía.

³⁸⁵ Aunque esta previsión normativa se corresponde con el antiguo art. 785 bis.3 LECrim. Respecto a las facultades normativas del Ministerio Fiscal para la comprobación del delito en la actual regulación, y ya desde la LO 7/1988, *vid.* MARTÍN PASTOR, J; *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 45 a 63.

adelantar el inicio de las diligencias de investigación, de manera que no deba esperar este cometido a la ordenación judicial de las mismas, reduciéndose así las posibilidades de ocultación y destrucción, natural o provocada, de las fuentes de prueba. Existen, además de esta atribución limitada, otros mecanismos con los que quiere favorecerse la “rapidez” en el hallazgo y recogida de indicios relativos al hecho y al sujeto:

a) Así sucede con determinados actos de la policía judicial, que tiene entre sus funciones la de “practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos (los delitos) y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial”³⁸⁶.

b) Con lo anterior, ha de hacerse referencia a las primeras diligencias³⁸⁷, que pueden ser acordadas por el Juez de Instrucción o municipal que estuviere más próximo al lugar de comisión del delito, o por cualquier funcionario de policía³⁸⁸.

c) Cabe también hacer mención, en sede de enjuiciamiento rápido, a las diligencias urgentes que se practican ante el Juzgado de Guardia³⁸⁹.

d) También se adecua la práctica de diligencias de investigación, por parte del juez de instrucción, fuera de la sede del órgano jurisdiccional e incluso fuera de su circunscripción³⁹⁰.

Además de la habilitación genérica (que no ilimitada) para la práctica directa de diligencias de “comprobación” del hecho y del sujeto, o de la orden de practicarlas a la policía judicial (*vid.* también art. 287 LECrim), el precepto referenciado en el texto principal prevé expresamente la comparecencia ante el Ministerio Fiscal de cualquier persona, a fin de que éste le tome declaración. Finalmente, se prevé que “cesará el Fiscal en sus diligencias tan pronto como tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento judicial sobre los mismos hechos”.

³⁸⁶ Art. 282.I LECrim. Al respecto, cabe atender especialmente a los arts. 284 y ss LECrim, en sede de procedimiento ordinario; art. 770 LECrim para el abreviado y 796 del mismo texto legal, para el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos.

³⁸⁷ Entre las que se encuentra la de “consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y la identificación del delincuente” (art. 13 LECrim). Para el contenido de las primeras diligencias cabe atender especialmente a los arts. 334 a 336 LECrim (sobre recogida, custodia y conservación de los instrumentos, objetos y efectos del delito) y a los arts. 368 a 374 (sobre la comprobación de la identidad del delincuente).

³⁸⁸ Art. 273 LECrim, en el caso de presentarse querrela y, en sede de formación del sumario, arts. 307 (para el juez municipal) y 318 del mismo texto (para el Juez de Instrucción, con la ayuda del Ministerio Fiscal, ex art. 319 LECrim). Existe también una habilitación expresa para la práctica de primeras diligencias por un juez ordinario cuando el proceso deba ser conocido, por razón de aforamiento, por un “Tribunal excepcional” (art. 309.I LECrim).

³⁸⁹ Art. 797 LECrim.

³⁹⁰ Arts. 322 y 323 LECrim en relación con los arts. 268 y 269 LOPJ.

e) Todavía relacionado con la competencia del órgano jurisdiccional, cabe atender a la posibilidad de decretar prisión provisional por el juez no competente para conocer de la causa, con lo que se favorece la rapidez en la adopción de una medida que tiene entre sus fines normativos el de “evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento”³⁹¹.

f) En conexión con la anterior, cabe identificar distintos mecanismos que parecen tener como cometido impedir la obstrucción de la investigación. Además de la prisión provisional, con esa intención se decreta el secreto de sumario³⁹², la incomunicación del detenido o del preso preventivo³⁹³ y la limitación a la libre elección de abogado, sustituyendo tal posibilidad por la imposición de asistencia letrada de oficio³⁹⁴.

g) A nivel formal, y para la validez de las diligencias de investigación practicadas, el art. 319 LECrim permite que la necesaria presencia del Secretario Judicial en la formación del sumario sea sustituida, en casos urgentes y extraordinarios, por la de un Notario o la de “dos hombres buenos, mayores de edad, que sepan leer y escribir, los cuales jurarán guardar fidelidad y secreto”.

h) No puede terminarse la exposición de los elementos con que el ordenamiento combate la indeterminación del hecho sin hacer mención del delito de encubrimiento tipificado en el art. 451.2º LECrim³⁹⁵. También a nivel punitivo, cabe mencionar las responsabilidades penales en que puede incurrir aquél que revele el debido secreto de sumario o, simplemente, el carácter no público que en general debe predicarse del contenido de la instrucción³⁹⁶.

³⁹¹ El fin transcrito, previsto en el art. 503.1.2º.b LECrim. Sobre la posibilidad de que sea acordada por el Juez no competente para conocer de la causa, *vid.* arts. 309. II LECrim, así como 502.1 y 505.6 LECrim.

³⁹² Especialmente, arts. 302. II, 774 y 506.2 LECrim, y 232 LOPJ.

³⁹³ Especialmente, arts. 407, 408, 509 y 520 bis.2 LECrim.

³⁹⁴ Efecto directamente anudado a la incomunicación, ex art. 527.a LECrim.

³⁹⁵ “Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: (...) 2º.- Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento”. Cabe observar cómo el art. 454 CP exonera de responsabilidad penal por este hecho a los cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos, entre otros. También debe atenderse a las conductas tipificadas en los arts. 301.2 y 302 CP

³⁹⁶ *Vid.*, al respecto, arts. 199, 417 y 466 CP sobre la responsabilidad penal por revelación de secreto por parte de aquél que está obligado a guardarlo. Debe también tenerse en cuenta la regulación relativa a las

2.- Medios destinados a facilitar la *comprobación o práctica de prueba*: A los anteriores, han de sumarse aquellos mecanismos que no facilitan la *obtención* del medio de prueba sino la *práctica probatoria*, a fin de permitir que el juez forme su convicción sobre la veracidad del supuesto de hecho que es objeto de enjuiciamiento. A este cometido pueden dedicarse los siguientes instrumentos y actos procesales:

a) La preconstitución de la prueba o su práctica anticipada suponen el avance del momento procesal válido para la realización de la prueba, al conocerse por la naturaleza de aquélla³⁹⁷, o al estimarse posible por las circunstancias de la misma, respectivamente, que dicha prueba no podrá realizarse en el juicio oral³⁹⁸.

b) Con lo anterior, la lectura en juicio de las actuaciones del sumario, cuando éstas sean imposibles de practicar en el juicio oral por causas independientes de la voluntad de las partes, constituye un método, recurrido hasta el abuso, para permitir que el juez forme válidamente su convicción sobre los hechos (art. 730 LECrim).

c) Cabe también atender al comiso de los instrumentos y efectos del delito, por lo general hasta la práctica de prueba. Con la custodia judicial de los mismos, se impide que sean destruidos u ocultados por quien quiere impedir que los mismos sirvan a la convicción del tribunal³⁹⁹.

d) El Código penal tipifica una serie de conductas relacionadas con la práctica probatoria y la contravención del interés público de conocer la verdad material de lo sucedido en el hecho objeto de enjuiciamiento: así, se castiga el falso testimonio (art. 458 CP), también cuando este ha sido realizado por perito o interprete (arts. 459 y 460 CP) o provocado o permitido por el abogado o el Ministerio Fiscal (art. 461 CP). Se castigan también la incomparecencia injustificada del testigo (art. 463.1 CP); la influencia violenta o intimidatoria sobre el testigo, denunciante, parte, perito, intérprete, abogado o procurador, para que cambie, cualquiera de ellos, su actuación (art. 464 CP), así como la destrucción, ocultación o inutilización, por parte del abogado, procurador o

responsabilidades disciplinarias que puedan imponerse al efecto, lo que dependerá de distintas previsiones normativas.

³⁹⁷ Dicha prueba, no obstante, debe integrarse en el juicio oral mediante la lectura del acta donde se documentó la diligencia, *ex* art. 730 LECrim. Cabe denunciar que un abuso de la facultad de este precepto, aún en casos no permitidos por la literalidad del mismo, implica la “vuelta de hecho a que las actividades de la instrucción devengan determinantes” (ARMENTA DEU, T; *Lecciones...*; *ob.cit*; p. 171).

³⁹⁸ Sobre la práctica anticipada, *vid.* arts. 777.2, 781.1.III, 784.2 y 797.2 LECrim.

³⁹⁹ Especialmente, arts. 334 a 338 LECrim.

un particular, de pruebas que les hayan sido trasladadas para dar trámite a una actuación procesal (art. 465 CP).

e) Mas allá de la coacción psíquica pretendida por las normas anteriores, existen en el ordenamiento algunas medidas que pretenden proteger directamente al que es testigo o perito en una causa penal⁴⁰⁰, sin que ello implique la limitación de libertad alguna del sujeto pasivo del proceso⁴⁰¹.

f) Por el contrario, otras medidas de protección a la víctima, que sí suponen una limitación de determinadas libertades del sujeto pasivo del proceso, pueden utilizarse para asegurar la práctica probatoria, aunque no es su fin directo, protegiendo a aquella víctima que se estima *declarará* en el proceso, a menos que haga uso de la exención de la obligación de declarar que prevé el art. 25.2 *if* CE. Nos referimos, claramente, a las órdenes de alejamiento y prohibiciones de comunicación y residencia previstas en el art. 544 bis LECrim. Resulta cuanto menos destacable que estas medidas también pueden acordarse, aunque con un ámbito subjetivo de protección distinto, como diligencias previas: el art. 13, no obstante, prevé la posibilidad de protección a “otras personas”, genéricamente, sin matizarlas ni remitir, para concretar el ámbito de aplicación, a los arts. 57 y 173.2 CP, como sí sucede con la previsión normativa de la prisión provisional y las órdenes de alejamiento y de protección integral.

g) También se pretende aumentar la seguridad en la práctica de prueba mediante el uso de las nuevas tecnologías, permitiendo la comparecencia y la declaración, tanto del imputado como de testigos y peritos, por videoconferencia⁴⁰².

h) Finalmente, cabe apuntar cómo las teorías que limitan el alcance anulatorio de la prueba ilícita, pese a la contundencia del art. 11.1 LOPJ⁴⁰³, pretenden mitigar las consecuencias adversas asociadas a la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de indicios y comprobación de los hechos en el proceso penal.

⁴⁰⁰ LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

⁴⁰¹ Excepto, en parte, del derecho de defensa, ya que la identidad del testigo o perito protegido es secreta, hasta llegada la admisión de prueba, cuando, de ser admitida la práctica de la testifical o pericial, si la defensa lo solicita, debe facilitársele la identidad del protegido (art. 4.3 LO 19/1994) Controvertidísima cuestión, que puede llegar a invalidar, *de facto*, toda la protección ofrecida previamente al sujeto protegido.

⁴⁰² Art. 731 bis LECrim. Respecto a la comparecencia por videoconferencia del Ministerio Fiscal durante la instrucción, *vid.* art. 306.IV LECrim.

⁴⁰³ Al respecto, léase DE LA OLIVA SANTOS, A; “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, nº 8-9, 2003, pp. 1 a 12, y la bibliografía que allí se cita.

Como se afirmó respecto al catálogo presentado en el apartado anterior, tampoco todas las medidas que se han descrito en éste pueden ser consideradas cautelares..

3. Irrelevancia en materia cautelar de los peligros asociados a la desaparición de la norma.

Varias han sido las referencias efectuadas a la importancia de la norma penal sustantiva. La primera se produjo al hilo de la explicación de las relaciones de derecho penal, dónde se terminó afirmando que la norma penal y el hecho típico son las materias primas a partir de las que se produce la pena⁴⁰⁴. La segunda, durante el examen de los elementos que permiten el avance del proceso⁴⁰⁵. Entonces podía ya intuirse el distinto papel que juegan en el proceso el hecho genéricamente entendido (lo que incluye el acto y su atribución a un sujeto) y la norma penal: mientras que hecho y sujeto son objeto de determinación y comprobación a lo largo del proceso, la norma no debe ser hallada, sino que se “dispone” de ella sin necesidad de realizar diligencias dirigidas a su búsqueda o determinación. Además, la norma, lejos de ser el objeto sobre el que se aplica el progresivo juicio de resolución penal, es el parámetro que lo guía: tanto el avance como la resolución del proceso penal tienen como parámetro la norma penal; la evolución del proceso, así como el sentido de la resolución final, se encuentran condicionados a la comprobación, en determinados estadios del mismo, de la relación entre el hecho, el sujeto y la norma penal. En consonancia con lo anterior, se señaló que la derogación de la norma penal, que sirve como criterio orientador del proceso y como materia prima de la pena, tiene como efecto la terminación del proceso mediante el sobreseimiento libre⁴⁰⁶. Precisamente porque el dictado de las distintas consideraciones generales en el proceso penal tiene como guía la norma penal sustantiva, ha de matizarse lo que expresa el rótulo de este epígrafe: la modificación de la norma penal sustantiva puede tener efectos en la acreditación del *FBI* y, en consecuencia, en la posibilidad de recurrir a la

⁴⁰⁴ *Vid. supra*, capítulo II § II.1.B.

⁴⁰⁵ *Vid. supra*, capítulo II § III.2.A.a.

⁴⁰⁶ *Vid. supra*, capítulo II § III.2.B.a.

tutela cautelar penal⁴⁰⁷. La modificación de la ley penal sustantiva también tendrá incidencia en otro de los juicios a realizar para la imposición de una medida cautelar penal en el caso concreto (la proporcionalidad) y puede tenerla en la apreciación de los presupuestos materiales de dichas medidas⁴⁰⁸.

Pero no avancemos contenidos: no son estas últimas las cuestiones que ahora nos interesan, sino que hemos de centrarnos en concreción de los peligros cautelares apreciables en nuestro ordenamiento.

En esta sede ha de advertirse que una gran diferencia entre el tratamiento que debe darse a este requisito sustantivo (la norma penal) y el que se ha venido atribuyendo a los precedentes, es precisamente la relacionada con el origen del *riesgo de frustración procesal*: y es que a la pregunta “¿puede el sujeto pasivo del proceso materializar el riesgo de desaparición de la norma?” debe sin duda responderse negativamente.

Resulta obvio que la invalidación de la norma será atribuible únicamente a la voluntad del legislador, por lo que, salvo se imagine un caso de corrupción parlamentaria⁴⁰⁹, no existe conexión alguna entre el agente apto para provocar la “desaparición” de la norma y el presunto sujeto activo del delito. Esto implica que el peligro de desaparición de la norma no pueda ser calificado como un *peligro cautelar*, pues el *riesgo de frustración procesal* no puede ser materializado por el sujeto pasivo del proceso. En otras palabras, el sujeto pasivo del proceso no es potencialmente apto para provocar la “desaparición” de la norma.

Con esto, no cabe siquiera plantearse, en este trabajo, qué medios dispone el ordenamiento jurídico para proteger la vigencia de la norma. En cualquier caso, el control de la vigencia de una norma penal no compete al proceso, por lo que, en coherencia con esto, no se incluyen actos procesales con ese fin⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ Y esto porque el *FBI* (o imputación, en los términos que se señalarán *infra*, en el capítulo IV § II) equivale a atribuir la comisión de un hecho aparentemente delictivo a un sujeto. En tanto el carácter delictivo del hecho incide en este juicio provisional, la modificación de la norma que lo tipifica algún efecto habrá de tener en su apreciación (sobre la vigencia de la tutela cautelar acordada en el concreto proceso, *vid. infra* capítulo VII § II).

⁴⁰⁸ Lo afirmado en el texto principal ha de relacionarse con la “prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables”. Al respecto, *vid. infra*, capítulo VI § I.2.C.c.

⁴⁰⁹ Esto es, la derogación de un tipo penal con la intención que un determinado sujeto no sea procesado, acusado o condenado por unos hechos ya producidos.

⁴¹⁰ El único control de las leyes que puede realizarse a través del proceso penal pasa por plantear una cuestión de constitucionalidad (art. 35 LOTC), lo que tiene su fundamento no en la “desaparición” de una

4. Peligros asociados a la posibilidad de ejecución material de la pena

Conviene en este momento recordar dos cuestiones que fueron tratadas en el segundo capítulo de este trabajo:

1) De un lado, quiere recordarse que la tutela cautelar penal alcanza los peligros a la cognición y a la ejecución. De hecho, asegurar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria es el más genuino e indiscutido (en el orden civil y en el penal) cometido de la tutela cautelar.

2) De otro, y centrándonos en la protección cautelar de la fase ejecutiva, se defendió que las medidas de aquél género sólo pueden procurar la *efectividad* de la pena, esto es, el aseguramiento de aquellos extremos necesarios para realizar la acción en que consiste la pena-realidad⁴¹¹. En otras palabras, con la defensa cautelar de la ejecución se pretende asegurar la realización de los actos necesarios para la privación o limitación de un derecho, en que consiste la pena. Pero en ningún caso, se dijo, puede pretender la tutela cautelar asegurar la *funcionalidad* de la pena, esto es, que la consecuencia jurídica del delito cumpla la función que la justifica⁴¹².

Cabe recordar también que, en páginas anteriores, han sido tratados los efectos asociados a la ausencia o indisponibilidad física del sujeto pasivo: entonces se ha constatado que su presencia real es absolutamente necesaria para ejecutar la tradicional pena privativa de libertad. Si ésta, además de tradicional, pudiera adjetivarse de única, la protección de la ejecución penal hubiera quedado resuelta entonces. No obstante, el amplio catálogo de penas, sobre todo a partir de la reforma del Código Penal de 1995,

norma, sino precisamente en lo contrario, en la vigencia de una norma considerada inconstitucional por el juzgador que debe aplicarla. Existe, no obstante, un supuesto en que la cuestión de inconstitucionalidad podría ser instrumento útil para mantener la vigencia de una norma formalmente derogada: eso sucedería en aquellos casos que el precepto penal utilizado, en un concreto proceso, como parámetro normativo de subsunción sea *modificado*, agravando sus penas. En este supuesto, el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables previene de la “desaparición” del precepto (en su versión anterior a la modificación) en el concreto proceso; de manera que, en mi opinión, sólo sería necesario por parte del juez un acto de defensa de la norma, derogada o modificada *in peius*, cuando las disposiciones transitorias penales concretas no respeten aquél principio o dispongan un régimen de vigencia contrario al mismo.

⁴¹¹ Ciertamente, existen determinadas penas que no obligan a una determinada conducta, sino que la prohíben: a título de ejemplo cabe citar las prohibiciones de aproximación a determinados lugares o la de ejercicio del derecho de sufragio activo. La relación, si cabe afirmar alguna, entre la ejecución de estas penas y la tutela cautelar se abordará en breve, en el apartado B de este mismo epígrafe.

⁴¹² *Vid. supra* capítulo II § II.2.B.

obliga a observar los demás parámetros de que depende la ejecución de penas distintas a la de prisión. A tal efecto se destinan los apartados que siguen.

A) Penas que requieren, para su ejecución, la disponibilidad o presencia física del condenado.

Obsérvese que el título de este apartado se refiere expresamente, a la presencia *física* y al sujeto *condenado*. La conjunción de ambas reseñas quiere enfatizar el criterio bajo el que se agrupa el contenido del mismo: se pretende, en este momento, identificar los *requisitos sustantivos* para la *ejecución* de la pena⁴¹³. Obviamente, estos requisitos influirán tanto en la necesidad como en el contenido de la tutela cautelar, en tanto ésta, reiteramos, tiene entre sus cometidos garantizar los *efectos* de la condena.

Las penas que requieren, para su ejecución, la presencia real del condenado coinciden, básicamente, con las penas privativas de libertad, a saber: la prisión, la localización permanente y la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa (art. 35 CP). A éstas debe añadirse la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, prevista en el art. 49 CP. En principio, los peligros asociados a la imposibilidad de ejecutar dichas penas deben reconducirse a lo que se dijo *supra* acerca de los peligros asociados a la desaparición del sujeto. No obstante esta remisión, además ha de tenerse en cuenta, para la protección cautelar de esta fase procesal (la ejecución), lo siguiente:

a) Que dichas penas exijan la presencia física del condenado, puesto que recaen directamente sobre su cuerpo (las calificadas como privativas de libertad) o implican una obligación personalísima de carácter no pecuniario (la de trabajo en beneficio de la comunidad), no conlleva que su aseguramiento deba pasar, necesariamente, por exigir la presencia física del imputado a lo largo de todo el proceso. Dicho grado de sujeción durante la pendency del proceso tiene una relación directa con la elección de la medida proporcional y menos gravosa entre las existentes para asegurar un mismo fin⁴¹⁴. Así, por ejemplo y en su caso, puede garantizarse la ejecución de una eventual pena de prisión con la prestación de una fianza.

⁴¹³ Entiéndase bajo esa fórmula, los elementos materiales y personales para ejecutar las penas: de modo simplista, cabe afirmar que para la ejecución de la pena de prisión son necesarios una institución penitenciaria y el sujeto condenado a ingresar en el mismo.

⁴¹⁴ Sobre la elección de la concreta tutela cautelar a dispensar en el proceso, *vid. infra*, capítulo V y capítulo VII § I.

En otras palabras, el aseguramiento de la *presencia real* del sujeto pasivo en aquellos actos que la requieran no pasa necesariamente por una sujeción similar durante todo el proceso, sino que puede perseguirse con una obligación de intensidad menor (comparecencia periódica), de distinta naturaleza (fianza) o, simplemente, mediante la verificación de la disponibilidad jurídica que durante la pendencia del proceso se exige, normalmente, a todo sujeto pasivo del proceso⁴¹⁵. Lo dicho hasta el momento es perfectamente trasladable a la protección de la sustanciación de la fase declarativa, cuando la presencia del acusado en juicio oral no está excepcionada.

b) En otro orden de consideraciones, si los supuestos normativos bajo los que se exige la presencia del acusado en el juicio oral son claros, no puede afirmarse lo propio, con la misma contundencia, respecto al supuesto que ahora nos ocupa. A diferencia de lo que ocurre con la clara previsión de la pena de prisión, siempre principal, la imposición de las otras tres penas que se incluyen en el presente análisis depende de variables en ocasiones no fácilmente comprobables en estadios previos a la misma ejecución. Así, la privación de libertad en centro penitenciario, en una pena de localización permanente o en la prestación de trabajos en beneficio de la comunidad⁴¹⁶ pueden ser acordadas por el incumplimiento de la pena de multa (lo que no se verificará hasta la ejecución)⁴¹⁷. Centrándonos en la determinación de la tutela cautelar, el problema de lo expuesto no reside en la apreciación genérica del *peligro cautelar concreto* (efectivamente, la fuga del sujeto frustrará la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa) sino en determinar, en el caso concreto, la existencia de un *riesgo de frustración procesal* (esto es, que en el concreto proceso no va a satisfacerse la pena de multa y deberá por ello imponerse una privación de libertad)⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Recuérdese que se partió, para el estudio de los peligros asociados a la desaparición del sujeto, de la clasificación de los supuestos de ausencia efectuada por ORTELLS que, partiendo de la distinción básica entre disponibilidad física (o real) y jurídica (o ficticia), diferencia los supuestos de ausencia del imputado en paradero conocido o desconocido. En la § III.1 de este mismo capítulo se concluyó que el supuesto de ausencia que puede *frustrar* el proceso es el que se identifica con la indisponibilidad física y jurídica, a la vez (esto es, con la incomparecencia injustificada de un sujeto que se encuentra en paradero desconocido). Evitar la materialización de ese riesgo puede intentarse, bien reforzando la presencia física directamente (serían, con distinta intensidad, los casos de prisión provisional o comparecencia periódica), bien indirectamente (mediante la imposición de obligaciones como la prestación de fianza), bien haciendo lo propio con la presencia jurídica, que no evita la incomparecencia pero sí la ocultación del sujeto. Esta es la idea que ha intentado expresarse en el texto principal.

⁴¹⁶ Pena, ésta última, cuya *imposición* requiere el consentimiento del sujeto pasivo, dato que debería ser tenido en cuenta al valorar, en el caso concreto, la existencia de un *riesgo de frustración procesal*.

⁴¹⁷ Art. 53 CP.

B) Penas que pueden ejecutarse sin la disponibilidad o presencia física del condenado.

Cabe clasificar, claramente, en tres grupos las penas que se engloban en el supuesto descrito en el título de este apartado:

a) Por un lado, ha de citarse la pena de multa, que pese a ser personal⁴¹⁹, no requiere, para su ejecución la presencia física del condenado; de manera que la fuga no constituye un riesgo para su ejecución. Pero sí puede frustrar la ejecución de la pena de multa la *insolvencia provocada* del sujeto pasivo. Respecto a la ejecución de esta pena, se exige, para la apreciación de un *peligro cautelar*, que la indisponibilidad de patrimonio económico con que satisfacer la multa sea *provocada*, porque sólo puede temerse un acto de ocultación de patrimonio, para impedir la ejecución, cuando se tiene ese patrimonio. De hecho, la potencialidad para ocultar el patrimonio se encuentra directamente vinculada a la posibilidad de disponer de él, por lo que la medida cautelar consistirá normalmente en limitar la posibilidad de disposición de parte del patrimonio existente⁴²⁰.

b) Por otro, cabe atender a la consecuencia accesoria de decomiso prevista en el art. 127 CP, según el que “toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. (...)”. En principio, parece que la transmisión de aquéllos efectos y productos del delito impiden la ejecución de esta consecuencia

⁴¹⁸ Al respecto, *vid. infra*, capítulo IV § I.1.A.b.

⁴¹⁹ Aunque que *de facto* sea otro sujeto quien satisfaga la multa (un familiar o un amigo que proporcione el dinero para ello), lo cierto es que jurídicamente la pena de multa vincula al condenado, pues es a él a quien se impone y quien “carga” con las consecuencias asociadas a su incumplimiento: la imposición de privación de libertad subsidiaria, de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad.

⁴²⁰ No puede obviarse, pese a lo anterior, que en muchas ocasiones la satisfacción de la pena de multa es posible gracias a la aportación económica de un tercero, relacionado con el condenado. Por este motivo, la fianza o depósito judicial y provisional del patrimonio se admite normalmente respecto de terceras personas, que de algún modo responden del cumplimiento efectivo de la pena por parte del condenado.

jurídica del delito, pero ha de advertirse que nuestro ordenamiento permite el “decomiso de valor”, por lo que, “para los casos en que no sea posible el decomiso de los bienes directamente vinculados con el delito, (...) se podrá acordar el decomiso por un valor equivalente de los bienes que pertenezcan al responsable penal”⁴²¹. En consecuencia, lo que puede frustrar ejecución del decomiso es, en última instancia, la insolvencia del condenado, o al menos una insolvencia tal que impida ejecutar el decomiso de valor.

c) Finalmente, deben observarse las consecuencias jurídicas del delito encuadrables en la categoría de penas privativas de derechos (art. 39 CP)⁴²², con exclusión, a efectos del análisis que sigue, de la de trabajos en beneficio de la comunidad (tratada en el apartado anterior) y de las previstas en las letras *efe*, *ge* y *hache* de aquél artículo⁴²³ (por los motivos que se aducirán en el apartado siguiente).

Las penas que integran este supuesto tienen como contenido la privación del *ejercicio* de un derecho, por lo que su cumplimiento consistirá en una omisión de actuar por parte del condenado, esto es, en que éste se abstenga de realizar actos en ejercicio de los derechos cuya privación es contenido de la condena. Su presencia física, por tanto, no es necesaria para llevar a cabo los actos de ejecución de la condena. Al no requerir, este tipo de condenas, una concreta prestación positiva por parte del sujeto, tampoco puede aducirse la necesidad de garantizar el cumplimiento de una acción, como sucede con la pena de multa.

Ejemplifiquemos lo dicho: ante la eventual imposición, en la sentencia, de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor, no hay acto alguno del imputado que imposibilite la ejecución de la sentencia. Ni siquiera que continúe conduciendo ese tipo de vehículos durante la pendencia del proceso. La privación de dicho derecho, con anterioridad a la sentencia, debe considerarse un acto, en su caso, de prevención de conductas criminales pero, de ninguna manera, de tutela cautelar.

⁴²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F; “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano (XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal)*, Tomo I, CEDMA, Málaga, 2006, p. 589.

⁴²² Inhabilitación absoluta; inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria, comercio, u otras actividades determinadas por el CP; inhabilitación especial de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho; suspensión de empleo o cargo público; privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

⁴²³ Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, así como la prohibición de aproximarse a, o de comunicarse con, la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal.

Y esto es así porque las penas que ahora se toman como muestra requieren, para su ejecución, una omisión de actuación del condenado y un *control* de tal abstención por la Administración. Siguiendo el ejemplo anterior, la imposición de aquella pena se materializará en la retención o aprehensión material del permiso de conducción del condenado y la comunicación al órgano administrativo que lo haya expedido. La inclusión de la pena en el Registro Central de Penados y Rebeldes (y la coordinación con otros registros o bases de datos oficiales) permitirá el control de la abstención de conducir por parte de los Cuerpos de la Dirección General de Tráfico o de otros organismos competentes para el control del tráfico (rodado, marítimo o aéreo)⁴²⁴.

C) Penas privativas de derechos cuyo contenido se determina en referencia a otro sujeto.

Nuestro ordenamiento prevé, entre las consecuencias jurídicas del delito, unas medidas que tienen como especificidad determinar su contenido en relación, no sólo con el condenado, sino con otro sujeto: especialmente, la víctima. Me refiero a las penas de prohibición de residencia, de aproximación a determinados lugares o personas, y de comunicación con éstas últimas⁴²⁵. Junto a estas consecuencias jurídicas del delito, o precisamente, se ha dicho, por adecuación procesal a las mismas⁴²⁶, la LECrim prevé un conjunto de medidas, de igual contenido al de aquellas penas, pero aplicables durante la pendencia del proceso, a las que normativamente se asigna el fin de “proteger a la

⁴²⁴ Así podría, o debería poder, explicarse respecto de cada una de las penas enunciadas en las notas al pie 387 y 388. A título de ejemplo, la condena a la privación del derecho de sufragio pasivo será comunicada, además de al Registro Central de Penados y Rebeldes, a la Oficina del Censo Electoral (RD 435/1992, de 30 de abril). La petición del Certificado de Antecedentes Penales para el acceso a las funciones públicas o el ejercicio determinadas profesiones o de derechos susceptibles de ser objeto de condena, constituye una forma de control del cumplimiento de esas condenas.

⁴²⁵ Art. 39 (apartados f, g, h) CP. Con el fin de favorecer al máximo este tipo de protección, dichas prohibiciones pueden acordarse también como penas accesorias (art. 57 CP) o como medidas de seguridad (art. 96 y 105 CP). Pese a que las prohibiciones de residencia y de aproximación se determinan respecto a un *lugar*, resulta obvio que la concreción de ese lugar se hace depender del territorio en que la víctima o el sujeto protegido se desarrolla vitalmente.

⁴²⁶ Alguna doctrina (Silva Sánchez y Gimeno Sendra) denunció, con la aprobación del CP de 1995, que la no adecuación de la LECrim a las nuevas tendencias del código punitivo iba a provocar desajustes, entre otros, en las medidas cautelares.

Quien escribe estas líneas no comparte la opinión que se acaba de exponer: más que un ajuste procesal (o adecuación necesaria del proceso a la efectividad de la pena) lo que la introducción de estas medidas pretende es una anticipación de la protección especial o personal ofrecida por la pena.

víctima” o “a sus bienes jurídicos”. Nos referimos, además de a la prisión provisional⁴²⁷, a las medidas contempladas en el artículo 544 bis LECrim⁴²⁸.

Ante estas previsiones normativas, se suscitan dudas sobre la categoría jurídica de estas medidas (previas y posteriores a la condena) y la necesidad de tratar autónomamente el fin de *protección a la víctima*. Respecto a la primera cuestión, un trabajo como éste, centrado en el derecho procesal y las medidas cautelares, sólo puede indagar acerca de la naturaleza de las medidas de protección a la víctima que se acuerdan durante la sustanciación del proceso, previas a la ejecución de la sentencia. No obstante, ha de advertirse que dicho análisis obligará a hacer breves reflexiones sobre la protección a la víctima como objetivo de la consecuencia jurídica del delito. Respecto a la segunda cuestión señalada, debe advertirse que, como ha sido denunciado en otros foros, el fin de *protección a la víctima*, regulado autónomamente desde 1999 en el marco de la violencia doméstica (que no de género), podría haber sido perseguido, sin mención legal expresa, haciendo uso, en ocasiones, de la habilitación normativa para restringir derechos a fin de “evitar la reiteración delictiva”, en otras, bajo la intención de *proteger fuentes de prueba*. Aunque, de hecho, sólo tras un riguroso análisis, que no puede acometerse aquí, cabe pronunciarse acerca de lo ocioso de la previsión autónoma del fin de *protección a la víctima*.

Pese a la semejanza entre las distintas formulaciones de la prevención delictiva (evitar la comisión de nuevos delitos y proteger a la víctima), se percibe una *diferencia de trato crítico* ante la persecución penal de ambos objetivos con carácter previo a la condena. En otras palabras, las inyecciones doctrinales realizadas respecto a la prevención de futuros delitos previa a la condena no están siendo trasladadas al fin de proteger a la víctima, también antes de la declaración de culpabilidad. Parece asumirse, *sin concretarse*, en el plano doctrinal y legal, una distinción entre el fin de evitar la

⁴²⁷ Art. 503.1.3º.c LECrim

⁴²⁸ En tanto los derechos de patria potestad, tutela y curatela se determinan en relación con la persona tutelada, etc., podrían haberse incluido, en este apartado, las medidas previas a la condena que suspenden provisionalmente el ejercicio de los mismos, que tampoco cabe calificar de cautelares, según lo expuesto hasta el momento. No obstante haber previsto el ordenamiento penal una pena con tal contenido, no se ha hecho lo propio con las medidas penales de imposición previa a la condena. Esta posibilidad se encuentra prevista en el ordenamiento civil y, en el penal, como eventual contenido civil de la orden de protección contra víctimas de violencia doméstica. Por este motivo, ha decidido centrarse el análisis de los peligros relativos a las penas cuyo contenido se delimita en relación con otro sujeto, a las prohibiciones de aproximación, residencia o comunicación, de clara naturaleza penal.

reiteración delictiva y el de proteger a la víctima de determinados delitos, sobre todo los que tienen un alto componente pasional y uno o varios sujetos determinados como objetivo de la reiteración delictiva.

Buena muestra del distinto trato crítico, en el plano legal, se percibe con la previsión autónoma de este fin en el art. 503 LECrim, desvinculado de los dos a los que cabría reconducirse⁴²⁹ y, en el plano doctrinal, en la señalada ausencia de críticas a este tipo de tutela⁴³⁰. Como muestra de la manifestada inconcreción, puede tomarse la ausencia de una postura legal coherente respecto a la naturaleza de estas medidas⁴³¹, así como en el carácter marcadamente formal de los trabajos dedicados hasta el momento a las medidas del art. 544 bis LECrim.

Acaso la diferencia primordial entre ambos fines radica en la introducción de *la víctima* (no *una* víctima) como objeto de protección penal. Esta afirmación, lejos de pretender ser un criterio lógico de distinción de una categoría jurídica, es sólo una constatación objetiva, que servirá de base para la exposición que sigue. Ante la imposibilidad de acometer un análisis profundo de la tutela de la víctima mediante el proceso penal, aquella exposición se centrará en el objeto del presente trabajo, relacionando esta tendencia a la protección personal con la tutela cautelar penal: ¿Puede la necesidad de protección a la víctima entenderse como un peligro cautelar concreto, de acuerdo con el fundamento procesal de la tutela cautelar propuesto? ¿Debemos, en consecuencia, considerar cautelar el fin de *evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima*? Y si no, ¿afecta de algún modo esta nueva tendencia a la negación de un fundamento material de la tutela cautelar penal?

No se pretende, con estos interrogantes, restar legitimidad a la protección de la víctima concreta de un delito: al contrario, se valora positivamente el interés político en los efectos de un tipo de delincuencia que tiene entre sus patologías los ataques obsesivos a un mismo

⁴²⁹ Es más, la intención de un tratamiento autónomo se percibe en su *íter* parlamentario.

⁴³⁰ Lo advierte también GUTIERREZ DE CABIEDES, respecto a la prisión provisional, al expresar que el fin de evitar la reiteración delictiva resulta más discutido en su primera proyección (evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos) que en la segunda (evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima). Respecto a esta segunda proyección de la prevención, advierte el autor que suele desaparecer “la resistencia y la argumentación garantista y progresista” que rodea al primero, “cabe pensar que dadas sus connotaciones y gravedad, y la preocupación social que genera”; en *La prisión provisional, ob.cit*; p. 107, np. 223.

⁴³¹ El legislador parece no decidirse por la categoría a asignar a las medidas del art. 544 bis LECrim: en algunos lugares las denomina medidas cautelares mientras que, en otros, medidas preventivas.

individuo⁴³²; pero sí quiere abordarse la situación, desde un punto de vista técnico-jurídico, en sus justos términos⁴³³.

a) La protección a la víctima y el fundamento procesal de la tutela cautelar.

Si se recuerda, el fundamento de la tutela cautelar penal sostenido en este trabajo coincide con la existencia de un *peligro cautelar abstracto*, que justifica la necesidad de defensa *del proceso* mediante la injerencia del Estado las libertades individuales del sujeto pasivo de aquel proceso. Con esto, se dijo que, del proceso, debe protegerse tanto su cognición como su ejecución, matizando, eso sí, que de esta última es posible asegurar, mediante la tutela cautelar, sólo la efectividad de la pena-realidad, esto es, el despliegue de sus efectos materiales, pero en ningún caso su funcionalidad.

Desde esta posición, la introducción de la víctima como objeto (o, mejor, sujeto) de protección directa por la pena obliga a plantear la siguiente incógnita: ¿constituye, el posible atentado a los bienes jurídicos de la víctima, un peligro cautelar, en aquellos supuestos que la pena prevista para el hecho enjuiciado sea de alejamiento o prohibición de aproximarse a aquélla?

Antes de acometer tal cuestión, quiere presentarse un par de supuestos de hecho distintos, a fin de ilustrar, todavía más, por qué es factible formular ese interrogante en

⁴³² Cuestión distinta es si ese interés político debe centrar sus esfuerzos en el tratamiento penal de la cuestión o en otros fueros (asistenciales, educativos, psicológicos, culturales o incluso económicos). Buena muestra de esa necesaria reconsideración son las dificultades que, en estos supuestos, parece tener el ordenamiento penal, sustantivo y procesal, para aplicar sus categorías y conseguir la satisfacción práctica de sus fines (alta tasa de suspensión de vistas por inasistencia de las víctimas, escasa eficacia de la retribución como mecanismo de coacción psíquica y, por ende, casi nula eficacia de la prevención general con la imposición de una pena).

Debería dar qué pensar el fracaso que a nivel de política criminal ha supuesto hasta ahora el sistema penal en relación con la delincuencia habitual y aquella relacionada con la violencia doméstica, las dos principales bazas, junto con la criminalidad organizada, para el aumento de prevención represiva y uno de los principales motivos de la radicalización de la protección penal demandada por la sociedad. En materia de violencia doméstica, pese al aumento de la demanda represiva, resulta ilustrativo el resultado de la última encuesta del CISS, según el que los ciudadanos, en asuntos de violencia doméstica, *confían* mucho más en los sistemas asistenciales que en los judiciales o policiales.

⁴³³ Un trabajo completo al respecto es el de SOLÉ RIERA, J; *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, en el que se incluye un estudio específico de las medidas cautelares de aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales a favor de la víctima (pp. 121 a 158). Del mismo autor (con LARRAURI PIJOAN), un poco más reciente, centrado en las víctimas de violencia doméstica y entremezclando consideraciones de carácter material y formal, “Violencia doméstica y situación de la víctima: una aproximación jurídico material y procesal”, en *Justicia*, nº 1, 1999, pp. 49 a 82. Al contenido de este trabajo habrían de sumarse otros que lo actualizaran a las últimas prescripciones legales en la materia (por ejemplo, AAVV, *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006).

relación con la protección a la víctima y no, en cambio, en relación con la prevención delictiva genéricamente entendida:

Primer supuesto: Se sustancia un proceso penal por unos hechos susceptibles de ser subsumidos en un tipo de lesiones en el ámbito de la violencia doméstica. Parece que existe la posibilidad que los hechos enjuiciados sean constitutivos del delito de lesiones⁴³⁴ en concurso con la habitualidad en el ejercicio de la violencia física tipificado en el art. 173.2 CP, con lo que, de acreditarse, se impondrá una pena de prisión y, además, una prohibición de aproximación a la víctima (y a otros sujetos y lugares relacionados con ella)⁴³⁵. Ante tal situación, si el imputado, durante la pendencia del proceso, atenta contra la víctima, provocándole nuevas lesiones, ¿impide ese acto la ejecución material de la sentencia? Y aún, antes, podemos preguntarnos: ¿podrá, en este caso, imponerse la consecuencia asociada a la estimación del delito? Si, en lugar de causarle unas lesiones, le provoca la muerte, ¿podrá imponerse la prohibición de aproximación a la víctima? ¿Tiene algún sentido la imposición y ejecución de una pena que ha perdido parte de su objeto?

Segundo supuesto: Se sustancia un proceso por unos hechos susceptibles de ser subsumidos en el tipo previsto en el art. 237 CP, de robo, que tiene asociada una pena privativa de libertad. Si, durante la sustanciación del proceso, el imputado “vuelve” a perpetrar otro robo⁴³⁶, ¿impide eso la ejecución de la pena que eventualmente se imponga en aquel primer proceso?

A priori, parece que la “reiteración delictiva” en el primer supuesto, provoca la imposibilidad, ya no sólo de ejecutar, sino incluso de imponer una de las penas asociadas al hecho enjuiciado. En el segundo, en cambio, la reiteración en nada afecta a la imposición y ejecución de la pena prevista para el delito de robo.

No es difícil advertir que la diferencia esencial entre aquellos dos supuestos es el sentido de la prevención especial que se predica de la pena. En el segundo, la pena, entre otras funciones, “protege” a la *sociedad* de ese individuo concreto durante un período de tiempo, y eso no cabe negarlo, si bien podría ser matizado. En el primer supuesto, en cambio, la prevención especial que ofrece la pena consiste en proteger a *una persona* (o *varias*, pero en todo caso *determinadas*) de ese individuo. La función de

⁴³⁴ Arts. 147 y 148.4° CP.

⁴³⁵ Art. 48.2 en relación con el art. 57.2 CP. La imposición de esa pena continúa teniendo sentido aún con el ingreso en prisión, puesto que esa prohibición habrá de respetarse durante los permisos penitenciarios y, por razón de la distinta duración de ambas penas, también una vez cumplida la pena de prisión.

⁴³⁶ El uso de entrecomillado muestra nuevamente una de las más aducidas objeciones lógicas al fin de evitar la reiteración delictiva: “*volver*” implica que ya lo hizo antes, pero si no se ha probado todavía ¿cómo podemos afirmarlo? Pese a lo afirmado en el capítulo II § II.3.

prevención especial varía en sí misma, es más, podría decirse que en éste último supuesto la función que cumple la pena no es de prevención sino de *protección especial*. La protección especial ofrecida por este tipo de medidas tiene un destinatario determinado, por lo que resulta fácil percibirla como un “derecho” de éste⁴³⁷. Por ende, podría afirmarse, de entrada, que un cambio en el contenido y configuración de las penas que tienen como objeto la protección de un sujeto determinado, permite encuadrar estas medidas de protección especial dentro del sistema cautelar, aún bajo la óptica de un fundamento procesal.

Pero la simplicidad del anterior argumento obliga a desconfiar de su resultado: no parece conveniente aceptar el *peligro para la víctima* como un peligro cautelar concreto sin haber verificado antes la concurrencia de los elementos, objetivo y subjetivo, del fundamento defendido en esta tesis:

a) A nivel objetivo, debe advertirse que sólo la *ausencia* de la víctima podría constituir un *riesgo de frustración procesal*, de manera que cabría afirmar que protegerla de cualquier ataque apto, no para provocar su desaparición, sino su lesión, es un acto de defensa material. Pero distinguir entre la existencia de un peligro de lesión y de muerte, en muchas ocasiones, es tanto como querer formular un pronóstico imposible⁴³⁸.

Desde un punto de vista lógico, también resulta discutible que la desaparición de la víctima implique la *imposibilidad de dictar sentencia y ejecutarla*, en caso que sea condenatoria. La sentencia podrá dictarse, y ejecutarse la pena privativa de libertad que se imponga; dictar una pena de alejamiento no devendrá *imposible*, sino *improcedente*. Quiere recordarse que no se está negando, con lo que se acaba de decir, la legitimidad de la protección a la víctima, sino que se está cuestionando que deba hacerse mediante

⁴³⁷ En el texto que justifica esta nota al pie, se hacen expresas referencias a la *función* de la pena. No se quiere, con esto, escudriñar caminos propios de la dogmática penal, para lo cual no se tienen conocimientos suficientes. No obstante, a efectos del presente trabajo, no puedo dejar de señalar lo que a mi entender es el objetivo de estas consecuencias jurídicas del delito: proteger física y psíquicamente a la víctima del delito.

⁴³⁸ Si bien es cierto que en los casos de violencia doméstica es altamente arriesgado, por incierto, afirmar que el peligro al que acecha la víctima es de lesión y no de muerte; existen otros delitos, como la extorsión, el chantaje o determinados robos, en que la reiteración delictiva sobre la misma víctima es común y, en cambio, no acostumbran a ir directamente dirigidos contra la integridad física de aquélla. No puede negarse, en estos últimos supuestos, la presión vital que sufre la víctima sobre la que se reitera el delito, de manera que habría de considerarse igualmente legítima una tendencia a la protección de la misma.

la tutela cautelar. El malestar que puede sentirse al leer estas líneas es indicativo de una determinada sensibilidad hacia la necesaria protección de la “futura” víctima cuando ésta es conocida⁴³⁹.

b) A nivel subjetivo, ha de observarse que en los dos supuestos de hecho planteados la peligrosidad del sujeto pasivo continúa refiriéndose a un hecho criminal y no a uno procesal. En otras palabras, el ánimo directo del sujeto *peligroso*, aún en los casos de reiteración sobre la misma víctima, no es la frustración del proceso para burlar el enjuiciamiento o la pena, sino continuar con su conducta ilícita. Y eso ha de tenerse en cuenta al observar la peligrosidad del sujeto⁴⁴⁰. Conviene fijarse en el paradigma de la reiteración delictiva sobre el mismo sujeto, la violencia doméstica, los imputados acostumbran a no mostrar una especial predisposición a frustrar el proceso, sino que en la mayoría de ocasiones, si el delito cometido lo ha sido de lesiones, prefieren no escapar para continuar cerca de la víctima; mientras que si el resultado de su acto ha sido la muerte de la víctima, acostumbran bien a entregarse voluntariamente, bien a reconocer los hechos tras su captura.

Si se mira bien, en nada se distingue el estado peligroso de un sujeto que lesiona reiteradamente a su cónyuge, de otro que abusa sexualmente de diferentes personas y nunca reincide sobre la misma. La única diferencia entre ambos supuestos es la identidad de la víctima, determinada y constante en un caso, imprecisa y variable en el otro.

Con todo, parece que, al contrario de lo que se afirmó *a priori*, el análisis de los elementos del *peligro cautelar abstracto* sobre los supuestos planteados debe conducirnos a una negación del carácter cautelar de la protección a la víctima. Dicha protección, repetimos, legítima, es un claro acto de protección *material*, del derecho a la vida e integridad física y psíquica del sujeto que está siendo diana de un acto delictivo continuo. En conclusión, no puede negarse que la *protección a la víctima* es

⁴³⁹ Obviamente, en tanto con esta protección se dispensa una tutela preventiva, la posibilidad normativa de la misma habría de fijar claramente los extremos bajo los que afirmar la consideración de “presunta víctima” y “presunto agresor”. Si quiere hacerse a través del proceso penal y desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

⁴⁴⁰ Recuérdese: ya se advirtió que la peligrosidad, si se toma como fundamento de la injerencia estatal en las libertades individuales, ha de precisar su contenido al concreto objeto de la prevención pretendida. En el capítulo II de este mismo trabajo, § III.2.C.b.

un acto de defensa material⁴⁴¹. Se nota, con todo, una sensación similar a la que se percibe al abordar el análisis de la tutela cautelar civil, sin duda relacionada con la desnaturalización del género cautelar, acercándose la cuestión mucho más al mecanismo del conflicto de derechos individuales.

b) Protección a la víctima, revisión de la negación de un fundamento material y conflicto de derechos individuales.

Si en el ámbito civil la posibilidad normativa de proteger directamente derechos sustantivos antes de la sentencia que declara su procedencia, ha comportado una revisión del fundamento tradicional de las medidas cautelares (caracterizado por una protección inmediata del proceso y una mediata del derecho material), cabría plantearse hasta qué punto la introducción de *la* víctima como objeto directo de protección penal provoca la revisión del fundamento de la tutela cautelar penal defendido hasta el momento en este trabajo. Esto es, en el subapartado anterior se ha cuestionado si las medidas del art. 544bis pueden, de acuerdo con el fundamento procesal de la tutela cautelar sostenido en esta tesis, encuadrarse en dicho género. Y la respuesta ha sido negativa. Pero ahora nos preguntamos: ¿obliga esta “reciente” previsión normativa a asumir un fundamento material de la tutela cautelar penal?

El interrogante no resulta descabellado si se recuerda que, en el capítulo anterior, la negación de un fundamento material de la tutela cautelar penal descansó, además de en la manifiesta inconveniencia de tratarlos conjuntamente, básicamente en el carácter público del derecho penal y la ausencia de derechos subjetivos de orden punitivo. Al efecto ya se advirtió entonces que “sí modifica el debate sobre el fundamento de la tutela cautelar penal, en cambio, el reconocimiento de derechos subjetivos de carácter penal: si éstos se afirman, entonces no cabe sino sostener también un derecho a la protección jurídica de los mismos”⁴⁴². También se analizó la ausencia de derechos subjetivos en el orden penal, categoría que debía ser substituida por el concepto *garantía*, respecto de la posición pasiva, y *potestad*, respecto de la activa⁴⁴³.

⁴⁴¹ En la misma línea, GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 106 y ss.

⁴⁴² Capítulo II, § II.2.A.

⁴⁴³ *Vid. supra*, capítulo I § II.2.A y capítulo II § II.1.A.

Se ha observado, en páginas precedentes, que si las medidas de protección especial, como las previstas en el art. 544 bis LECrim, parecen poder incluirse técnicamente en el género cautelar (propuesto) es sólo porque con las penas que incluyen a la víctima en su contenido aparece de algún modo mitigada la ausencia de *derechos subjetivos* en el orden penal. Esta aparente atemperación del carácter estrictamente público del “derecho a penar” se muestra mediante el siguiente mecanismo: si el derecho penal *previene* (la comisión de futuros delitos), visto desde la perspectiva de frente a quién se previene debe afirmarse que *protege* (así, la prevención de delitos es una fórmula de protección social). Cuando la protección se dispensa a un sujeto concreto, esto es, cuando la protección ofrecida por la norma penal tiene un destinatario determinado (con nombre y apellidos), es fácil que tal amparo sea percibido como un *derecho propio*⁴⁴⁴.

⁴⁴⁴ Ciertamente, parece que un tratamiento adecuado a la víctima habría de pasar, entre otras tantas necesidades analíticas, por una que tomara la empatía como fuente de conocimiento. Se trata, en definitiva, de tomar un punto de vista distinto, el de la víctima, en la observación de ciertos fenómenos jurídicos y sociales. Además de lo que se advierte en el texto que justifica esta nota al pie, pueden tomarse como ejemplo algunos extremos afirmados en el capítulo anterior, al hilo de la relación entre proceso y fines de la pena, ejercicio con que se intentó ilustrar que las medidas previas a la condena no pueden asegurar la funcionalidad de la pena. En aquél lugar se dijo, entre otros extremos, que (1) “la incoación del proceso penal y su desarrollo favorecen de algún modo los efectos de la *prevención general*, pero finalmente la asociación psicológica entre la aflicción de un mal con la comisión de hechos delictivos, no se produce hasta la sentencia de condena”, o que (2) la asunción de que la pena constituye una *retribución* suficiente (que hay que “pagar un alto precio” por la comisión de determinados actos), depende de mecanismos psicológicos del sujeto sobre el que se aplica dicha pena.

Si se valoran las aseveraciones anteriores desde la perspectiva de la víctima, general o específica (y aún habiendo de asumir que la imprecisión que conlleva toda generalización), puede explicarse que la sustanciación de un proceso contra un determinado sujeto sea percibido por la propia víctima como la expresión de una situación favorable a la condena (y en ese sentido cabría advertir que la “situación jurídico-procesal” de GOLDSCHMIDT, tiene los mismos efectos psicológicos en la víctima de un hecho delictivo, cuando se produce la imputación, que en las partes lo tiene a lo largo del proceso civil). Pero la percepción anterior nada tiene que ver con la prevención general sino con los deseos de retribución. Situados propiamente en esta función, ha de aceptarse que también la víctima puede tener sus propias percepciones sobre si la pena “retribuye” suficientemente el mal causado con la conducta delictiva. La percepción de que no es así, que “hay delitos muy baratos” es, en definitiva, muestra de la insatisfacción del alcance de la punición estatal (*vid.* ROBERT, P; *El ciudadano, el delito y el Estado*, Atelier, Barcelona, 2003). Desde la perspectiva de la ética social, resulta altamente ilustrativo el trabajo de SEGOVIA BERNABÉ, JL; “La seguridad ciudadana y las víctimas: pistas éticas para humanizar el sistema penal”, en *Gobernanza y seguridad sostenible*, n° 12, de 12 de agosto de 2003.

Un tratamiento adecuado a la víctima no puede obviar los efectos psíquicos y anímicos, las expectativas en definitiva, que determinadas previsiones y atribuciones jurídicas generan en ella. En otras palabras, determinados tratamientos procesales de la víctima pueden situarla en un contexto contraproducente, para ella misma, a nivel psicológico e incluso físico. Lo que, sin duda, redundaría en la valoración social del derecho penal. Por todo esto habría de valorarse negativamente la ligereza en la toma de decisiones estatales relativas al tratamiento de la víctima.

Además, me atrevería a afirmar, aunque no tenga conocimientos técnicos suficientes para sostenerlo, que un sistema de protección personal adecuado obligaría a tomar en consideración la percepción del fenómeno por parte del sujeto agresor, y la incidencia del control penal de la relación violenta en la misma: habrían de tenerse en cuenta, e mi opinión, a la vista de los resultados reportados por el tratamiento penal de determinados fenómenos, tesis como la que sostiene que el control penal de la violencia de género provoca un aumento y radicalización de la violencia y de sus salidas (*Vid.*, por

Pero, a mi parecer, se equivoca quien asimile ese posible “*derecho a la protección*” con un derecho a penar, esto es, a la imposición de un castigo. Ese “*derecho a la protección*” tiene causa, no en un derecho público, sino en un derecho subjetivo, personal, a la vida y a la integridad física y psíquica. Que se dispense a través de un proceso penal no lo convierte en punitivo, porque su causa no es de esta naturaleza. Esto es, la víctima no ostenta, ni siquiera con su “*derecho a la protección*”, un derecho de carácter penal. No se asemeja, con el actual régimen, el derecho público al derecho privado: si así fuera, si la introducción de la víctima como sujeto específico de protección penal se equiparara a la existencia de un “*derecho penal subjetivo*”, debería en coherencia permitirse que el perdón de esa víctima extinguiera la responsabilidad penal, entre otras manifestaciones del principio dispositivo, lo que no sucede.

Que el legislador haya considerado conveniente asociar un “*derecho a la protección personal*” con el ordenamiento penal es una opción razonable, en mi opinión, pero arriesgada, por susceptible de generar confusión, cuando no se matiza correctamente la naturaleza del primero⁴⁴⁵. Entonces, si bien es cierto que de alguna manera se relacionan derechos subjetivos con el derecho penal, esto no asimila el régimen de los primeros al del segundo: no sucede así con la (mal llamada) responsabilidad civil derivada del delito, y no tiene porqué ser así, tampoco, con la (todavía no denominada) protección personal mediante el proceso penal⁴⁴⁶. No puede, en consecuencia, negarse el primer y principal motivo por el que se descartó un fundamento material de la tutela cautelar penal: el carácter público del *ius puniendi*.

ejemplo, LINARES, JL; *Las formas del abuso*, Paidós, Barcelona, 2006, *passim*, quien sostiene desde el análisis psicológico que el control policial sobre el maltratador termina generando más violencia y la “*resolución*” de la situación, por su parte, con la muerte de la víctima y el suicidio del agresor.). La cuestión se conecta, nuevamente, con la del “*derecho penal simbólico*” y con la “*la ganancia preventiva que lleva consigo (que) no se produce respecto de la protección de bienes jurídicos sino respecto de la imagen del legislador o del «empresario moral»*”. Lo que se consigue cuando el Derecho penal simbólico efectúa este engaño entre funciones latentes y manifiestas es que la pregunta crítica sobre la capacidad real del Derecho penal para proteger bienes jurídicos ni siquiera se plantee” (HASSEMER, W; “*Derecho penal simbólico...*”, *ob.cit*; p. 34).

⁴⁴⁵ Es más, no es novedosa la protección personal en el proceso penal: así sucede con las medidas de protección a testigos y peritos previstas, con distinto alcance, en la LO 19/1994, de 23 de diciembre.

⁴⁴⁶ Por esto, me atrevo a afirmar que un régimen jurídico de las medidas de protección personal podría, sin contradicción con su naturaleza, reservar su adopción a la necesaria instancia de parte; extremo que, cómo se verá, no admito respecto al régimen cautelar penal (*vid. infra*, capítulo VI § II.1).

Pero, ¿cómo negar el derecho a la protección de la vida e integridad física y psíquica a quien la siente amenazada por otro? ¿Acaso no ostenta, el sujeto que reclama esa protección, el derecho a vivir, con independencia de la sustanciación de un proceso penal?

La preexistencia del derecho objeto de protección mediante las órdenes de alejamiento (en cualquiera de sus categorías jurídicas) asemeja, de algún modo, la tutela que esa protección pretende con la que en el plano civil se asume: si el derecho preexiste a la declaración judicial que lo estima, ¿Por qué permitir que el tiempo necesario para la sustanciación del proceso constituya la ocasión para impedir la efectividad de ese derecho? Pero, tampoco puede obviarse que los actos previstos para proteger el derecho que consideramos vulnerado o en peligro de vulneración, suponen una limitación del derecho que otro, expresamente o con sus actos, afirma ostentar (en el caso de conductas reguladas por el derecho privado) o efectivamente ostenta, mientras no se declare judicialmente lo contrario⁴⁴⁷. La cuestión, pues, ha de reconducirse a un *conflicto de derechos*, lo que exige convenir en la especial relevancia de la regla de proporcionalidad, verdadero eje, en mi opinión, de la tutela preventiva⁴⁴⁸.

Llegados a este punto, no cabe sino recordar aquello manifestado acerca de la razonabilidad y la justicia del tratamiento dispensado por el Estado a un individuo⁴⁴⁹. Aplicando lo dicho en aquél lugar sobre lo que en este se está tratando, me parece incuestionable que entra en los límites del Estado actual articular mecanismos y formas de protección de las partes débiles: así debemos admitirlo si consideramos que el derecho es el mecanismo con que el Estado, gracias a la fuerza, debe perseguir la igualdad dentro de la patente desigualdad real. Así, parece un *fin* legítimo del Estado reprimir a aquél que se encuentra en una posición de poder o fortaleza frente a otro que se encuentra subordinado a ella, que es débil frente a aquélla.

⁴⁴⁷ Por ejemplo: ¿tiene un determinado sujeto, aunque imputado en un proceso penal, derecho a la libre elección de residencia, *ex art. 19.1 CE*? La respuesta debe ser sin duda afirmativa, pudiendo cambiar de signo sólo cuando tal prohibición se imponga por auto que acuerde a medida del art. 544.bis.I LECrim o por sentencia de condena con dicho contenido.

⁴⁴⁸ Sobre la proporcionalidad, en este trabajo, *vid. infra* capítulo V.

⁴⁴⁹ *Vid. supra*, capítulo I § II.4. De acuerdo con los parámetros que allí se expusieron, debe observarse la correlación entre un determinado tratamiento y la consideración que se exige para dispensarlo. Y, puesto que la consideración es expresión del motivo o causa que justifica dicho tratamiento, también esta deberá observarse. Y, con anterioridad a la causa, el fin.

Tras esto, cabe cuestionarse si resulta *justo* perseguir aquel fin mediante la injerencia directa en las libertades individuales de otro (del “fuerte”, en el caso que nos ocupa). La justicia del motivo que permite el tratamiento se encontraba supeditada, recuérdese, a una ponderación de valores (en tanto positivizados, derechos); y además a un juicio por el que se pudiera alegar una razón suficiente, esto es, la imposibilidad de acometer tal protección de un modo distinto. Y es, precisamente en *la justicia del motivo* dónde cabe encontrar una explicación a la diferencia de trato crítico, denunciado anteriormente, entre las dos formas de prevención represiva de delitos anterior a la condena, entre el fin, genérico, de evitar la reiteración delictiva y el más específico de proteger a la víctima. Y es que, si en el primer supuesto la ponderación debe hacerse entre un *derecho* (a la libertad, por ejemplo, del sujeto sobre el que recaerá el tratamiento⁴⁵⁰) y un *valor* (la seguridad⁴⁵¹); en el segundo el conflicto se plantea entre dos derechos: el *derecho* a la vida⁴⁵² e integridad física y psíquica de la (presunta) víctima y, por ejemplo, derecho a la libertad del (presunto) agresor. Qué duda cabe que cuando lo que debe ponderarse son dos derechos positivos, la cuestión se aleja un tanto lo abstracto de determinados ideales y se acerca al orden establecido. Los parámetros del juicio de ponderación se hacen más ciertos, más precisos, y el motivo, con independencia de la prelación de *valores*, se muestra más “neutro”. Y es que no es lo mismo limitar la libertad de uno en aras a proteger la vida de otro, que limitar aquélla con el fin de garantizar la seguridad, la justicia o la verdad.

⁴⁵⁰ Artículo 17 CE. Sobre las restricciones a dicho derecho durante el proceso penal, desde una perspectiva constitucional, *vid.*, por ejemplo, GARCIA MORILLO, J; *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, València, 1995.

⁴⁵¹ Un valor, por otro lado, no superior, de acuerdo con el orden constitucional. Reza el artículo 1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como *valores superiores* de su ordenamiento jurídico la *libertad*, la *justicia*, la *igualdad* y el *pluralismo político*”. Y si bien es cierto que cabe incluir, entre los superiores de nuestro ordenamiento los del art. 10.1 CE, tampoco la seguridad se incluye entre los valores que la constitución reconoce como fundamento de la idea de hombre y de la armonía de la vida humana en sociedad, a saber: dignidad de la persona, derechos inviolables que le son inherentes, libre desarrollo de la personalidad y respeto a la ley y a los derechos de los demás.

Si bien es cierto que el antedicho art. 17 CE prescribe que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”, también lo es que esta última mención equivale a la seguridad personal (*vid.*; al respecto, GÁLVEZ, J; “Art. 17. Seguridad personal”, en *Comentarios a la Constitución...*; *ob.cit.*; pp. 342 y ss), quedando excluida como referente de ese artículo el concepto de seguridad pública o seguridad ciudadana, que no es susceptible de amparo constitucional (entre otras, STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ2)

⁴⁵² Artículo 15 CE.

Desde esta óptica es mucho más fácil observar la injerencia sobre derechos del procesado a fin de *proteger a la víctima* como una cuestión directamente reconducible a la categoría de *conflicto de derechos individuales*.

c) Recapitulación y percepciones sobre la tendencia proteccionista con carácter previo a la sentencia penal.

A partir de la idea que la tutela cautelar penal, de acuerdo con el fundamento propuesto en este trabajo, puede asegurar la ejecución (que no la funcionalidad) de la pena eventualmente impuesta en la sentencia condenatoria, y constatada la existencia de penas y medidas previas a la condena que definen su contenido no sólo respecto al sujeto activo del delito sino también respecto al pasivo, nos hemos preguntado, en este apartado, acerca de la posible naturaleza *cautelar*, de acuerdo con la tesis defendida, de las medidas previstas en el art. 544.bis LECrim.

Tras una primera impresión formulada a partir de la exposición de dos supuestos de prevención delictiva distintos, el análisis de los elementos objetivo y subjetivo del fundamento cautelar penal ha derivado en la no inclusión de las medidas de referencia en el género cautelar.

Si se recuerda, la asunción de un fundamento *estrictamente* procesal de la tutela cautelar penal, en el segundo capítulo, se basó, de una parte, en la ausencia de derechos subjetivos y, de otra, en la imposibilidad de asegurar la funcionalidad de la pena. Correlativamente, en este apartado, se ha querido indagar si la introducción de *la víctima* como sujeto de protección penal supone una innovación tal que deba hacernos reconsiderar aquella posición: esta revisión ha concluido, nuevamente, en un resultado negativo, puesto que los elementos que provocaron entonces la no asunción de un fundamento material, continúan ahora invariados.

Así, la introducción de la víctima como sujeto específico de protección penal nos ha llevado a retomar la espinosa cuestión del “fundamento *material* de la tutela cautelar”. En última instancia, cuál sea el adjetivo último que deba atribuirse al fundamento de la tutela cautelar penal comporta distinguir entre categorías de tutela preventiva (la del derecho y la del proceso) o asimilarlas. Probablemente, la evolución de la dogmática penal permitirá encuadrar en un mismo régimen, el de la prevención, todas aquellas medidas de defensa sustantiva y adjetiva, pero tal unión no puede hacerse, en mi

opinión, sin antes haber delimitado un régimen propio para cada una de ellas: sólo con este ejercicio podrán identificarse las exigencias específicas derivadas del fundamento de cada tutela y permitir así que la eventual unificación de ambas categorías no provoque el ofuscador efecto de equipararlas. Con esto, se admite que la tesis que en este trabajo se propone será superada, en el mejor de los casos (en el peor, será obviada), porque tal parece ser el futuro del régimen preventivo: simplemente se pretende en este trabajo, ya se dijo en la introducción, contribuir a la catalogación de *un tipo* de tutela preventiva. De momento, no obstante, se mantiene la inconveniencia, manifestada en el capítulo anterior, de tratarlas conjuntamente.

Con todo, finalmente se ha expuesto que la cuestión de la protección a la (presunta) víctima mediante una limitación de derechos del (presunto) agresor debe reconducirse al mecanismo de *conflicto de derechos individuales*, adquiriendo así notoriedad la relevancia de la regla de proporcionalidad. De hecho, el panorama descrito sitúa, en parte, la determinación del fundamento de la tutela cautelar en un páramo parecido al que se debate en el orden civil: se estima que la protección del derecho antes de la sentencia que declara su vulneración es prioritaria, prefiriendo resarcir, si procede, a aquél que ha sufrido una privación preventiva del derecho y no al demandante que obtiene una sentencia estimatoria, pero tardía a los efectos del disfrute (sin trabas) del derecho material que ostenta. Se trata, ya se dijo en el capítulo anterior respecto al orden civil, de una cuestión de celeridad, de una innovación en la protección jurídica que el Derecho ofrece a las nuevas realidades sociales y económicas. Protección preventiva que deviene más justificada cuando se trata de preservar la vida de una persona, claro está.

Se advierte, también en ambos órdenes, que un cambio de dirección en la protección ofrecida por el derecho material incide directamente en el instituto jurídico objeto de este trabajo: las medidas cautelares. Lo que resulta lógico si se tiene en cuenta el carácter instrumental del proceso respecto al derecho sustantivo, y las repercusiones de esta relación en aquellos instrumentos que sirven al proceso.

En definitiva, ha querido expresarse, en este momento, la identidad de las causas que provocan un anticipo de la protección coactiva estatal de derechos subjetivos, en el orden civil y en el penal. La cuestión que nos ha ocupado en las últimas páginas resulta, ya se ha apuntado, altamente compleja, pues se enmarca en la revitalización de la figura

de la víctima en el conflicto penal⁴⁵³; en el cambio del papel del Estado en la ordenación de las relaciones sociales, diluyéndose cada vez más (o quizás modificando los criterios que permiten trazarla) la línea divisoria entre lo público y lo privado⁴⁵⁴, con la correlativa repercusión en el proceso judicial y sus principios⁴⁵⁵; así como en la transición de la culpa a la responsabilidad en el ámbito penal, desprendiéndose, al menos formalmente, de la desvalorización del acto⁴⁵⁶. Esta última tendencia no implica, por sí sola, un aumento o disminución de la sensación de corresponsabilidad social del fenómeno criminal ni, por tanto, de la asunción o no de una responsabilidad puramente individual y objetiva de los actos, desprovista de toda conexión con otros fenómenos sociales. Todo es cuestión de hasta dónde se extienda la línea de causalidad que explica el acto delictivo concreto. Pese a una de las situaciones que se acaban de describir, hoy parece que la prevención criminal mediante la represión previa a la condena se basa mucho más en valores que en circunstancias objetivas⁴⁵⁷.

⁴⁵³ Revitalización que debe calificarse de fluctuante, desde que el “derecho a castigar”, como verdadera facultad de la víctima, su núcleo familiar o social, fue asumido progresivamente por el Estado.

⁴⁵⁴ El Estado parece ocupar cada vez más espacios propios de la esfera privada (dado el alto grado de interdependencia entre la actividades realizadas por actores jurídicos que no mantienen relaciones jurídicas directas, y la expansión de los efectos de determinados actos individuales en el conjunto de la sociedad), en dejación de aquellos que venían siendo incluidos en el concepto de interés público (así, la función de policía o la regulación pública de determinados sectores). Quizás, más que una debilitación de la línea que divide lo público de lo privado, parece que los criterios para esa distinción están siendo reconsiderados, lo que provoca un panorama ciertamente confuso y variable, por transitorio.

⁴⁵⁵ Hoy no se advierte nada nuevo cuando se afirma que la remodelación de los espacios jurídicos públicos y privados incide también en la configuración del proceso, percibiéndose, en el orden civil, cada vez más caracteres propios de un proceso en que rige el principio de oficialidad. Entre otras, buena muestra de lo dicho, observado desde el proceso penal, es la progresiva extensión, por parte de determinadas corrientes doctrinales y jurisprudenciales, del principio acusatorio, asimilándolo al dispositivo, propio del orden civil.

⁴⁵⁶ Quiere señalarse, en este momento, el pronóstico claramente positivista que JIMÉNEZ DE ASÚA formuló respecto a la eventual desaparición del derecho penal. Afirma (en *Lecciones de derecho penal, ob. cit.*; p. 42): “Hemos augurado que en un futuro más o menos lejano la criminología imperará sobre el derecho penal. (...) Puesto que el derecho es una disciplina de valores, jamás se dejará de valorar (desvalorizar, más bien) la conducta del hombre que quebranta la norma. No negamos que el derecho fundado en valores pervivirá. El problema lo sitúo de muy otro modo: lo mismo que antaño se valoraba al loco por creer que era un endemoniado y se le sometía a verdaderos castigos, se valora hoy también la conducta del hombre criminal. Pero del mismo modo que (...) los dementes ya no son objeto de valoración sino de cuidado, así puede llegar un día en que no hagamos juicios de valor sobre las acciones que hoy llamamos delitos, ni tampoco sobre los autores. Entonces no nos perturbarán el ánimo las garantías y derechos del hombre y del ciudadano, y no habrá riesgo de que nuestros principios sirvan a regímenes dictatoriales. Al delincuente se le corregirá, curará o inocuizará en establecimientos que nada tienen de cárceles. (...) Nuestro derecho (penal) será cancelado y sólo la criminología, ciencia causal explicativa, completada con remedios, imperará en el futuro.”

Del mismo modo, no me extrañaría que la tutela preventiva acaparara todas aquellas formas de protección previa a la materialización del peligro, sin distinción de orden ni objeto: una única categoría con un régimen central, la proporcionalidad.

IV. Recapitulación: peligros cautelares concretos, fines cautelares y medidas de este género.

Procede compendiar, a partir del análisis que ha ocupado las páginas precedentes, los *peligros cautelares* que pueden afirmarse en nuestro ordenamiento penal, o *peligros cautelares concretos*, de acuerdo con la denominación propuesta en el presente trabajo.

Al efecto, debe recordarse que el *peligro cautelar*, fundamento de este tipo de tutela, integra dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo, cuya conjunción permite identificar los *riesgos de frustración del proceso derivados de la potencialidad de un acto del sujeto pasivo del mismo*. Reiterando todavía ideas ya expuestas, quiere ilustrarse que cuáles sean los riesgos de frustración del proceso, en un determinado ordenamiento, depende de propia configuración del mismo proceso. A la formulación de esta idea se dedicó parte del capítulo segundo, distinguiendo para ello los *requisitos* del proceso, en sustantivos y formales⁴⁵⁸.

Ahora, tras el estudio acometido en este tercer capítulo, puede confirmarse lo que allí se presentó: la tutela cautelar no asegura (no lo hace materialmente ni es esa su función) el cumplimiento de las garantías procesales, sino que protege la vigencia, conocimiento y conocimiento de las exigencias sustantivas de la resolución penal⁴⁵⁹. A lo primero se dedican otros mecanismos, como la previsión de sanciones penales, civiles o disciplinarias por negligencia en las funciones de quien tiene el deber de respetar o salvaguardar tales garantías⁴⁶⁰. A lo segundo se consagran las medidas cautelares, pero también otros instrumentos⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ En la práctica jurídica en primera instancia pueden encontrarse resoluciones que acuerdan prohibiciones de acercamiento, comunicación o residencia, previas a la condena, sin que existan indicios fundados de criminalidad, y aún sin haber agotado las posibilidades legales para acreditar tales indicios (como, por ejemplo, reclamar la comparecencia ante el Juzgado de Instrucción de un testigo directo de los hechos denunciados, basándose la acreditación de *FBI* sólo en la declaración de la denunciante, que no aporta parte médico).

Otro ejemplo lo constituye la aplicación subrepticia de la alarma social generada por el hecho delictivo para acordar la prisión provisional, en determinados supuestos, en el que el órgano judicial rectifica una situación de libertad provisional tras haberse manifestado en los medios un desacuerdo popular al respecto.

En definitiva, que el refrán según el que “más vale prevenir que curar”, en el plano de la prevención penal coactiva (no asistencial) no se ha despojado todavía de la desvalorización de la conducta objeto de la *notitia criminis*.

⁴⁵⁸ *Vid. supra*, capítulo II § III. 2.A.b.

⁴⁵⁹ Resolución en la que se incluye, recuérdese, tanto la declaración como la ejecución penales.

Identificados los peligros cautelares concretos, y en clara asociación con los mismos, se expondrán los *fin*es de las medidas cautelares. Para ello, y conociendo que la tutela cautelar es de carácter preventivo, habrá de preguntarse qué ha de *evitarse* para que el proceso sea frustrado. Con esto se concretará la *función de defensa del proceso* que en el segundo capítulo se afirmó⁴⁶².

Pero, *¿en qué consiste el acto de defensa del proceso ofrecido por la tutela cautelar?* Claramente, en una injerencia estatal en alguna de las libertades del sujeto pasivo del proceso. No nos preguntamos, con la última interpelación, *qué* protección se dispensa sino *cómo* se lleva a cabo tal protección. Con esto, la cuestión de los fines de la tutela cautelar penal enlaza con la de su contenido.

Aunque, identificados los peligros cautelares concretos, los fines y el contenido de la tutela cautelar pueda afirmarse completo el cometido de este tercer capítulo, no quiere zanjarse el mismo sin hacer una referencia a la racionalidad formal y material de la tutela cautelar con aquellos elementos construida⁴⁶³.

1. Exposición de los distintos peligros cautelares concretos y precisión de los fines cautelares que a partir de aquéllos pueden identificarse.

De todas las exigencias o requisitos predicables del actual proceso penal⁴⁶⁴, sólo los elementos *esenciales* de la resolución y ejecución penal son objeto de protección

⁴⁶⁰ Precisamente, la concurrencia en un mismo órgano de la función de resolución penal y de salvaguarda de derechos y garantías del sujeto pasivo del proceso es una de las mayores causas de confusión y descontento del pensamiento popular o social respecto al sistema penal.

Al respecto, quiere citarse la monografía *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, de HULSMAN, L. y BERNAT DE CELIS, J; (Ariel, 1984) dónde se realiza una interesante propuesta sobre el mantenimiento de la seguridad por parte de la policía una vez abolido el sistema penal, y un control de la actividad policial por parte de la judicatura: así el juez penal no encontraría en su función la difícil tarea de proteger el orden público y las garantías individuales de quien se supone ha atacado el orden público.

⁴⁶¹ El catálogo de *medidas cautelares*, en la § IV.2.B de este mismo capítulo, y un apunte sobre los institutos afines a ellas, en el capítulo V, § I.3.

⁴⁶² Sobre la relación entre *fin* (o fines) de las medidas cautelares y función de la tutela de este tipo, *vid. supra*, § I.1 de este mismo capítulo.

⁴⁶³ Al efecto, se rescatarán algunos de los argumentos expuestos en la § II. 4. B del capítulo I.

⁴⁶⁴ Se presentaron, en el capítulo II § III.2.A, “las siguientes características del proceso penal moderno o de corte liberal: (1) Éste tiene como criterio estructural básico la existencia de dualidad de posiciones procesales y un juzgador imparcial, provocando la vigencia del principio acusatorio; (2) el desarrollo del proceso penal se encuentra condicionado a la afirmación progresiva y gradual de la relación positiva entre los tres elementos que integran el juicio o resolución penal y (3) además, en su desarrollo deben

cautelar. No se destinan las medidas de este género, por ende, a la protección de quien ocupa la posición activa del proceso (por el mero hecho de ocuparla⁴⁶⁵), ni a la salvaguarda del cumplimiento de las garantías procesales.

Si bien pudo parecer, concluido el capítulo anterior, que son objeto de protección cautelar *absolutamente todos* los elementos sustantivos del mismo, la transposición del fundamento cautelar a nuestro ordenamiento concluye un resultado contrario: ni *todos* los elementos sustantivos del proceso son objeto de protección cautelar (no lo es la norma penal) ni de todos los que pueden serlo cabe afirmar una protección cautelar *absoluta*. Veámoslo⁴⁶⁶.

A) El peligro de ausencia o indisponibilidad, física y jurídica, del sujeto pasivo del proceso. La tutela cautelar como instrumento para evitar la huída.

Dos son los tipos de presencia exigida al que se encuentra sujeto al proceso penal: la *física o real* y la *jurídica o ficticia*. La segunda, que implica una posibilidad de localización del sujeto o el conocimiento de su paradero, se exige durante toda la pendencia del proceso: de ahí la necesidad de comunicar los cambios de domicilio, entre otras obligaciones. La primera, en cambio, es requerida sólo en determinados actos, pudiendo citar como supuestos paradigmáticos el juicio oral o la ejecución de la pena de prisión.

observarse una serie de garantías para el imputado, acusado o condenado, esto es, para el sujeto pasivo del proceso.”

⁴⁶⁵ La protección personal de la “parte” activa del proceso sólo puede perseguirse, mediante la tutela cautelar, cuándo aquélla sea además testigo del hecho, esto es, cuando se pretenda garantizar la declaración de parte en el juicio oral. Cabe afirmar, en general, que las medidas cautelares no son instrumentos de *protección personal* (no protegen a la persona del imputado, ni a la que ocupa la posición acusadora, ni a la víctima ni al Juez o Magistrado que conoce del asunto), sino *procesal*. Por esto, la protección de esos sujetos mediante la tutela cautelar sólo puede *intentarse* reconduciendo el peligro, en su caso, a la *indeterminación de los indicios que permiten conocer el hecho y el sujeto*.

⁴⁶⁶ Podrá comprobarse, tras este ejercicio recopilatorio, como los peligros cautelares asumidos (y sus correlativos fines) se corresponden con las fines “cautelares” de la prisión provisional (con excepción, obviamente, del de evitar la insolvencia provocada). Al efecto, puede observarse como GUTIERREZ DE CABIEDES afirma distintas funciones de la prisión provisional en función de los fines que persigue: así, para este autor, la institución objeto de su monografía tiene una función “cautelar personal” (aseguramiento de la presencia del imputado) y una función procesal (evitar la destrucción probatoria). Además, señala la naturaleza de medida de seguridad o de protección cuando la prisión tiene como función la prevención especial, y apunta también otras finalidades ilegítimas (punitiva, inquisitiva y de prevención genérica). Cabe advertir que el autor referenciado acomete un análisis inverso al realizado en esta tesis: si en ésta se ha partido de los peligros para identificar los fines, en aquél se parte de los fines para identificar los peligros a que responde,

Pues bien, es la eventual *ausencia física y jurídica*, cuando sendas presencias se exigen, la que constituye un riesgo de frustración procesal. En tanto esa contingencia es atribuible, en potencia, al sujeto pasivo, cabe identificar en ese supuesto un peligro cautelar concreto⁴⁶⁷.

Concretemos lo dicho, con la formulación de las siguientes conclusiones⁴⁶⁸:

1. La *ausencia física* provoca, a partir de la apertura del juicio oral, la suspensión del proceso. Pero sólo cuando a ésta se une la *indisponibilidad jurídica* del sujeto, esto es, cuando se afirma que se encuentra en paradero desconocido, cabe considerar materializado un *riesgo de frustración procesal*. Entonces, sólo la conjunción de ambas ausencias es apta para provocar la frustración del proceso. Éste verá impedida su función de resolución penal (en que incluimos declaración y ejecución) cuando el sujeto no satisfaga la presencia física requerida y, además, cuando no pueda compelerse a tal cumplimiento por encontrarse aquél en paradero desconocido. Así, no es la mera *incomparecencia* del sujeto, sino su *desaparición*, la que provoca la frustración del proceso⁴⁶⁹. Ciertamente, el momento en que se manifiestan los efectos de la materialización del *riesgo de frustración procesal* es en la fase de juicio oral o en la ejecución de determinadas condenas, porque es en estos estadios donde la *presencia real* se estima una exigencia imprescindible para la continuación del proceso. No obstante este dato, ha de advertirse que, en última instancia, es la *ausencia jurídica* la que provoca la imposibilidad de satisfacer, aunque coactivamente, ese requisito. Así que la *mera* ausencia física no es determinante del *riesgo de frustración procesal*, sino que hay que constatar también la ausente jurídica, que es la que nos impide proceder a la

⁴⁶⁷ Dado que el fundamento debe verificarse en el caso concreto, mediante la apreciación de los presupuestos, el presente indicativo señalado en cursiva en el texto principal será sustituido por el presente subjuntivo, al analizar la concurrencia del fundamento cautelar en el caso concreto: se exigirá entonces que el sujeto pasivo *sea* peligroso procesalmente.

⁴⁶⁸ Las mismas son resultado del análisis que precedió en la § III.1 del presente capítulo.

⁴⁶⁹ Advierte ORTELLS que “la incomparecencia (*que él define como la falta de presencia real en un acto procesal concreto, dentro de los supuestos de paradero conocido*) sólo implica que, por causas diversas, la vista no tendrá lugar en el momento inicialmente previsto, sino en un momento posterior. Las consecuencias que la incomparecencia tiene respecto al acto procesal, a diferencia de las consecuencias de la rebeldía (*concepto que ubica dentro de los supuestos de paradero desconocido*), no reflejan una imposibilidad jurídica de continuar el proceso, sino el mero retraso de un acto de aquél proceso; así se explica que ni deban devolverse las piezas de convicción, ni se reserve la pretensión civil para su ejercicio separado”; en “La ausencia del imputado...”, *ob.cit.*; p. 470 (las aclaraciones en cursiva son mías). Concluye, en la página siguiente: “Consideramos, pues, que en el supuesto de incomparecencia, ni hay paralización del proceso, ni del procedimiento, aunque sí una dilación o retraso anormales en la realización de uno de los actos (la vista) que está integrado en aquellos”.

presencia real coactiva. Esto explicará, más adelante, que la protección ofrecida al respecto por las medidas cautelares pueda abordarse mediante el refuerzo de cualquiera de los dos tipos de presencia.

2. Que la eventual *ausencia física y jurídica* del sujeto pasivo del proceso pueda ser considerada un riesgo de frustración procesal depende de la concreta configuración del proceso. En nuestro ordenamiento, cabe apreciar que la presencia física no es exigida en toda sustanciación de juicio oral, y aún tampoco en toda ejecución de condena. Estos parámetros marcan la concreta apreciación del riesgo de frustración procesal en el caso concreto.

3. Para que este riesgo pueda integrar el más amplio concepto de *peligro cautelar concreto*, es necesario que el sujeto pasivo tenga potencialidad para materializar dicho riesgo. Dado que, en abstracto todavía (esto es, sin observar las características y situación de un sujeto concreto), es posible atribuir la ausencia al mismo sujeto ausente, puede decirse que este supuesto constituye un peligro cautelar⁴⁷⁰.

4. Con todo, cabe afirmar que constituye un *peligro cautelar concreto* la *eventual ausencia física y jurídica del sujeto pasivo del proceso, provocada por él mismo*. Salvo en los siguientes supuestos, en que la presencia *real* no es necesaria y, por tanto, su contravención no supone un riesgo de frustración procesal: (a) procesos abreviados que reúnan las características previstas en el art. 786.1.II LECrim; (b) juicio de faltas (ex art. 971 LECrim), y (c) proceso de injurias y calumnias contra particulares (art. 814 LECrim). Tampoco constituirá, la ausencia física, un peligro cautelar cuando

⁴⁷⁰ De hecho, sólo *huyendo* puede el sujeto frustrar la realización del *ius puniendi*. La otra forma de provocar la propia ausencia (suicidio) no ha de ser entendida como un peligro cautelar puesto que, en tal caso, no habrá ya intención estatal en el ejercicio de aquella potestad, al ser la muerte una causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1º CP). En tal caso, la acción civil contra los herederos y causahabientes habrá de sustanciarse en la jurisdicción civil.

La reacción ante un riesgo o amenaza creíble de tendencia suicida es también diferente: siguiendo los protocolos sanitarios y judiciales, deberá internarse al individuo en un centro psiquiátrico, en los términos en que se realizaría respecto a cualquier otro ciudadano, con independencia de la condición de imputado. Es, este internamiento, en definitiva, una medida de protección personal.

(d) la eventual pena a imponer sea privativa de derechos (art. 39 CP), salvo la que consiste en trabajos en beneficio de la comunidad⁴⁷¹.

5. En relación con lo dicho en el punto 3, ha de atenderse a que la materialización del riesgo de *desaparición* del sujeto pasivo del proceso puede atribuirse, además de a él mismo (caso de la huída o el suicidio), a otros sujetos (por ejemplo, asesinato por venganza privada, linchamiento popular, secuestro). Cuando el *riesgo de frustración procesal* provenga de sujetos distintos al imputado, la protección del mismo (y del proceso, indirectamente) no deberá perseguirse mediante una medida cautelar (lógicamente, no puede afirmarse un *peligro cautelar* en estos casos) sino otras medidas de protección personal⁴⁷². En consecuencia, sólo la *huída* constituye un *peligro cautelar concreto* que faculta la adopción de una medida cautelar.

6. *Evitar la huída* (o la *fuga*, en su formulación tradicional) es, en consecuencia, el *fin cautelar* que cabe asociar al peligro cautelar concreto objeto de este apartado.

B) El peligro de indeterminación del hecho y del sujeto. La tutela cautelar como instrumento para evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba.

Se concluyó, en páginas precedentes⁴⁷³, que cabe considerar un *riesgo de frustración procesal* la eventual *indeterminación* del hecho y del sujeto, entendida como la ausencia (por desaparición, no hallazgo o imposibilidad de práctica probatoria) de aquéllos indicios que permiten conocer el *hecho* pasado objeto de enjuiciamiento. En esta eventualidad se incluyeron distintos supuestos de *imposibilidad*, por un lado, de *obtención* de medios de prueba⁴⁷⁴ y, por otro, de *práctica probatoria*⁴⁷⁵ y *valoración* de la misma⁴⁷⁶.

⁴⁷¹ *Vid.*, respecto a la necesidad de presencia física a efectos de ejecución, *supra*, § III. 4. A de este mismo capítulo.

⁴⁷² Utilizar la tutela cautelar para evitar la materialización de esos peligros constituye una opción de efectos distorsionadores: que baste el alzamiento popular para la encarcelamiento preventivo de un sujeto conlleva en sí dos manifestaciones de injusticia: (1) se inflige un mal a quien, además de no ser potencialmente apto para provocarlo, es potencial víctima del mismo, y (2) ni aquella “rebelión”, ni la venganza privada presupone la apreciación jurídica del *fumus boni iuris*.

⁴⁷³ En este mismo capítulo, § III. 2

Analizadas las posibles causas de materialización de dicho riesgo, se percibió que en ambos grupos, pero no en todas las situaciones en ellos incluidas, puede predicarse la potencialidad peligrosa del sujeto pasivo. En síntesis, y tras el análisis conjunto de los dos elementos del fundamento de la tutela cautelar penal, pueden afirmarse en esta sede, bajo el genérico riesgo de *indeterminación del hecho y del sujeto*, los siguientes *peligros cautelares*:

1. *Imposibilidad de afirmar indicios suficientes de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto* (supuesto 2). La tutela cautelar acordada por esta causa tratará de evitar que la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes de prueba, por parte del sujeto pasivo del proceso, obligue a sobreseerlo en virtud del art. 637.2º LECrim.

2. *Imposibilidad de afirmar indicios suficientes que acrediten el carácter delictivo del hecho o su existencia* (supuesto 4). Ante esta eventualidad, es factible acudir a la tutela cautelar para evitar que la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes de prueba, por parte del sujeto pasivo del proceso, obligue a sobreseer el proceso de modo provisional (en caso de no poder acreditarse el *carácter delictivo* del hecho)⁴⁷⁷ o definitivo (en caso de no existir indicios racionales de haberse perpetrado el *hecho* que dio motivo a la formación de la causa)⁴⁷⁸.

3. *Imposibilidad material de practicar alguna prueba en el juicio oral* (supuesto 6). Este peligro debe combatirse evitando que el sujeto pasivo, con la intención de frustrar la práctica probatoria y forzar así una (quizás improcedente) sentencia absolutoria, destruya, oculte o manipule medios de prueba. Cabe advertir que el sujeto pasivo también puede impedir la práctica probatoria mediante la suspensión de la vista por ausencia del mismo. Pero este supuesto debe reconducirse, claramente, a la frustración del proceso por ausencia del acusado.

A todos estos peligros cautelares, como se ve, cabe asociar el *fin* de *evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes o medios de prueba*. Ésta será la

⁴⁷⁴ Supuestos identificados con los números 1, 2, 4, y 5, *loc.cit.* nota al pie anterior.

⁴⁷⁵ Cabe incluir aquí los supuestos de imposibilidad material y formal de práctica probatoria (supuesto 6).

⁴⁷⁶ En referencia, ahora, a los supuestos de práctica ilícita de prueba (supuesto séptimo de los anteriormente descritos).

⁴⁷⁷ Art. 641.1º LECrim.

⁴⁷⁸ Art. 637.1º LECrim.

intención con que se acuerde una medida cautelar, afirmada la concurrencia de aquel peligro y la inexistencia de una medida menos gravosa para el sujeto pasivo⁴⁷⁹.

Técnicamente, cabría también incluir en los peligros cautelares concretos la eventual *imposibilidad de afirmar algún indicio de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto* (supuesto 1). Pero resulta dudoso que tal posibilidad pueda darse en la práctica: si no existe ni un indicio de criminalidad por parte del sujeto, ¿cómo vamos a achacarle la potencialidad para materializar ese riesgo? Y es que, sin imputado, no hay medida cautelar alguna que acordar⁴⁸⁰.

C) El peligro de insolvencia provocada del sujeto pasivo del proceso. La tutela cautelar como instrumento para evitar esa insolvencia.

De acuerdo con el objeto del presente trabajo, el peligro que ahora se define lo es sólo en relación al proceso penal, obviándose por el momento el objeto civil acumulado a ciertos procesos penales⁴⁸¹. En este contexto, se ha observado que constituye un peligro para la ejecución de la pena de multa la insolvencia del sujeto pasivo. Pero también se ha advertido que dicha insolvencia impediría ejecutar el “decomiso de valor”, definitivo modo de impedir que la consecuencia accesoria prevista en el art. 127 CP sea llevada a cabo.

Dada la naturaleza preventiva de la tutela cautelar, las medidas así adjetivadas deberán *prevenir* que el sujeto pasivo del proceso devenga insolvente. Si ya lo es, la situación cambia: el *riesgo de frustración procesal* (relativo a la pena de multa) varía en sí mismo, debiendo apreciarse entonces la eventualidad que se imponga una pena privativa de libertad por impago de multa y valorarse, a efectos de procedencia de la tutela cautelar, el riesgo de ausencia física y jurídica del sujeto pasivo del proceso. Apreciación que debe ser objeto de revisión ante una mejora económica de este sujeto

⁴⁷⁹ Para el método de adopción de una medida cautelar, *vid. infra* capítulo VII § I.

⁴⁸⁰ El supuesto es distinto al que, en páginas precedentes, se afirmó como un “contrasentido”: en este, pese a no existir un sujeto imputado, sí existe proceso y, por tanto, objeto de protección. Pese a esto, sin sujeto imputado no podría tampoco acordarse una medida cautelar, al ser imposible afirmar el *Fumus Boni Iuris*. Respecto al contenido de este presupuesto, *vid. infra*, capítulo IV § II.

⁴⁸¹ Con esto, y en avance de una eventual clasificación de las medidas cautelares, pueden distinguirse, en este género, las penales y las civiles y, las primeras, subdividirse en personales y reales.

que haga prever la posibilidad de ejecutar una pena pecuniaria. Lo dicho ilustra, en coherencia con la construcción que se viene defendiendo, que debe apreciarse, entre otros extremos, un riesgo de frustración procesal *en el caso concreto*, lo que depende de la propia configuración del proceso y, para lo que ahora interesa, de la pena que eventualmente se imponga en el mismo. Al cambio previsible de la pena a imponer deberá adecuarse el análisis de la tutela cautelar en el caso concreto⁴⁸².

Así, no se trata de evitar, con la tutela cautelar penal, toda situación de insolvencia, sino que ésta *se provoque a partir de una situación de solvencia*. Este acto de materialización, además, debe poder atribuirse al sujeto pasivo del proceso: los indicios que permitirán apreciar tal potencialidad (y los que permitan hacerlo respecto a los demás peligros cautelares afirmados) serán abordados en el capítulo siguiente. Ahora, de forma genérica, no puede negarse la posibilidad de ocultación o enajenación personal de los bienes propios *no trabados*.

Con todo lo anterior, cabe concluir que la *insolvencia provocada del (y por el) sujeto pasivo* del proceso constituye un *peligro cautelar concreto* y que *evitarla* es un *fin* de las medidas cautelares penales.

2. Relación de medidas que pueden considerarse cautelares, por responder a una necesidad de evitar la materialización del peligro cautelar.

A) Identificación del contenido de la tutela cautelar penal a partir de su fundamento.

Se ha identificado hasta el momento qué situaciones constituyen, en nuestro ordenamiento, un *peligro cautelar* posibilitando, su apreciación en el caso concreto, el recurso a la protección de este género: se conoce ya con precisión el *motivo*, la *causa* de esta tutela, y su expresión teleológica, el *fin* asociado a su adopción. Así que sabemos *por qué* y *para qué* existen medidas cautelares. Pero ¿qué instrumentos pueden recibir

⁴⁸² Desde una óptica semejante ha de observarse la adecuación de la tutela cautelar a la posible sustitución de la pena de prisión por la de multa o la de trabajos en beneficio de la comunidad (art. 88.1 CP). Por el contrario, la eventual sustitución de la pena de prisión por la de expulsión del territorio nacional no tiene efecto respecto a la concreta tutela cautelar a dispensar: en ambos casos, es necesario garantizar la presencia, al menos jurídica, del sujeto pasivo del proceso (siempre claro está, que se infiera en el caso concreto la existencia de una peligrosidad procesal).

ese nombre? Obviamente, los que respondan a la existencia de un peligro cautelar y sean aptos para lograr el fin asociado. A partir de esta idea, puede concretarse que:

1) Las medidas cautelares son instrumentos *preventivos*: en tanto reaccionan a una situación de peligrosidad procesal *potencial*, las medidas de este género se avanzan a la materialización del riesgo, evitándola. Pese a afirmarse preventivos, no puede decirse que sean instrumentos anticipatorios, puesto que se acuerdan en el momento oportuno para la satisfacción de su función (anticipatoria sería una “medida cautelar” que se acuerda antes de la pendencia del proceso). Su carácter preventivo permite distinguir las medidas de este género de las que se acuerdan una vez materializado el riesgo de frustración procesal, esto es, como reacción a una situación de peligrosidad procesal real⁴⁸³.

2) Con lo anterior ha de afirmarse que las medidas cautelares responden a una peligrosidad procesal potencial *del sujeto pasivo*. Esto permite distinguir las medidas de este género de otras que se asocian a una peligrosidad procesal de sujetos distintos al imputado, acusado o condenado⁴⁸⁴.

3) Desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, las medidas cautelares constituyen un *tratamiento*, asociado a una *consideración especial*, del Estado hacia el ciudadano. Recuérdese que se explicó⁴⁸⁵ cómo la sujeción de un individuo al proceso depende de que el Estado (el Juez, en el ámbito procesal) afirme una consideración (general) que se identifica con la imputación, a la que, de proceder el avance del proceso y la condena, seguirán dos *consideraciones*

⁴⁸³ Entre los instrumentos que responden a una *peligrosidad procesal real* del *sujeto pasivo* cabe citar preferentemente la extradición pasiva, la requisitoria o la orden europea de detención y entrega. También existen mecanismos para paliar o mitigar los efectos derivados de una *peligrosidad procesal real* de sujetos distintos al pasivo del proceso: así, por ejemplo, las teorías que interpretan, flexibilizando la literalidad del art. 11.1 LOPJ, el alcance del efecto anulatorio de las pruebas ilícitas; o la conducción a la fuerza, en su caso, del testigo que no comparece.

⁴⁸⁴ Entre éstas, por ejemplo, la habilitación legal para imponer una multa a los testigos que no comparezcan, o determinados preceptos del CP que tipifican conductas contra la Administración de Justicia. Se observa, como se afirmó en el segundo capítulo de esta obra, que la “actuación” del ordenamiento a una peligrosidad procesal potencial de sujetos distintos al pasivo del proceso se limita a un acto de coacción psíquica. Este dato sirvió, entonces, para cimentar el elemento subjetivo de la tutela cautelar penal.

⁴⁸⁵ Al hilo del discurso sobre la injerencia estatal en los derechos individuales en el seno del proceso penal. *Vid.* especialmente capítulo I § II.4.A.

generales más. Pues bien, la *peligrosidad procesal* expresa una *consideración especial* del Estado hacia el sujeto pasivo, que *permite* un *tratamiento*, también *especial*, que es la propia imposición de una medida cautelar. El calificativo atribuido al tratamiento (y a la consideración) permite distinguir las medidas cautelares de otros instrumentos similares asociados a una consideración general⁴⁸⁶.

4) Las medidas cautelares se integran en la vertiente “represiva” del tratamiento estatal⁴⁸⁷: su contenido, pues, consiste en una injerencia en las libertades individuales del sujeto pasivo del proceso. Esto, que es más bien una obviedad, significa que las medidas cautelares suponen una limitación de derechos, no una asignación de garantías. Y, hasta aquí, no he abandonado el campo de lo obvio. Pero he de advertir que las medidas cautelares pueden también consistir en una reducción de las garantías procesales asociadas a la consideración general que el individuo ostenta: ¿acaso definido el contenido del derecho de defensa y el derecho a un proceso con todas las garantías, toda limitación a los mismos no ha de considerarse también un acto de represión? Por este motivo, las limitaciones al contenido del derecho de defensa acordadas con motivo de la peligrosidad procesal del sujeto, han de considerarse también medidas cautelares penales⁴⁸⁸. Para una válida identificación de las medidas que pueden calificarse como cautelares por aplicación de este criterio, es necesario que se definan legalmente, con precisión, las garantías procesales asociadas a cada consideración general. Si no se fijan estas últimas, va a resultar difícil conocer cuándo se están limitando.

En estas últimas páginas se han establecido criterios (a excepción del último) con los que identificar las medidas cautelares lo que, lógicamente, permite a la vez distinguir

⁴⁸⁶ Por ejemplo, la obligación de designar un domicilio y de informar de los cambios del mismo durante la sustanciación del proceso, o la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial.

⁴⁸⁷ Si se recuerda, el tratamiento permitido al Estado, de acuerdo con cada consideración general, puede integrar una vertiente “represiva” y otra “garantista” o “defensiva” (p. ej: imputación-derecho de defensa; acusación-publicidad).

⁴⁸⁸ Ha de advertirse que, a diferencia de los criterios expuestos anteriormente, el que ahora nos ha ocupado permite incluir determinadas medidas en el género cautelar, pero no excluir otras. Esto es, el criterio que se acaba de presentar no sirve para distinguir medidas cautelares penales de institutos afines a ellas. El criterio distintivo es el de la peligrosidad procesal, no el del contenido (derecho procesal o derecho sustantivo) de la medida.

estas medidas de otras con las que comparten algunos caracteres. El que otros instrumentos no encuadrables, de acuerdo con la tesis defendida, en el género cautelar sean aptos para perseguir el mismo fin, marcará el listado de *institutos afines* a las medidas cautelares, de especial relevancia a efectos de valorar la *necesidad* (no la *procedencia*, que sólo depende de la verificación del fundamento en el caso concreto) del recurso a la tutela cautelar⁴⁸⁹.

B) Las medidas cautelares penales en la Ley de Enjuiciamiento criminal.

El listado de medidas cautelares existentes en nuestro ordenamiento se extraerá de aquel conjunto de mecanismos con que, se señaló, el ordenamiento combate la existencia de cada uno de los *riesgos de frustración procesal*. Obviamente no todos ellos se integran en el género cautelar, ya que su mención no tuvo en cuenta su aptitud para combatir la *peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso*. Tras este filtro, y el que supone la aplicación de los caracteres o criterios señalados en el apartado precedente, pueden presentarse las medidas cautelares penales existentes, de acuerdo con la tesis propuesta, en nuestro ordenamiento. Esta exposición se estructurará en función de los fines para los que son aptos las medidas cautelares penales.

Recuérdese que con el fin de *evitar la huída* se combate el peligro que, en determinados casos, supone la eventual ausencia física y jurídica del sujeto pasivo del proceso. A tales efectos, constituyen mecanismos idóneos para dicha pretensión, los siguientes:

a) Un supuesto de *detención*, concretamente aquélla que se practica concurriendo las siguientes circunstancias: (1) que haya sido ordenada por el órgano jurisdiccional⁴⁹⁰, (2) que se practique como reacción a la incomparecencia del sujeto pasivo⁴⁹¹ válidamente citado⁴⁹². Se trata en definitiva, de una medida que pretende reaccionar a una peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo que se encuentra en

⁴⁸⁹ Tercera acepción señalada en la VOZ: “finis”, en el Diccionario latín-español, español-latín, VOX, 1986, p. 1987.

⁴⁹⁰ Con lo que se excluyen las detenciones practicadas a iniciativa exclusiva de los agentes de policía.

⁴⁹¹ Con lo que se excluyen aquellas detenciones practicadas a individuos no imputados en un proceso penal.

⁴⁹² Distinta es la detención que se practica por efecto de una requisitoria: en tal caso, ha de entenderse que el sujeto se encuentra en pandero desconocido, por lo que el riesgo de frustración procesal ya ha sido materializado, y la detención no es un acto de prevención.

paradero conocido⁴⁹³. Ha de recordarse que la situación que provoca la frustración del proceso es la incomparecencia injustificada del sujeto que se encuentra en paradero desconocido. Si el sujeto se encuentra en paradero conocido, la detención judicial actúa como un mecanismo de aseguramiento de la presencia real del sujeto. Dada la limitación temporal de la detención, la medida se utilizará, en estos casos, probablemente, para acordar una medida de mayor sujeción al proceso⁴⁹⁴.

b) La *prisión provisional* (art. 503 y ss. LECrim). Esta medida, cuyo contenido consiste en la privación de libertad del sujeto pasivo, tiene atribuido legislativamente el fin de evitar la fuga del imputado. Con dicha privación de libertad, que puede realizarse mediante internamiento en centro penitenciario, de deshabitación, médico o en el propio domicilio, se asegura la *presencia real continua*, si no ante el órgano jurisdiccional, sí en lugares u organismos bien *directamente vinculados* con aquél, bien aptos para ejercer un control sobre el sujeto internado en el centro. La vinculación señalada y las posibilidades de control del sujeto sometido a la medida constituyen las principales razones de objeción, por ineficacia práctica, al cumplimiento tal medida en el propio domicilio⁴⁹⁵.

c) La *comparecencia periódica* (art. 530 LECrim). Esta medida consiste en establecer una periodicidad en la comparecencia ante el órgano jurisdiccional, agravando así la obligación de comparecencia ante el llamamiento judicial que integra el tratamiento general asociado a la condición de imputado. Se asegura, con esta medida, la comprobación *periódica e intermitente* de la *presencia real* del sujeto pasivo, lo que permite reaccionar con mayor celeridad ante una supuesta realización de la fuga.

c) La *fianza* (art. 529 LECrim). Esta medida consiste en la prestación en depósito de un montante pecuniario, al que se vincula el cumplimiento de la obligación

⁴⁹³ Si el paradero es en territorio nacional o internacional, justificará que la detención pueda practicarse por un agente de algunos de los cuerpos de policía del Estado español o que haya de acudir al auxilio internacional.

⁴⁹⁴ Y es que la incomparecencia injustificada del sujeto puede ser tomada por el juez, en su caso, como un indicio con el que acreditar la disposición anímica a la fuga. Aunque también ha de advertirse que la peligrosidad procesal del sujeto a de valorarse por un conjunto de circunstancias concurrentes.

⁴⁹⁵ Entendido el domicilio, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional relativa a la diligencia de entrada y registro en el mismo, como morada o lugar dónde el sujeto desarrolla la mayor parte de los actos de la vida privada. Con esto, el domicilio en el que se cumplirá la privación de libertad puede ser, por ejemplo, la habitación de un hotel, el domicilio paterno, etc. Parece que no hay impedimento para moderar la dureza de la medida, permitiendo al sujeto proponer el domicilio dónde, de modo invariable, se cumplirá la medida cautelar.

Parece que los domicilios móviles, tales como embarcaciones o autocaravanas, no serían admitidos como lugar donde cumplir la sujeción a que nos referimos en el texto principal.

de presencia real. Por este motivo, el ordenamiento prevé la fianza como medida complementaria, en su caso, a la comparecencia periódica, aunque, en mi opinión, no necesariamente debería ser así, puesto que la fianza podría vincularse al cumplimiento de las obligaciones de presencia real requeridas por la mera condición de sujeto pasivo del proceso.

Las medidas mencionadas hasta el momento pretenden, de algún modo, garantizar la presencia real, obligando a la misma de forma puntual (detención), permanente (prisión provisional), intermitente (comparecencia periódica) o indirectamente, vinculando la anterior a la recuperación o pérdida de la fianza prestada. Ciertamente, son muy pocas las alternativas que se establecen a la más gravosa sujeción al proceso (la prisión anterior a la condena), lo que ha de vincularse necesariamente a las posibilidades de ejecución y control de la injerencia o limitación de derechos que supone la adopción de una medida cautelar.

Si lo que se pretende, con la tutela cautelar, es evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, el ordenamiento ofrece aún menos posibilidades de protección de este género: sólo la prisión provisional, a la que normativamente también se atribuye un fin parecido, resulta apta para tal cometido. Resulta altamente cuestionable que la comparecencia periódica y la fianza sean medidas idóneas para evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba. Pero existe otra medida, la incomunicación, idónea para evitar que se oculten, destruyan o manipulen bienes. La *incomunicación*⁴⁹⁶ es en realidad una situación que aglutina afecciones a distintos derechos, concretamente: (1) el de libre designación de abogado (que no el derecho a la asistencia letrada, que se respeta mediante la designación de oficio)⁴⁹⁷, (2) el derecho contemplado en el art. 520.2.d LECrim, a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que se desee, el hecho de la privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle el detenido o preso en cada momento, (3) el derecho a entrevistarse con su abogado al término de la diligencia en que se

⁴⁹⁶ Arts. 527 y 510 LECrim, en relación con el art. 520.2 del mismo texto. *Vid.* también el art. 520 bis de la ley rituaría.

⁴⁹⁷ Monográficamente *vid.* LÓPEZ YAGÜES, V; *El derecho a la asistencia letrada (su ejercicio en situaciones de privación de libertad)*, Publicaciones Universidad de Alicante, València, 2002; y (de la misma autora, *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, València, 2003.

hubiere intervenido, (4) el derecho a realizar y recibir comunicaciones, excepto aquellas que hayan sido autorizadas. Además, en virtud de la incomunicación, (5) es posible limitar su asistencia a las diligencias de investigación, así como los efectos de que pueda disponer, únicamente a aquellos supuestos y pertenencias que no puedan desvirtuar el objeto y fin de la incomunicación.

No puede terminarse una aproximación a las medidas cautelares existentes en nuestro ordenamiento penal sin presentar aquéllas que tienen como función evitar la insolvencia provocada del sujeto pasivo. Para conocer cómo debe asegurarse la ejecución de esta pena, deben primero conocerse los parámetros de dicha ejecución: pese a que este ejercicio se abordó principalmente en el título precedente, conviene recordar que la sanción pecuniaria en que consiste dicha pena (1) constituye una obligación de carácter *personal* (como las demás consecuencias jurídicas de delito), (2) se impone, generalmente, por el sistema de días multa y, para determinados delitos, por el sistema de multa proporcional, (3) se satisface del modo que en la sentencia se establezca: plazos y periodicidad diaria, mensual, anual o cuantía única y de forma voluntaria o, en caso contrario, vía apremio. Finalmente, (4) debe advertirse que el incumplimiento de la pena de multa conlleva la imposición bien de la privación de libertad por impago, bien de la pena de localización permanente, bien de la de trabajos en beneficio de la comunidad.

La pena de multa se garantiza, cuando así es necesario, mediante la prestación de fianza, que puede ser personal, pignoratícia o hipotecaria, prestada por el procesado o por terceros. Ante la ausencia de prestación voluntaria de la fianza, la ley prescribe el embargo preventivo de bienes del procesado (art. 597 LECrim). Ciertamente, la cuestión de la fianza como medida cautelar penal reviste un especial interés, que habría de atender a los extremos que siguen: (1) Por una parte, la actual regulación del aseguramiento de la pena de multa se integra en el más amplio régimen del aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivar de la condena, lo que incluye las responsabilidades penales pero también las civiles y las costas; (2) en segundo lugar, debe apreciarse que la fianza tiene una conexión directa con las situaciones de libertad provisional y de privación de libertad. La coherencia de esa relación también reviste un especial interés; (3) también cabe analizar con especial atención la posibilidad normativa que sea un tercero el que asegure, mediante la fianza, la presencia del sujeto pasivo en el proceso, aún siendo la pena pecuniaria (como las

demás) de carácter personal y (4) por último, habría de distinguirse, si cabe, el régimen de la fianza acordada con el fin de evitar la huída y la que se presta para asegurar la eventual pena de multa.

Antes de terminar este epígrafe quiere apuntarse la tan denunciada ausencia de un catálogo más amplio de medidas cautelares⁴⁹⁸, así como la posibilidad de clasificar las medidas de este género en relación con el contenido de la peligrosidad procesal potencial al que se asocian⁴⁹⁹.

3. La causa, el fin y el medio: comprobaciones para valorar “lo justo” de la tutela cautelar penal.

En un momento anterior de este trabajo, al hilo del análisis de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, se afirmó que este derecho fundamental informa, como si de un principio se tratara, no pocos aspectos del proceso penal, entre los que se encuentra la tutela cautelar del mismo género. Ha de recordarse también, en relación con lo anterior, que en una actitud razonable, el Estado debe tratar a sus ciudadanos en la consideración que los tiene, y que tal consideración es en realidad expresión subjetiva del motivo que justifica la injerencia estatal en las libertades individuales⁵⁰⁰.

Trasladando aquel análisis al de la tutela cautelar personal, hemos señalado que la *peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo*⁵⁰¹ es la “consideración especial” que, de ser afirmada, permite imponer una *medida cautelar*. Y que ésta última constituye⁵⁰², por tanto, el “tratamiento” asociado a dicha consideración, y el “medio” para perseguir un “fin”; fin que debe guardar, a su vez, coherencia con el “motivo” por que el Estado

⁴⁹⁸ En el capítulo V, § II.3 se realizará una aproximación a las posibilidades de ampliación del actual catálogo de medidas cautelares penales.

⁴⁹⁹ La precisión del contenido de la peligrosidad procesal potencial, en el capítulo siguiente, § I.2.D.

⁵⁰⁰ *Vid. supra*, capítulo I § II.4. A y B.

⁵⁰¹ Concepto que integra el de *riesgo de frustración procesal*, pues es la posibilidad de su materialización lo que se afirma con aquella expresión. Para su construcción, *vid. supra*, capítulo II § III.2. C y, a modo de conclusiones, § IV.1 de aquel mismo capítulo.

⁵⁰² Parcialmente, cabría añadir, pues para la identificación completa del tratamiento también ha de atenderse a las garantías que lo integran.

se permite tal injerencia en las libertades del hombre. Motivo que, cerrando el razonamiento, tiene su expresión subjetiva en la “consideración”⁵⁰³.

Identificadas estas relaciones, puede comprobarse la actitud *formalmente* racional del Estado respecto a los individuos que lo integran. Pero ¿qué hay de la justicia *material* de dicha actitud? Siguiendo igualmente los criterios señalados en otro momento⁵⁰⁴, puede concluirse que:

1. Si para valorar la justicia del *fin* pretendido con la tutela cautelar debe atenderse a los límites definidos de la acción del Estado, ha de afirmarse la justicia de la protección del proceso frente a potenciales actos dirigidos a su frustración⁵⁰⁵: si el Estado, en su aspiración de procurar la paz social, ha capitalizado el recurso a la fuerza, mediante una técnica de motivación indirecta (la sanción), cuya imposición sólo compete al mismo Estado, a través del Poder Judicial, entonces, ¿qué duda cabe acerca de la licitud de procurar la protección del único instrumento válido para la imposición de la sanción?

2. Si para valorar la justicia del *motivo* por el que se persigue aquel fin (protección del proceso) de una determinada manera (imposición de una medida cautelar, en nuestro caso), atendemos sólo a la legitimación de quien ejerce tal poder, el análisis continuará reducido a una cuestión meramente formal⁵⁰⁶. Ir más allá implica atender a la racionalidad del motivo y a la ponderación de los intereses contrapuestos. Lo primero, relacionado con los medios de que dispone el Estado, obliga a afirmar una razón suficiente para dispensar tal tratamiento, esto es, a concluir que no podría perseguirse aquel fin (legítimo, según lo anterior) de otro modo⁵⁰⁷. Lo segundo, ya se

⁵⁰³ Se ha presentado, en el texto principal, un razonamiento circular, en el que se relacionan los distintos conceptos que ilustran la tutela cautelar desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado. Dónde comienza el razonamiento es una cuestión tan “infructuosa” como preguntarse en qué punto se inicia la línea de una circunferencia.

⁵⁰⁴ *Vid. loc. cit.* en nota al pie 500.

⁵⁰⁵ Lo anterior se ha concretado, en este tercer capítulo, en tres fines o intenciones, distintos pero todos ellos expresivos de esta genérica función afirmada de la protección cautelar penal.

⁵⁰⁶ No por ello carente de importancia, como se verá al abordar las exigencias formales en la imposición de medidas cautelares. *Vid. infra*, capítulo VI.

⁵⁰⁷ Es precisamente por esta cuestión que el análisis político de la posibilidad de frustración del proceso (y defensa del mismo, en consecuencia) debe necesariamente asociarse con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, con la capacidad de prestación por el Estado de la tutela judicial, con la formación, acceso y revisión de la aptitud de quienes integran y colaboran con la Administración de Justicia e,

dijo, depende de cuál sea el interés o valor, entre los contrapuestos, por el que se define el justo medio “a la alza”.

3. La justicia de la *consideración*, según se dijo, ha de valorarse respecto al mismo motivo, pues aquélla no es más que expresión subjetiva de éste.

4. Finalmente, ha de examinarse la justicia material del *tratamiento*, que va más allá de la idoneidad (esto es, de la aptitud del medio para conseguir el fin) y de la previsión formal de un motivo que lo justifique. Son precisamente algunos de los parámetros predicados de la justicia del motivo los que permiten valorar la del tratamiento, cuando los aplicamos a este concepto: así debe atenderse (1) a la existencia o no de un tratamiento menos gravoso para el sujeto pasivo de la medida (relaciónese con la razón suficiente), (2) a la proporcionalidad *strictu sensu* y (3) al contenido completo del tratamiento dispensado a partir de una determinada consideración⁵⁰⁸ (asóciense, estas dos últimas ideas, con el sospenso de valores que ha de realizarse para observar la justicia como virtud legal). Además, (4) la necesaria correlación entre motivo y tratamiento obliga a que, al observar en el caso concreto la concurrencia de ese motivo (o su expresión, la consideración) deba atenderse a la realidad concreta sobre la que se aplica el derecho, esto es, deba aplicarse la norma con *equidad*, en su noción aristotélica.

Con todo, una vez pasado de lo abstracto a lo concreto, e identificados los motivos (existencia de alguno de los peligros cautelares concretos), los fines (evitar la huída; evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, o evitar la insolvencia provocada del sujeto pasivo del proceso), el “tratamiento” o medios (las medidas cautelares) y la “consideración” dada al sujeto pasivo que permite utilizar tales medios (la peligrosidad procesal potencial del mismo); corremos el riesgo de obviar las conexiones internas y fundamentales existentes entre tales categorías, lo que sin duda

incluso, con la relación que deben mantener la Información y el Poder Judicial, en aquellos asuntos afectados todavía por el secreto externo de las actuaciones.

Y también es, en esta sede, dónde cabe situar las mayores objeciones a la injerencia de derechos individuales con el fin de prevenir la comisión de delitos: que la prevención de determinados tipos de delincuencia (los que más favorecen la extensión de esta tendencia, por otro lado) no pueda lograrse mediante medios asistenciales, educativos, económicos, etc. denota un fracaso del Estado *social*, primer adjetivo con el que se define la forma del Estado en el art. 1.1 CE.

⁵⁰⁸ Quiere con esto hacerse referencia al contenido dual del tratamiento: represivo por un lado y garantista por otro. Esta cuestión tiene especial relevancia en los supuestos que al aumento de “represión” en el tratamiento de un sujeto se acompaña una disminución de garantías que, de acuerdo con la consideración general que ostente, le vienen asociadas (por ejemplo, la posibilidad de acordar prisión provisional limitando a la vez la libre elección de abogado).

conduciría a una aplicación injusta de la tutela cautelar. Y es que se actúa para un fin, pero por un motivo o causa; y de la válida interrelación entre medio, fin y motivo, en los términos anteriormente señalados, depende la corrección material y formal de la actuación estatal⁵⁰⁹.

Conscientes de que un ejemplo no demuestra nada, pero ayuda a comprender, se presentan a continuación un par de ellos:

1) Imagínese a un sujeto imputado por un delito cuya pena legal es inferior a un año de prisión, de manera que puede celebrarse juicio en ausencia. El Juez decreta una medida cautelar para *evitar la fuga* del sujeto pasivo del proceso con la intención de asegurar la celebración del juicio oral. El fin, autónomamente considerado, parece legítimo, pero el motivo aducido no lo es, por lo que cabe sostener que la medida cautelar es ilegítima. Entonces la legitimidad del recurso al género cautelar encuentra como primera condición la validez del motivo que lo justifica (el peligro cautelar concreto)⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ Pese a que se manifestó, en la introducción a este trabajo, la voluntad de no caer en el posibilismo, quien escribe estas líneas no puede dejar de utilizar algunas palabras empleadas por GRAF ZU DOHNA para explicar su teoría sobre el concepto de antijuridicidad. No obstante ser el objeto de aquéllas la exposición de un instituto completamente distinto al que ahora nos ocupa, el sentido de las mismas las hace óptimas para exponer lo que en este momento, respecto a las medidas cautelares, se aborda. Afirma el científico alemán: “Los institutos jurídicos no se agotan ya en su propiedad de ser efectos de causas, sino que se nos aparecen también y de modo preeminente como medios para la consecución de fines. Pero desde este momento se deduce, mediante la introducción del criterio formal (...) la exigencia en orden a la apreciación crítica de tales normas (*se refiere a las normas penales, claro está tratándose de un estudio sobre la antijuridicidad*), por otra plenamente justificada, a saber: que dichas normas representan un medio justo para la consecución de un fin justo. (...) Siendo preciso observar que el problema respecto al medio justo para lograr un fin propuesto y determinado, siempre se puede resolver con seguridad suficiente desde el punto de vista de la adecuación; todo medio propuesto puede ser comprendido y se puede demostrar su adecuación o inadecuación en vista a un ejemplo que se piensa lograr con él. Pero siempre queda al lado del punto de vista formal de la adecuación, la representación de un punto meta-concreto de la conducta y ello constituye una exigencia inevitable en la decisión fundamentada del problema contenido en nuestra fórmula. (...) Todo fin, representado como un resultado que pretende alcanzar el hombre, lleva en sí conceptualmente un elemento de condicionalidad empírica, y por ello no puede nunca ser perseguido en el sentido de un fin absolutamente justificado”.

Lo expuesto forma parte del trabajo de GRAF ZU DOHNA, A; escrito para su habilitación docente en 1905, titulado *La antijuridicidad como nota universalmente válida en los hechos de acciones punibles*. El texto transcrito ha sido extraído de uno más amplio, reproducido por JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Lecciones de derecho penal*, *ob. cit.*; pp. 178 a 180. Para una correcta interpretación de los trabajos del jurista alemán, puede leerse a ESCHER, A; *Neukantianische Rechtsphilosophie, teleologische Verbrechensdogmatik und modernes Präventionsstrafrecht. Eine biographische und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung über Alexander Graf zu Dohna (1876-1944)* (*Filosofía del derecho neokantiana, dogmática teleológica del delito y derecho penal moderno de la prevención. Un estudio biográfico e histórico-científico sobre el Conde Alexander de Dohna*), Duncker & Humblot, Berlín, 1993.

⁵¹⁰ Lo mismo cabría afirmar si, en un supuesto de hecho igual al expuesto en el texto que justifica esta nota, se alega como motivo disponer del sujeto pasivo como objeto de prueba. Según parece, observar la necesidad de defensa del proceso a la luz de la *forma* que debe seguir el mismo y sus condicionantes *sustantivos*, como se ha intentado en este trabajo, puede ayudar a racionalizar la injerencia estatal sobre los derechos del individuo, limitándola al mínimo imprescindible pero suficiente para procurar la plena y válida sustanciación del proceso. Esto es, la defensa de las garantías del proceso no constituye un motivo de la tutela cautelar, pero sí tiene relevancia en la delimitación negativa del mismo.

2) Imagínese ahora esta otra situación: de nuevo, un sujeto imputado por un delito cuya pena legal es inferior a un año de prisión, de manera que, en principio, puede celebrarse juicio en ausencia. Imaginemos además que consta en el registro de antecedentes penales una condena previa que fue sustituida conforme a las reglas del Código Penal, por lo que, ante la eventual condena, la nueva pena no será suspendida. ¿Puedo en este caso acordar una medida cautelar con el fin de evitar la fuga, y aduciendo como motivo la garantía de ejecución de la pena privativa de libertad? Parece que, en este supuesto, tanto el fin como el motivo que lo justifica (peligro cautelar concreto) son válidos conforme a derecho, de manera que la respuesta debe ser afirmativa, siempre y cuando, claro está, pueda afirmarse la peligrosidad procesal del sujeto pasivo, de acuerdo con sus circunstancias personales.

En definitiva, ha querido ilustrarse que si bien con las medidas cautelares se persiguen fines adjetivados de ese modo, no toda apelación a estos fines es válida, sino sólo aquella que responde a la existencia de una causa que los justifique. Y en relación con esto, la justicia del “tratamiento”, de la medida cautelar impuesta depende sí, del fin (idoneidad) y su justicia (correlación del fin con el fundamento), pero también de la existencia de una causa (la afirmación de un peligro cautelar concreto)⁵¹¹. Lo expuesto hasta el momento, y algunos de los conceptos introducidos en este tercer capítulo, serán de imprescindible relevancia durante la exposición del método de verificación del fundamento en el caso concreto, cometido que se aborda, específicamente, en el capítulo sexto, tras la formulación teórica de los presupuestos, que se inicia a continuación y ocupa los dos capítulos siguientes.

⁵¹¹ Recuérdese que al inicio de este capítulo se justificó la diferencia mantenida entre peligro cautelar concreto y fin: permitir identificar los casos en que la persecución de un fin, mediante la tutela cautelar, no responde a su fundamento.

CAPITULO CUARTO

VERIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL EN EL CASO CONCRETO: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

CAPITULO CUARTO.- VERIFICACIÓN DEL FUNDAMENTO DE LA TUTELA CAUTELAR PENAL EN EL CASO CONCRETO: PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

Si el género cautelar se justifica por lo que el fundamento manifiesta, debe afirmarse que sólo podrán imponerse medidas cautelares cuando esa justificación general pueda constatarse también en el concreto proceso. Esto es, *la adopción de una medida cautelar exige que se aprecie su fundamento a título particular*. Pero, ¿cómo se verifica el fundamento en el caso concreto? Mediante la concurrencia de los *presupuestos materiales*. La relación entre fundamento y presupuestos encuentra debido reflejo en el lenguaje jurídico: se dice, cuando la resolución que acuerda una medida cautelar no verifica los presupuestos, que la adopción de esa medida no ha sido fundamentada. O, afirmativamente, se apunta correctamente que una medida cautelar se encuentra fundamentada cuando la resolución que la impone ha justificado la existencia de los presupuestos⁵¹².

La determinación de los *presupuestos* se consigue trasladando los conceptos que conforman el fundamento al caso concreto y, además, comprobando aquello que el propio fundamento da por cierto: la existencia de proceso y de sujeto pasivo del mismo. Con el primer ejercicio se construirá el presupuesto tradicionalmente denominado *Periculum in Mora*, y con el segundo aquél conocido como *Fumus Boni Iuris*.

Resulta ilustrativa, como en otras ocasiones, la observación semántica del vocablo “presupuesto”. Definido como “motivo, causa o pretexto con que se ejecuta algo” y, también, como “supuesto o suposición”, el presupuesto se identifica con el resultado del acto de presuponer. “Presuponer”, a su vez, es “dar por sentado o cierto algo” o, en su segunda acepción, “requerir o considerar algo como condición previa”⁵¹³. A lo largo de este capítulo podrá comprobarse cuán reveladoras resultan estas acepciones en relación con los presupuestos de las medidas cautelares, aunque parte de esa notoriedad ya se ha manifestado en estos dos primeros párrafos.

⁵¹² Sobre la justificación formal de los presupuestos, *vid. infra*, capítulo VI § I.3.

⁵¹³ VOCES: “Presupuesto” y “presuponer”, *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 1829.

Si quieren explicarse los presupuestos de las medidas cautelares penales desde la perspectiva de la *presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado*, esto es, a partir de las consideraciones (y tratamientos) que se atribuyen (y dispensan) en el proceso penal, debe afirmarse ahora, aunque se acometerá tal cuestión posteriormente⁵¹⁴, que el *Fumus Boni Iuris* expresa una *consideración general*: desde esta óptica habrá de definirse si la consideración general exigida para acordar una medida cautelar equivale a la posibilidad, probabilidad o certeza de comisión delictiva por parte de un sujeto.

Dado que la anterior consideración no comporta, *per se*, el tratamiento que supone la adopción de las medidas objeto de este estudio, ha de afirmarse otra expresiva del motivo que lo justifica: esa *consideración especial* o “*extra*” es el *Periculum In Mora*, verdadera y específica manifestación del fundamento de la tutela cautelar penal⁵¹⁵.

Finalmente cabrá aplicar, a la afirmación de las consideraciones anteriores, las exigencias técnicas que, según se expuso, proyecta aquel derecho fundamental (y otros principios del proceso) sobre el proceso penal⁵¹⁶. De este modo se definirán, en el capítulo sexto, los presupuestos formales de las medidas cautelares penales. Antes, en el quinto, se acometerá la exigencia de proporcionalidad, cuyo respeto es indicativo de la racionalidad del alcance de la actuación estatal.

I. El presupuesto relativo al peligro: la verificación en el caso concreto de los elementos del Peligro Cautelar (tradicionalmente llamado *Periculum in Mora*).

En el presente trabajo, la construcción teórica del *PIM* ha de abordarse en relación con el *peligro cautelar*. Esto es así en tanto, reitero, el *PIM* es el presupuesto con el que se verificará en el caso concreto la existencia del fundamento cautelar (que, a su vez, ha sido identificado con el concepto *peligro cautelar*). Para el ejercicio de determinación indicado no habrán de tomarse como parámetro, en cambio, los *finés* cautelares: éstos, en tanto expresión teleológica del fundamento, resultarán mayormente atendibles

⁵¹⁴ *Vid. infra*, en este mismo capítulo, § II.1.

⁵¹⁵ Se observará en los títulos que siguen, y se concretará en el título III de este capítulo, que en la presente tesis se propone sustituir la denominación tradicional de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales por los de “imputación” y “peligrosidad procesal”.

⁵¹⁶ *Vid. supra*, capítulo I § II.4.C.

cuando, comprobada la procedencia del recurso al género cautelar mediante la concurrencia de los presupuestos, haya de decidirse, en la práctica, acerca de la idoneidad y necesidad de una concreta medida cautelar⁵¹⁷.

Si, como se viene afirmando, la determinación del *PIM* se consigue trasladando los conceptos que conforman el fundamento al caso concreto, por fuerza habrá de admitirse que el *PIM* se compone, como el fundamento, de un elemento objetivo y otro subjetivo⁵¹⁸: el primero ha de identificarse con la existencia de un *riesgo de frustración procesal* y el segundo con la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso⁵¹⁹. Procedamos, a continuación, a la determinación teórica del primero.

1. Verificación del elemento objetivo del fundamento cautelar: existencia de un riesgo de frustración procesal.

En el capítulo segundo de este trabajo se definió el *riesgo de frustración procesal* como la eventual ausencia de un requisito sustantivo del *proceso*, cuya realidad (ya no eventualidad) comporta la frustración del mismo, esto es, la imposibilidad de proseguirlo y realizar su fin, pese la vigencia de los principios de legalidad y

⁵¹⁷ Sobre la diferencia entre procedencia y necesidad, *vid. infra*, capítulo VII § I. Allí se explicará que *procede la adopción* de una medida cautelar cuando hay *motivo* para ello, pero que la *necesidad de imponerla* depende básicamente de la adecuación del tratamiento al *fin* perseguido. Lo primero se afirma a partir de la verificación de los presupuestos materiales. Lo segundo, tras la aplicación de la regla de proporcionalidad.

⁵¹⁸ Se afirmó que “(...) el fundamento de las medidas cautelares penales se identifica con la existencia de un *peligro cautelar abstracto*, y que este concepto es la suma de dos distintos, el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso*, que son los elementos objetivo y subjetivo del fundamento cautelar penal”. Esta es una de las conclusiones con que se resume la determinación del fundamento cautelar, abordada especialmente en el capítulo II § III. Para una aproximación rápida a ese fundamento, *vid.* la recapitulación formulada *supra*, en la § IV.1 de aquel segundo capítulo.

⁵¹⁹ De alguna manera se refiere a los elementos objetivo y subjetivo, aunque en un sentido distinto al que aquí se señala, DE URBANO CASTRILLO, E; en relación a la prisión provisional, cuando explica: “Pero no basta una *consideración objetiva del hecho delictivo* para acordar la prisión provisional. Se requiere, igualmente, una *consideración de las circunstancias subjetivas o personales del imputado*. (...) *Ambos presupuestos, objetivo del hecho y subjetivo del presunto autor*, conforman una especie de haz de categorías y datos a considerar en cada caso, que sirven para fundar la decisión, esto es, para expresar las razones que debe recoger la decisión (motivada) del Juez (...). Así, el TC ha afirmado que el peligro de fuga no puede expresarse como «abstracta posibilidad», sino que ha de hacerse con un *razonamiento explícito, objetivo y subjetivo*, que particularice el caso concreto (STC 156/1997, de 29 de setiembre)”, en “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en la obra colectiva *Régimen jurídico de la prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 143 (la cursiva de la transcripción es mía). El autor expone estas consideraciones en sede de *Periculum in Mora*, admitiendo que las circunstancias objetivas del hecho delictivo (tipo de delito, pena asignada al mismo, lugar y forma de realización del mismo, víctimas y daños producidos por el mismo, todos estos datos) nos ayudarán a verificar el *PIM*. Como se observará, idea que tiene muy poco qué ver con el elemento objetivo presentado en el texto principal, que justifica esta nota al pie.

necesidad⁵²⁰. Esta formulación general nos sitúa en el ámbito del *peligro cautelar abstracto*. Valorar en la práctica el riesgo para el proceso por la eventual ausencia de sus elementos sustantivos constituye un ejercicio complejo, que obliga a analizar previamente la configuración del proceso penal español vigente. Dicho análisis se acometió en el capítulo tercero, pasando del concepto *peligro cautelar abstracto* a la noción *peligro cautelar concreto*. Esta última constituye el parámetro de referencia directo para apreciar, en el caso concreto, un *riesgo de frustración procesal*. No obstante lo anterior, nunca ha de perderse de vista el *peligro cautelar abstracto*, en tanto principio justificativo de la tutela cautelar penal, ni los argumentos que condujeron a su determinación.

A) Extensión objetiva de la protección cautelar: posibilidad de acordar medidas cautelares en cualquier tipo de proceso penal.

La apreciación de un *riesgo de frustración procesal* constituye, pues, un primer (pero en ningún caso suficiente) motivo para la protección ofrecida por las medidas cautelares: que el proceso es susceptible de ser frustrado. Quiere advertirse que *todos* los procesos se resuelven acreditando (o no) la «comisión» de un hecho «delictivo» por parte de un sujeto e imponiendo la consecuencia asociada a esa declaración, esto es: todos los procesos requieren, para su efectiva conclusión, la vigencia, en mayor o menor medida, de sus requisitos sustantivos, esto es, de los elementos que integran la resolución y ejecución penales.

Con lo anterior, no puede descartarse, de entrada y de forma absoluta, el recurso a la tutela cautelar en los juicios de faltas. Tal posición denegatoria constituye una idea generalizada y argumentada, sobre todo, en la vigencia del principio de proporcionalidad⁵²¹ y, además, se enmarca en aquella tendencia, ya advertida, de

⁵²⁰ Sobre la construcción del concepto *riesgo frustración procesal* *vid.*, especialmente, *supra*, capítulo II § III.2.B. Sobre la incidencia de la eventual introducción del principio de oportunidad *vid. infra* el apartado 5 del título en que nos encontramos.

⁵²¹ Suscribo la posición económica de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P; cuando, tras la afirmar en sede de *Fumus Boni Iuris* que “se requiere que esos hechos sean delictivos (...) lo que excluye (...) la posibilidad de decretar prisión provisional cuando el hecho sea constitutivo de falta”, precisa en nota al pie: “La unanimidad de la doctrina científica y jurisprudencial en cuanto a este punto hace ociosa toda cita (...)”, en *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 128, nota al pie 268. Sí señala este autor, no obstante, una posición doctrinal discrepante con la opinión mayoritaria de exclusión de la prisión provisional en faltas (MATTES) y, además, una propuesta del GPCiU, en la tramitación parlamentaria de la actual regulación de la prisión provisional, en el sentido de instaurar la prisión provisional para faltas “en los supuestos de

analizar la tutela cautelar penal extendiendo a este género la doctrina científica y jurisprudencial relativa a la prisión provisional⁵²². Al respecto, quiere señalarse que:

a) La doctrina acostumbra a negar la posibilidad de acordar medidas cautelares en los juicios de faltas en sede de *Fumus Boni Iuris*, al hilo de la necesidad de existencia de un hecho aparentemente «delictivo». Esta sistemática no puede asumirse en este trabajo, en coherencia con la idea que cuál sea la formulación teórica del *Fumus Boni Iuris* depende del contenido que se asigne al PIM⁵²³.

b) Si para recurrir a la tutela cautelar penal se ha de verificar en el caso concreto, entre otro extremo, un *riesgo de frustración procesal*, dicho ejercicio habrá de acometerse respecto a cualquier tipo de proceso penal. Y esto es así porque la resolución de todos los juicios penales depende, en mayor o menor medida pero en todo caso, de la existencia de los elementos sustantivos afirmados en capítulos precedentes. Así que ha de sostenerse que, en principio, todo proceso penal es susceptible de frustración, por ausencia de los elementos que integran el juicio de resolución y la fase de ejecución. Cuestión distinta es que la ausencia de instrucción afirmada del juicio de faltas, la prontitud en la celebración del juicio oral (caso de los denominados juicios rápidos), o las penas legalmente previstas para la realización de una falta, hagan más difícil apreciar, en estos casos, determinados peligros cautelares. Pero esa dificultad no es motivo para negar, *a priori* y de forma generalizada, la posibilidad *abstracta* de frustración de un tipo de proceso⁵²⁴.

c) Se relaciona, normalmente, la prohibición de acordar medidas cautelares en el juicio de faltas, con la regla de *proporcionalidad*. Ciertamente, la prisión provisional, por su gravedad, ha de estimarse desproporcionada (en sentido estricto) en el

violencia doméstica” o concurriendo “las circunstancias de riesgo, habitualidad u organización”, en *ob.cit, loc. cit.*

⁵²² Encontramos un ejemplo de lo afirmado en el texto principal, en el trabajo de PASTOR MOTTA, L; que afirma: “Los presupuestos de las medidas alternativas a la prisión provisional vienen configurados de manera complementaria a los de la prisión provisional. El *fumus boni iuris* que se halla configurado por dos circunstancias: a) que el imputado lo sea por un hecho constitutivo de delito, *excluyéndose, por tanto, de adoptar alguna de estas medidas por el juicio de faltas* y b)...”, en “Las medidas alternativas a la prisión provisional”, en *Régimen jurídico de la prisión provisional, ob.cit;* p. 318.

⁵²³ En otras palabras: si el *Fumus Boni Iuris* ha de referirse a un *hecho calificable como «delictivo»* o, por el contrario, a un *hecho constitutivo de «infracción penal»* dependerá sólo y directamente de que se estime, en el primer supuesto, que sólo necesita protección el enjuiciamiento de delitos o que, en la segunda opción, todo proceso penal es merecedor de tal tipo de tutela. Al respecto, *vid. infra*, en este mismo capítulo, § II.2.B.

⁵²⁴ Cuestión distinta es que, por efecto del conocimiento práctico, el ejercicio forense excluya *a priori* la posibilidad de tutela cautelar de determinado grupo de casos.

enjuiciamiento de las faltas⁵²⁵. Pero esta conclusión no puede trasladarse sin más a la totalidad del género cautelar. Y esto porque la vigencia de la regla de proporcionalidad incide, sí, en el contenido de la concreta medida cautelar a imponer, pero no en la procedencia el recurso a la tutela de este género⁵²⁶.

Cuál sea la extensión de la protección que, en el caso concreto, puede ofrecer la tutela cautelar penal depende, más allá de la existencia de un *riesgo de frustración procesal*, de la concurrencia del resto de presupuestos materiales y de las derivaciones de la regla de proporcionalidad. En la sede que nos encontramos, por el momento, sólo puede denunciarse que no resulta válido negar dicha protección, *a priori*, respecto a ningún tipo de proceso.

B) El carácter objetivo del *riesgo de frustración procesal* y criterios para identificarlo en el caso concreto.

El *riesgo de frustración procesal* fue definido como el elemento *objetivo* del fundamento cautelar. En consecuencia, de acuerdo con el sistema propuesto, el mismo carácter ha de afirmarse cuando dicho riesgo se integra en el presupuesto que ahora analizamos: el *PIM*.

Que el *riesgo de frustración procesal* tiene carácter objetivo ha sido sostenido con los siguientes argumentos: (1) por un lado, porque identifica el *objeto* de protección cautelar y (2) por otro, porque su apreciación, esto es, afirmar que el proceso es susceptible de frustración, depende mayormente de la observación de parámetros *objetivos*, cuáles son las normas jurídicas que regulan el proceso. El *riesgo de frustración procesal* es, así, un concepto objetivo tanto por razón de su contenido como de su apreciación.

Sucede que, aunque objetivo, el alcance de los requisitos sustantivos del proceso (y, por ende, el *riesgo de frustración procesal*) no es uniforme ni constante. Y esto por la propia diversidad de tipologías procesales y la progresiva delimitación del objeto del proceso. Por lo anterior, si bien ha de atenderse a lo abstractamente señalado, en el capítulo segundo, respecto al modo de apreciar la existencia de un *riesgo de frustración*

⁵²⁵ Vid. *infra*, en el capítulo V § III, los efectos de la proporcionalidad *strictu sensu* en el juicio cautelar.

⁵²⁶ Lo que se acaba de afirmar puede observarse en el propuesta de método de resolución que se presenta *infra*, en el capítulo VII § I.

procesal, no pueden obviarse tampoco algunas ideas que han de regir ese ejercicio en el caso concreto. Recopilo a continuación estos extremos:

1) En principio, el *riesgo de frustración procesal* se observa a partir del conocimiento de los requisitos sustantivos del proceso (esto es, de aquellos elementos necesarios para la válida prosecución y realización del proceso penal) y el estudio de los efectos asociados a la ausencia de esos requisitos. Pero, con esto:

2) Ha de advertirse que los requisitos sustantivos del proceso no son *absolutos*, en el sentido que no son legalmente exigidos con el mismo alcance en todos los casos. Por esta circunstancia se justifica alguna de las precisiones que se formularán (*vid. infra*, punto quinto).

3) Con lo anterior, ha de observarse que los requisitos sustantivos del proceso no son en todo momento *ciertos e inmutables*, por lo que la apreciación del *riesgo de frustración procesal* quedará condicionada a la variación, por la propia evolución del proceso, de los requisitos exigidos al mismo (*vid. infra* el punto séptimo).

4) Además, debe tenerse en cuenta que la afirmación de un *riesgo de frustración procesal* se consigue observando cuáles serían los efectos de su materialización. Y tampoco esos efectos pueden afirmarse con carácter absoluto ni certeza, sobre todo cuando interaccionan, con los requisitos sustantivos, exigencias formales (*vid. infra*, punto sexto).

Con lo que se acaba de precisar, puede parecer que el *riesgo de frustración procesal* es un concepto de difícil examen en el caso concreto. Por este motivo, en el capítulo anterior se acercó en parte tal ejercicio, observando el alcance y la fijación de los elementos sustantivos exigidos en el proceso penal español vigente⁵²⁷. Allí se fijaron como riesgos de frustración procesal:

5) La *ausencia o indisponibilidad, física y jurídica, del sujeto pasivo del proceso*⁵²⁸. La presencia, física y jurídica, del sujeto pasivo es uno de los requisitos sustantivos que condiciona la evolución del proceso penal. Pero resulta que dicha presencia física no es exigida en todos los procesos penales, ni en la ejecución de todo tipo de penas. De manera que, sólo cuando la presencia sea *requisito ineludible* para la

⁵²⁷ *Vid. supra*, capítulo III § III y, a modo de recapitulación, § IV.1 de aquel mismo capítulo.

⁵²⁸ *Vid. supra*, específicamente, capítulo III §§ III. 1 y IV.1.A.

declaración o ejecución penales, habrá de apreciarse la existencia objetiva de un *riesgo de frustración procesal*.

6) La *indeterminación del hecho o del sujeto*⁵²⁹. Esta situación vendrá dada por la eventual manipulación o desaparición (por ocultación o destrucción) de fuentes y medios de prueba. Fuentes y medios de prueba que son utilizados para comprobar, en distintos estadios del proceso y también con distinta gradación, la existencia del hecho, su carácter «delictivo», su atribución al sujeto enjuiciado y demás circunstancias que excluyan los conceptos “infracción” y “pena” o modifiquen la responsabilidad.

Pero el efecto que va a provocar ese material probatorio sobre la resolución penal no puede afirmarse rotundamente, pues ello dependerá de la práctica probatoria y de la valoración judicial de la prueba. Y si no es cierto el efecto que provoca el material probatorio, tampoco puede serlo la consecuencia que quepa asignar a su ausencia. En otras palabras, los efectos de la materialización del riesgo no pueden ser afirmados con *certeza*. Este dato ha de modular especialmente el juicio de apreciación de este *riesgo de frustración procesal*: para afirmarlo habrá de señalarse la relevancia, al menos aproximada, del objeto a proteger, no resultando válida, pues, mediante la tutela cautelar, la persecución de una protección genérica de fuentes o medios de prueba.

Existe, además, otra circunstancia que ha de tenerse en cuenta a la hora de estimar la existencia de este *riesgo de frustración procesal*: que la ausencia del indicio no se deba a su inexistencia, sino a su ocultación. Para acordar una medida cautelar por este motivo, habrá de tenerse alguna pista de que el indicio existe⁵³⁰. Otro parámetro más para ser cautos en la afirmación de este riesgo para el proceso.

7) La *insolvencia provocada del sujeto pasivo del proceso*⁵³¹. Dicha insolvencia va a impedir que pueda ejecutarse una eventual pena de multa. Para la apreciación de este *riesgo de frustración procesal* ha de atenderse especialmente a la eventualidad que esa pena sea impuesta o a que, por el contrario, por aparecer ya insolvente durante la sustanciación del proceso el sujeto pasivo, esa pena vaya a ser sustituida por otra que no comporte una obligación pecuniaria⁵³². Y ante una nueva situación de solvencia de ese

⁵²⁹ Vid. *supra*, específicamente, capítulo III §§ III. 2 y IV.1.B.

⁵³⁰ Obviamente, se admite que dicha pista o indicio puede ser débil o impreciso. De conocerse con mayor claridad la existencia y ubicación de la fuente o medio concretos, lo procedente sería practicar una diligencia de investigación dirigida a obtener dicha fuente.

⁵³¹ Vid. *supra*, específicamente, capítulo III §§ III. 4.B y IV.1.C.

sujeto, ha de redefinirse y valorarse, nuevamente, el *riesgo de frustración procesal*⁵³³. Las mismas revisiones habrán de realizarse ante la apreciación, a lo largo del proceso, de un hecho delictivo más gravoso, o ante la acumulación de acciones: en definitiva, cuando la variación del hecho enjuiciado implique la eventual imposición de una pena privativa de libertad⁵³⁴.

Con lo dicho hasta el momento, puede afirmarse la *abstracta posibilidad* de un peligro para el proceso. Esto es, con la apreciación de un *riesgo de frustración procesal*, se asevera que la *indisponibilidad física y jurídica del sujeto pasivo* (por ejemplo) constituye un peligro para determinados tipos de procesos. Pero esa afirmación no es suficiente para acordar una medida cautelar, lo que nos lleva a la necesidad de introducir dos extremos más en este análisis.

El primero, que los presupuestos se examinan y afirman, en su caso, de forma puntual, es decir, en un momento concreto del concreto proceso. Desde esta perspectiva ha de admitirse la relevancia del *estadio procesal* en que nos encontramos en el momento de analizar los presupuestos. Se ha sostenido en otros lugares, y en este mismo trabajo, que el tiempo de duración del proceso constituye la *ocasión para materializar* un *riesgo de frustración procesal*. Y son los efectos de esa eventual materialización los que nos permiten afirmar, o no, la existencia de un *riesgo de frustración procesal*. Puede suceder que, en función del estadio procesal en que nos encontramos, no exista tal ocasión para la materialización del riesgo. En ese caso, habrá de negarse la existencia de un *riesgo de frustración procesal*. Por ejemplo, ante la celebración inmediata de la

⁵³² A la protección cautelar de la ejecución de la sentencia de días multa ha de sumarse lo complicado de la determinación de la cuantía y, por tanto, del alcance de la protección que la medida ha de dispensar. Sobre aquella dificultad, *vid.* CACHÓN CADENAS, M; “La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado”, en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multa* (coord. Por Joan Picó Junoy), Bosch, Barcelona, 2001, pp. 173-222.

⁵³³ Obviamente, tal ejercicio interesará en mayor medida a la defensa, que debe estar pendiente de las modificaciones en el estado económico de su defendido y ponerlo de manifiesto ante el tribunal. Sobre la introducción de los indicios cautelares en el proceso, *vid. infra*, capítulo VII § I.1.D. Sobre la modificación de la tutela cautelar impuesta en un proceso, *vid. infra*, en aquel mismo capítulo, § II.3.

⁵³⁴ En tal supuesto interesará a la acusación particular, al Ministerio Fiscal y, obviamente, al propio Juez, poner de manifiesto la necesidad de revisar la tutela cautelar.

conformidad en la guardia, ha de negarse la ocasión para la materialización de un riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto⁵³⁵.

Situándonos nuevamente en la previsión abstracta de los presupuestos (y aquí el segundo extremo referido en líneas precedentes), quiere reiterarse que la *abstracta posibilidad* de un riesgo para el proceso no es apreciación suficiente para acordar una medida cautelar penal: no basta que, por ejemplo, *la fuga sea un peligro* (para el proceso) sino que es necesario que *exista peligro de fuga* (por parte del sujeto pasivo del proceso). A esta segunda apreciación se destina el elemento analizado a continuación: la *peligrosidad procesal*.

2. Verificación del elemento subjetivo del fundamento cautelar: la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso.

La *peligrosidad procesal potencial* se definió, en momentos anteriores de este estudio, como aquella “aptitud y actitud para materializar un riesgo de frustración procesal”. Se advirtió también que esta cualidad sólo justifica el recurso a la tutela cautelar cuando del sujeto pasivo se predica⁵³⁶. Se dijo además, desde la óptica de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, que la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso es la *consideración especial* que permite el *tratamiento* identificado con la imposición de una *medida cautelar penal*. La precisión de lo recordado constituye el contenido de los apartados que siguen.

A) Lo subjetivo e hipotético de este elemento. Componentes de la *peligrosidad procesal*.

Del mismo modo que se afirmó respecto al *riesgo de frustración procesal*, el carácter (ahora *subjetivo*) que ha de atribuirse a la *peligrosidad procesal*, lo es tanto por razón del contenido como de su apreciación. Y es que la *peligrosidad procesal* que justifica el género cautelar (1) lo es de un *sujeto* (concretamente, del pasivo del proceso, aunque pueden ser peligrosos procesalmente otros sujetos) y (2) su apreciación constituye una

⁵³⁵ Más precisiones respecto a la apreciación del *riesgo de frustración procesal* en el caso concreto, *infra*, en el capítulo VII § I.1.E.a.

⁵³⁶ Sobre la construcción del concepto *peligrosidad procesal* *vid.*, especialmente, *supra*, capítulo II § III.2.C.

valoración basada, no en normas jurídicas, sino en datos relativos a la posición y circunstancias de aquel *sujeto*.

Además de subjetivo, el de apreciación de la *peligrosidad procesal* constituye un juicio de prognosis, más incierto del que cabría observar en la afirmación de un *riesgo de frustración procesal*. Este mayor grado de incertidumbre se debe a los parámetros a partir de los que se afirman uno y otro elemento: circunstancias personales, que han de ser objeto de *valoración*, para el primero; normas jurídicas, que pueden ser objeto de *interpretación*, para el segundo⁵³⁷.

En definitiva, el pronóstico que se expresa con este elemento subjetivo es de *peligrosidad del sujeto pasivo para materializar un riesgo de frustración procesal*. Pero, ¿en qué consiste esa peligrosidad? ¿Cuáles son, o pueden ser, los componentes de la *peligrosidad procesal*? ¿Y cómo cabe acreditarlos? El análisis que sigue, y que intentará dar respuesta a estas preguntas, se acometerá desde la perspectiva del que ha sido afirmado en esta tesis elemento subjetivo del fundamento cautelar. Así que nos referiremos al contenido de la *peligrosidad procesal potencial*. Ese mismo contenido puede afirmarse de la *peligrosidad procesal real* pero en este caso habrá de entenderse, ya no como hipótesis, sino con carácter cierto. En otras palabras, y avanzando conceptos: el contenido de la peligrosidad procesal, los elementos que la identifican son la *disposición material* y la *ánimica* del sujeto. Y esto vale tanto para cuando dicha peligrosidad es sólo una *potencia* como cuando esta ya se ha convertido en acto y es, entonces, *real*. La diferencia entre ambos tipos de peligrosidad radica en que, mientras en la *potencial* aquellas disposiciones se observan de forma *hipotética*, en la *real* se pueden afirmar con *certeza*. Todo depende si previamente se ha llevado a cabo o no un acto de frustración procesal⁵³⁸.

⁵³⁷ Los dos juicios constituyen una afirmación de futuro y, por tanto incierta: apreciar un *riesgo de frustración procesal* requiere preguntarse qué pasaría ante la ausencia de los requisitos sustantivos del proceso. La *peligrosidad procesal potencial*, pronosticar si el sujeto materializaría aquel riesgo de frustración procesal. Ambos se determinan en referencia a un hecho futuro y condicional (*qué pasaría y materializaría*) afirmado en base a parámetros presentes. Es, precisamente, la certeza que esos parámetros son capaces de ofrecer, lo que diferencia el juicio de prognosis de ambos elementos, objetivo y subjetivo. Así, mientras las normas jurídicas son susceptibles de *interpretación*, las circunstancias (aunque sean objetivadas) del sujeto son objeto final de *valoración*. Eso aumenta lo incierto del juicio de peligrosidad procesal. Y mientras los *efectos* de la materialización del riesgo son en la mayoría de ocasiones claros (excepto por lo dicho en los actos de “ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medio de prueba”), no sucede así con las *inferencias* que, para examinar la peligrosidad procesal, hayan de desprenderse de las circunstancias personales del imputado.

⁵³⁸ Por este motivo, el título de este subapartado se refiere al contenido de la peligrosidad procesal, en general, sin especificar el tipo de ésta. No obstante, y de acuerdo con la determinación del elemento

Básicamente, la capacidad objeto de estudio en estas páginas, la que integra el elemento subjetivo del *PIM*, ha de identificarse con la *capacidad de acceso y alteración del objeto específico de la protección cautelar*. En esta idea han de observarse dos extremos de cabal importancia para el análisis del denominado *PIM*:

1) Por un lado, que su elemento subjetivo (*peligrosidad procesal*) se analizará, en el caso concreto, respecto al elemento objetivo apreciado (*riesgo de frustración procesal*). Esto es, dado que lo analizado mediante el elemento subjetivo es la potencialidad del sujeto pasivo *para frustrar el proceso*, tal potencialidad ha de valorarse en relación a la protección que objetivamente necesita el concreto proceso. Y el ámbito objetivo de dicha protección se identifica, en la tesis propuesta, con la concreta apreciación de uno o varios riesgos de frustración procesal. Esto condicionará, sin duda, la concreta estructura del juicio de resolución cautelar⁵³⁹. Pero además, y condicionando también la estructura del análisis de los presupuestos, ha de advertirse que:

2) Para definir la *peligrosidad procesal potencial* se han empleado los términos *aptitud* y *actitud*, y para presentar su contenido, los sustantivos *capacidad*, *acceso* y *alteración*. ¿Cómo interrelacionar estos referentes? Pese a que se intentará aclarar en este mismo epígrafe, ha de partirse de la idea que el análisis de la *peligrosidad procesal* se acomete en dos direcciones: (a) por un lado, en referencia al *objeto* de esta capacidad (lo que responde a la pregunta: *capacidad ¿para qué?* Para acceder y alterar determinados elementos) y (b) por otro, a la distinta *disposición* que integra esa capacidad (con lo que preguntaríamos *¿qué capacidad* tiene el sujeto pasivo para acceder y alterar el objeto de protección? Si la tiene *material* cercioraremos su *aptitud*, si la tiene *ánimica*, su *actitud*). Unas breves precisiones terminológicas nos ayudarán a ordenar los componentes de la *peligrosidad procesal potencial*.

Ya se ha dicho, el contenido de la *peligrosidad procesal potencial* se identifica, en este trabajo, con la *capacidad* de acceso y alteración. La *capacidad* puede ser definida como

subjetivo del fundamento cautelar afirmado en el segundo capítulo de este trabajo, la concreción de los elementos de la *peligrosidad procesal* se acometerá expresamente respecto a la “potencial”. Se formularán mayores precisiones respecto a la relación y diferencias entre *peligrosidad procesal potencial* y *peligrosidad procesal real* en el apartado E de esta misma sección.

⁵³⁹ *Vid.*, respecto a dicha estructura y el orden de análisis de los presupuestos, *infra*, capítulo VII § I.1.A.

la “cualidad o circunstancia consistente en ser capaz de cierta cosa”⁵⁴⁰, en ser capaz de frustrar el proceso, para lo que ahora interesa. En mi opinión, la conjunción disyuntiva de aquella definición ha de tomarse como indicador de diferencia: la capacidad ha de observarse en relación a las circunstancias y a las cualidades, siendo las *circunstancias* aquellas situaciones que relacionan hecho y sujeto o que, privativas del hecho o del sujeto, influyen materialmente en esa relación, y las *cualidades* aquellos caracteres que informan y conforman la manera de ser de alguien. Y es que la *peligrosidad* no es más que la cualidad de peligroso. Y la *peligrosidad procesal*, la aptitud y cualidad de que dispone alguien para frustrar el proceso⁵⁴¹. Frustración que se lleva a cabo mediante el acceso y alteración de los elementos esenciales de la resolución penal.

Así puede sostenerse, como se viene haciendo, que la *peligrosidad procesal potencial* es aquella *aptitud y actitud* del sujeto pasivo para materializar un *riesgo de frustración procesal*, mediante el *acceso y alteración* de los *elementos esenciales de la resolución penal* (a partir de los que, recuérdese, se ha construido el concepto *riesgo de frustración procesal* en el segundo capítulo).

En otro orden de consideraciones, quiere completarse este breve excursus terminológico con la referencia a otro sustantivo, la *disposición*, con que se sintetizará e identificará el contenido de la peligrosidad procesal potencial. Respecto al mismo, sólo apuntar la relación que lógicamente une *capacidad y disposición*, ambos sinónimos, a su vez, de *aptitud*⁵⁴².

Con esto, puede ya intentar sistematizarse el *contenido* de la peligrosidad procesal potencial. Ésta se conforma de dos elementos:

a) *Disposición material o aptitud* para materializar un riesgo de frustración procesal.- La *disposición* es, además de un sinónimo de *aptitud*, la acción y efecto de poner algo en situación conveniente⁵⁴³, para lo que nos ocupa, en situación conveniente para la frustración del proceso. Y esa *posibilidad de actuación* sobre “algo” requiere, en

⁵⁴⁰ VOZ: “Capacidad”, en el *Diccionario de uso del Español* (María Moliner), *ob.cit*; p. 506.

⁵⁴¹ Resulta significativo que la definición de la VOZ: “capacidad”, con la que se ha iniciado este excursus terminológico, sea identificada, en el *Diccionario de la lengua española...* (*ob.cit*; p. 435) con los términos *aptitud y cualidad*.

⁵⁴² VOZ: “aptitud”, en el *Diccionario de sinónimos y antónimos*, Larousse, 2003, p. 76.

⁵⁴³ VOCES: “disposición” y “disponer”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob. cit*; p. 837.

primer lugar e indudablemente, la capacidad de acceder materialmente a ese “algo” y, además, la concurrencia en la persona de los mecanismos suficientes para variar la situación actual de ese “algo”. Reconozco que la utilización del pronombre indefinido entrecomillado carece de la mínima precisión requerida en un trabajo de investigación: ¿qué es ese “algo” (sobre el que el sujeto puede actuar y provocar, con ello, la frustración del proceso)? Ese “algo” se determina en función del riesgo de frustración procesal apreciado en el caso concreto e identifica el objeto específico de la protección cautelar que, a su vez será, lógicamente, uno de los requisitos sustantivos del proceso. En definitiva, la *aptitud* ha de valorarse en referencia a la *disponibilidad* del *requisito sustantivo* a cuya protección se dirige la tutela cautelar. Esto es: ¿puede disponer el sujeto de él mismo, de su libertad de movimientos? ¿Puede disponer del dinero que se estima será necesario para satisfacer una eventual pena de multa? ¿Puede disponer el sujeto de las fuentes y medios de prueba no hallados pero probablemente existentes? En definitiva, ¿está en disposición o tiene capacidad material para acceder y alterar cada uno de los elementos esenciales de la resolución penal? Se trata, y es importante, de una disposición *material*, no jurídica⁵⁴⁴. Tampoco, todavía, anímica.

Quiere precisarse, en este momento, que la *capacidad de acceso y alteración* puede ser *mediata* o *inmediata*. Cabrá afirmar esta última cuando el sujeto tiene capacidad directa para acceder y alterar el objeto específico de la protección cautelar. Cuando, para esto, necesite de la ayuda o intermediación de un tercero, la capacidad a afirmar será mediata. Que se aprecie una u otra influye, lógicamente, en las medidas idóneas para evitar la materialización de dicha capacidad..

b) *Disposición anímica* o *actitud* para materializar un riesgo de frustración procesal.- Más allá de aquella disposición material o aptitud, para la apreciación de la peligrosidad procesal ha de atenderse a una especie de *disposición anímica* o *predisposición para materializar el riesgo de frustración procesal*. La *predisposición* es, a su vez, la acción y efecto de preparar o disponer anticipadamente algo o el ánimo de alguien para un fin determinado⁵⁴⁵. Evaluar la predisposición de una persona para frustrar el proceso constituye un complicado juicio de prognosis y de alta valoración

⁵⁴⁴ Pese a que ha de admitirse la incidencia de algunas disposiciones jurídicas en la disposición material: así se observará, en breve, en relación a los indicios que permiten valorar la disposición material.

⁵⁴⁵ VOCES “predisposición” y “predisponer”, en el *Diccionario de la Lengua...; ob. cit;* p. 1820.

subjetiva pues, como el dolo, se refiere a los *elementos intelectuales y afectivos* del sujeto⁵⁴⁶. Salvando, claro está, una importantísima diferencia entre el dolo y este ánimo tendencial: y es que mientras el dolo se examina con posterioridad a la realización del acto a que se refiere, la *peligrosidad procesal potencial* ha de afirmarse antes de la realización del acto de frustración del proceso, en tanto evitarlo es el fin de la tutela cautelar⁵⁴⁷. De hecho, para evitar la asociación de esta parte del contenido de la peligrosidad procesal potencial con el problema metafísico relativo al determinismo y el libre albedrío, se prefiere utilizar en esta tesis, para identificar la *disposición anímica*, los sustantivos *actitud* o *cualidad* (para materializar un riesgo de frustración procesal), en lugar de *predisposición*⁵⁴⁸.

Identificados sus elementos, cabe preguntarse: ¿cuál es el *contenido mínimo* de la peligrosidad procesal potencial? Esto es, de lo expuesto, ¿qué ha de apreciarse, como mínimo, para poder afirmarla? Avanzando la posición que se defenderá más adelante, puede indicarse que, en la tesis propuesta, *el recurso a la tutela cautelar requiere la apreciación de la disposición material y anímica del sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal*.

No se califica, lo anterior, como una conclusión porque ni ultima la cuestión ni es la “solución” a uno de los tantos problemas asociados al derecho penal preventivo. Exigir la disposición material y anímica del sujeto es una posición que intenta ser coherente con el fundamento propuesto, y que forma parte del desenlace de esta tesis. No concluye

⁵⁴⁶ Así califica JIMÉNEZ DE ASÚA, en un repaso a la construcción dogmática del dolo, el grupo en que cabe incluir el conocimiento, la voluntad, la conciencia, la intención y el fin; en *Lecciones de Derecho..;* *ob.cit;* p. 240 a 242.

⁵⁴⁷ A lo largo de las páginas siguientes (y aún en el último capítulo), volveré sobre esta idea: el pronóstico requiere juicios distintos a la estricta comprobación.

⁵⁴⁸ Pese a que quiera excluirse del objeto de este estudio no puede negarse la gran relevancia, en relación a la acción humana, de la discusión acerca del determinismo y el libre albedrío (y aún entre las diferentes tesis deterministas, las distintas nociones de “libertad” o aquella postura ecléctica llamada “compatibilismo”). Dado que el análisis de la peligrosidad procesal se aborda en referencia a una acción humana, que en materia cautelar ha de predecirse, las tesis relativas a las causas que mueven al sujeto a actuar y la responsabilidad del mismo en función de esas causas residen en el sustrato de los indicios que permiten observar la peligrosidad procesal potencial, entre otros lugares de este trabajo. Sobre el determinismo, el libre albedrío y la responsabilidad por los propios actos, puede leerse, por ejemplo, a NINO, CS; *Los Límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980 (especialmente pp. 359 y ss). Este autor sintetiza su posición, aunque introduciendo “algunas variaciones relevantes en la presentación del problema” (el entrecomillado es advertencia literal del mismo autor), en *Introducción a la filosofía de la acción..;* *ob.cit;* pp. 101 a 109). Puede leerse una interesantísima visión sobre los condicionantes de la acción en MARINA, JA; *La inteligencia fracasada*, Anagrama, Barcelona, 2006.

porque aquella afirmación habrá de ser objeto de matices, derivados nuevamente tanto del carácter preventivo de esta tutela como de su función de defensa del proceso.

En primer lugar, y se analizará *infra*, ha de atenderse a lo incierto del juicio de prognosis identificado con la apreciación de la disposición anímica: por ahora baste indicar que el *grado de certidumbre* sobre la probable conducta futura del sujeto condicionará la posibilidad de imponer la medida de prisión provisional⁵⁴⁹.

En segundo lugar, remitiendo también su concreción a momentos posteriores, ha de observarse el elemento teleológico que informa este tipo de tutela: si la defensa (o incluso el Ministerio Fiscal) consigue argumentar y convencer al juez (o el Juez lo aprecia por sí sólo) que no existe disposición anímica por parte del sujeto o, en su caso, que ésta no es en cierto modo cualificada, el juez no podrá recurrir a la tutela cautelar o no incluir en las posibles medidas a acordar la prisión provisional, respectivamente⁵⁵⁰.

La distinción entre disposición material y anímica tiene importantes consecuencias respecto al análisis, en el caso concreto, del recurso a la tutela cautelar. Pero la exposición de aquéllas requiere hacer previa referencia a los indicios cautelares y su tratamiento, así como la estructura del juicio cautelar o método de adopción de las medidas de este género⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ El grado de certidumbre (o cabría decir mejor incertidumbre) dependerá de los indicios que se hayan tenido en cuenta para afirmar la disposición anímica. Puedo adelantar una de las propuestas que incluidas en el presente trabajo, que he dado en llamar “régimen situacional” y que permite sujetar la adopción de la prisión provisional a un determinado grado de certidumbre en la peligrosidad procesal advertida. La propuesta, pretende, en definitiva, enlazar la adopción de la prisión provisional con la calidad del motivo que la justifica. En esta relación radica, en mi opinión, el correcto entendimiento de la subsidiariedad de la prisión provisional. No en la proporcionalidad *strictu sensu*. Respecto a la propuesta teórica de “régimen situacional” *vid. infra* capítulo V § II.2 y, sobre su aplicación práctica, capítulo VII § I.2.

⁵⁵⁰ *Loc. cit.* en nota al pie anterior.

⁵⁵¹ Por este motivo, razones sistemáticas aconsejan no centrar todas las implicaciones de la distinción entre disposición material y anímica en un solo apartado: al contrario, se inició en el segundo capítulo un razonamiento, intermitente, cuyas últimas consecuencias no se percibirán completamente hasta el capítulo séptimo de este trabajo. En la sede que nos encontramos, se han fijado y distinguido los elementos de la peligrosidad procesal y, en breve, se tomará posición acerca del *contenido mínimo* de la que permite el recurso al género cautelar. Más adelante, se apuntará que la distinción expresada en el texto principal puede ser usada como criterio para atender a la tan pregonada e insatisfecha subsidiariedad de la prisión provisional (*vid. infra, loc.cit* en nota al pie anterior). La exposición de los efectos que, de la distinción entre *disposición material* y *anímica*, deriven para la *necesidad* de imponer una medida cautelar, serán objeto de exposición en el capítulo séptimo. Incluso en el escrito anexo titulado “análisis ideológico de las medidas cautelares penales” se incidirá nuevamente en la cuestión.

B) Posibilidades de objetivación del juicio de peligrosidad procesal: el indicio cautelar.

Retomemos lo afirmado al inicio del apartado anterior (esto es, que la *peligrosidad procesal potencial*, ha de ser calificada como un elemento subjetivo), para preguntar ahora: ¿tiene este elemento posibilidades de ser objetivado? Esto es, ¿ha de pretenderse que el Juzgador afirme esa aptitud y actitud en base a elementos objetivos, alejando al máximo la decisión de posiciones apasionadas? Al respecto, se afirma rituariamente que la adopción de una medida cautelar ha de estar basada en *indicios* racionales de criminalidad así como en un juicio acerca de su razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta, en atención a las *circunstancias* concurrentes⁵⁵².

Objetivar la apreciación del *PIM* (de la *peligrosidad procesal potencial*, en la tesis que se presenta) no es tarea sencilla. No lo es porque una supuesta desvinculación subjetiva y emocional del juzgador es esencialmente contraria a la condición humana de quien juzga. Cuestión distinta es que, para impedir la arbitrariedad en la adopción de medidas cautelares, se obligue al juez a basar su decisión en circunstancias, conductas o elementos objetivos, en el sentido que existen verdaderamente en la realidad material⁵⁵³. A esas circunstancias, conductas o elementos objetivos les llamaré *indicios*. Entonces el *indicio*, en la tesis propuesta, es aquel *elemento, conducta o circunstancia objetiva, existente por tanto en la realidad, en que se basa la apreciación de la peligrosidad procesal*⁵⁵⁴.

Aunque será objeto de análisis pormenorizado más adelante, quiere ahora señalarse una semejanza entre el tratamiento del indicio cautelar y el de aquél que, como resultado de una prueba indirecta⁵⁵⁵, se utiliza para fundamentar la condena: ambos han de ser, tras

⁵⁵² Por todas, STC 128/1995, de 26 de julio.

⁵⁵³ VOZ: “arbitrariedad”, en el *Diccionario de la Lengua.*; *ob.cit.*, p. 194: “Acto de proceder, contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho”. Ciertamente, parece que la necesidad de acreditar unos presupuestos materiales de adopción de medidas cautelares puede asociarse a la interdicción de arbitrariedad, pero si esos indicios pudieran afirmarse en base sólo a opiniones del juez desvinculadas de toda realidad material, la exigencia de los presupuestos sería “papel mojado”.

⁵⁵⁴ Esta definición será objeto de matiz en el capítulo séptimo, al hilo del tratamiento del indicio en la adopción de medidas cautelares (*vid. infra*, capítulo VII § I.1.C.b)

⁵⁵⁵ Se toma la idea de prueba indirecta de CARNELUTTI, que la identifica con aquélla que “consiste en un hecho diverso del hecho a probar” (*Lecciones sobre...*; *ob.cit.*; pp. 296 a 299). Ese “hecho diverso” es el hecho indiciario, que no nos permite una certeza sino una probabilidad. Sólo un grado de probabilidad tan alto que equivalga a la certeza permitirá la condena.

la *interpretación objetiva* de la diligencia (de investigación o probatoria), *valorados libremente* por el juzgador⁵⁵⁶.

Pero el asunto de la objetivación ha de ir más allá y relacionarse con lo que de predicción tiene el juicio cautelar. Es precisamente en las apreciaciones con mayor carácter vaticinante, donde se percibe la diferente *función* del indicio cautelar y de la que éste cumple en el ámbito probatorio⁵⁵⁷. En los juicios destacadamente hipotéticos, el indicio es la base fáctica de una *predicción*, esto es, de la afirmación de la posibilidad que algo *suceda en el futuro*. En cambio, en el ámbito probatorio, el indicio es la base fáctica de una *comprobación*, esto es, de la afirmación de la posibilidad que algo *sucedió en el pasado*. Obviamente, que un hecho acaeció es comprobable. Que un hecho sucederá sólo predecible o previsible. Y mientras la comprobación puede llevarnos a afirmar una posibilidad tan alta que equivalga a la certeza jurídica, no así la predicción. Por eso la apreciación de peligrosidad procesal potencial constituye un juicio mayoritariamente *hipotético*, en tanto dudoso o incierto. Ha de precisarse que (1) cuánto más hipotético es el juicio a realizar, mayor relevancia cobra la *valoración* del indicio y que (2) lo acertado de aquel juicio habrá de evaluarse por la *lógica* de las inferencias deducidas a partir de los indicios o circunstancias objetivas.

Con lo anterior ha de concluirse que el indicio cautelar es, además de *básico*⁵⁵⁸, de carácter *fáctico*⁵⁵⁹, *objetivo*⁵⁶⁰, que ha de ser *objetivamente interpretado y libremente valorado* por el juez. Este enfoque sin duda ha de relacionarse con lo que *infra* se dirá acerca del tratamiento judicial del indicio⁵⁶¹ y del contenido de la ley que regule la

⁵⁵⁶ Vid. *infra* capítulo VI § I.1.C.c.

⁵⁵⁷ Sobre “la función del indicio en el proceso penal”, vid el trabajo, de este modo titulado, de SERRA DOMÍNGUEZ, M; en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 699 a 711.

⁵⁵⁸ Los indicios son básicos en el juicio de resolución cautelar porque actúan como *base de la predicción* que supone la apreciación de *peligrosidad procesal*.

⁵⁵⁹ Nuevamente, los *hechos* cobran notoria relevancia en el juicio de resolución penal. Se observará como toda inferencia dirigida a afirmar la peligrosidad procesal parte, de un modo u otro, de unos hechos (por ejemplo, situación familiar del imputado, hechos cometidos por el imputado anteriormente, hechos por los que se enjuicia al imputado, padecimiento de una determinada enfermedad por parte del imputado, etc.)

⁵⁶⁰ En tanto existe en la realidad y es constatable.

tutela cautelar: avanzando algunas ideas en materia de legalidad, puede ahora señalarse la conveniencia que (1) los posibles indicios sean enunciados en la ley, (2) esa enumeración *no* tenga un carácter taxativo o de *numerus clausus*, (3) la inferencia que el juez haya de deducir de tales indicios no se encuentre fijada en el texto legal y, en cualquier caso, si se encuentra en él prevista, sea en determinados supuestos y siempre de carácter *iuris tantum*⁵⁶².

C) Circunstancias objetivas a partir de las que valorar la peligrosidad procesal y posibles inferencias.

Los elementos, circunstancias y conductas objetivas en que se basa la apreciación de la peligrosidad procesal potencial (los indicios, en definitiva) son susceptibles de ser clasificados, por lo menos, de dos formas distintas:

a) En tanto la peligrosidad procesal se determina en relación a un determinado *riesgo de frustración procesal*, también en referencia a este riesgo podrían explicarse los indicios de peligrosidad procesal potencial. De hacerlo así, cabría hablar de elementos indicativos de la potencialidad para materializar el riesgo de fuga; de ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, o de indicios que permiten afirmar la disposición material y anímica del sujeto pasivo para provocar la propia insolvencia⁵⁶³.

b) En tanto la peligrosidad procesal potencial se compone de la disposición *material* y de la *anímica*, ambas podrían ser los parámetros bajo los que agrupar los indicios que permiten valorar dicha peligrosidad. En este caso, hablaríamos de indicios aptos para inferir la *disposición material* o *capacidad de acceso y alteración* del elemento objeto de protección, e indicios idóneos para evaluar la *disposición anímica* del sujeto a la materialización del riesgo.

⁵⁶¹ Nuevamente he de remitir al capítulo VII § I.1.C.b.

⁵⁶² *Vid. infra*, en este mismo capítulo, § I.2.C.b.

⁵⁶³ Pese al criterio clasificatorio apuntado (relación del indicio con el riesgo de frustración procesal), en el texto principal se ha utilizado la referencia concreta al *fin*, por motivos de síntesis expositiva (el fin se expresa de manera más corta, normalmente). De haberse relacionado indicios con el *riesgo de frustración procesal*, la clasificación de aquéllos se habría cifrado en las siguientes categorías: (1) elementos indicativos de la potencialidad para materializar un riesgo de indisponibilidad física y jurídica del sujeto pasivo del proceso, (2) elementos indicativos de la potencialidad para materializar un riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto y, (3) este igual, elementos indicativos de la potencialidad para materializar un riesgo de insolvencia provocada del (y por el) sujeto pasivo del proceso.

Estimo que, sin otorgar más relevancia de la que corresponde a los ejercicios clasificatorios, la segunda opción aporta mayor claridad expositiva y beneficios sistemáticos. Lo primero, porque un mismo hecho o circunstancia puede ser indicativo de la aptitud para materializar distintos riesgos de frustración procesal, mientras que la separación entre los indicios que actúan como base a la disposición material y los que lo hacen respecto a la disposición afectiva es más nítida. Lo segundo, y más relevante, porque la clasificación elegida ayuda a identificar y fiscalizar la inferencia que, de forma libre pero lógica, realiza el juez a partir de un indicio dado. Así, la exposición que sigue distinguirá principalmente entre indicios válidos para acreditar *disposición de material* e indicios aptos para hacer lo propio con la *disposición anímica*. No obstante esta posición, se advierte la utilidad de distinguir los distintos riesgos de frustración procesal en referencia a los que se valora la *aptitud* o *disposición material* del sujeto. Con todo, el análisis que sigue tomará como primer criterio clasificador la distinción entre *disposición material* y *disposición anímica* y, para exponer los indicios relativos a aquella primera disposición, los *riesgos de frustración procesal* a que se refiere⁵⁶⁴.

Los órganos jurisdiccionales, en su labor de aplicación de la norma a la realidad, han venido utilizando un conjunto de circunstancias para valorar el *PIM*. Entre esas circunstancias se encuentran elementos de carácter marcadamente objetivo (por ejemplo, la pena prevista para el hecho enjuiciado) y otros de índole subjetiva (por ejemplo, la situación laboral del imputado). No obstante, las *inferencias* que de esas circunstancias se desprenden: (1) ni pueden ser tomadas como generales pues, por ejemplo, no a todos los sujetos afecta del mismo modo una determinada situación laboral⁵⁶⁵; (2) ni han sido tratadas con la sistemática necesaria para asociarlas a un

⁵⁶⁴ El criterio opuesto toma, en su sistematización de los indicios, GUTIERREZ DE CABIEDES, en *La prisión provisional..; ob.cit;* pp. 131 a 173. Su tratamiento distingue los indicios, principalmente, en función del riesgo que permiten inferir pero, en su desarrollo, pueden observarse referencias (no concretas) a lo que aquí se ha identificado con disposición material y anímica para materializar un riesgo de frustración procesal. Por este motivo, las páginas referenciadas en esta nota al pie y las que ahora se leen, constituyen distintas perspectivas de un mismo fenómeno y, por ende, estudios complementarios para ilustrar la cuestión que en este momento nos ocupa.

⁵⁶⁵ Tomar como general la inferencia que, a partir de un concreto indicio, realiza el juez, es esencialmente contrario a la labor de construcción y concreción propia del juzgador. En nuestro sistema, generalizar es función del legislador, concretar del juzgador. Si se atribuye la primera al segundo, se deja de *juzgar* en el caso concreto, y se pasa a *aplicar* determinadas máximas judiciales, como si de leyes se tratara, a sujetos concretos. Ejercicio que en nada favorece, en mi opinión, a la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional: quizás en estos casos no cabría afirmar el absolutismo de la Ley, pero sí el del Poder Judicial sobre los titulares de su función.

concreto presupuesto o contenido del mismo: por el contrario, en la motivación de las resoluciones que acuerdan medidas cautelares no siempre se observa una relación lógica entre los indicios y las conclusiones a que llega el juzgador. En otras palabras, aquello que se presupone no siempre encuentra debido respaldo fáctico y lógico en los elementos objetivos aducidos por el Tribunal. Y en esto quizás quepa atribuir alguna responsabilidad a la ausencia de una construcción científica sobre el fundamento y presupuestos de las medidas cautelares penales, que facilite la comprensión de los condicionantes del recurso a este género.

Sin pretensiones (que serían ilusiones) de agotar el necesario ejercicio denunciado, sino simplemente con la intención de contribuir a su análisis, se acomete a continuación, a partir de las circunstancias comúnmente alegadas por la jurisprudencia, una mínima sistematización de los elementos que posibilitan, en su caso, el análisis de la *peligrosidad procesal potencial*. También se hará referencia, después, a aquellos elementos que no pueden ser utilizados, de forma lógica, para fundamentar el recurso al género cautelar.

a) Indicios de la disposición material o capacidad de acceso y alteración.

Comencemos por la *disposición material o capacidad de acceso y alteración*. ¿Cuándo podrá afirmarse? Esto es, ¿qué significa exactamente que un sujeto tiene capacidad de acceso y alteración? ¿Qué indicios pueden conducir lógicamente a esa conclusión? La respuesta a estas preguntas partirá de una afirmación de base, que será objeto de precisión y desarrollo: Así, ha de comenzar advirtiéndose que la *disposición material* de un sujeto se analizará observando el *conjunto de sus recursos físicos e intelectuales para materializar un riesgo de frustración procesal*. Con esto:

1) Dentro de los recursos físicos e intelectuales cabe observar mecanismos o aptitudes directamente predicables del sujeto pasivo del proceso. Pero también ha de entenderse como un recurso personal el apoyo que terceros puedan prestar tanto a la planificación como a la ejecución de un acto de frustración del proceso.

2) ¿Qué circunstancias pueden tomarse como indicativas de la existencia, y en qué grado, de esos recursos? Se observará que, básicamente, habrá de atenderse a circunstancias que (a) relacionen el sujeto pasivo del proceso con el objeto específico de

la protección cautelar y (b) referidas sólo al sujeto, resulten acreditativas de las capacidades, habilidades y aptitudes, mediatas o inmediatas, físicas e intelectuales, del sujeto pasivo del proceso.

3) La disposición ahora analizada lo es para materializar *un* riesgo de frustración procesal. Además, se acaba de indicar que resulta relevante la relación del sujeto con el *objeto específico* de la protección cautelar. Ciertamente, cabe afirmar que el *objeto genérico* de la protección cautelar es el propio proceso, pero en el estadio actual me refiero al *objeto específico* de la protección ofrecida por las medidas de este género: aquél que integra el riesgo de frustración procesal apreciado en el caso concreto (así, si se ha apreciado un riesgo de indisponibilidad física y jurídica del sujeto pasivo, el objeto específico de la protección cautelar será el propio sujeto). Pero para saber qué elemento sustantivo del proceso ha de asegurarse, debe haberse precisado, previamente, el ámbito objetivo de protección. Esto es, debe haberse apreciado, de acuerdo con la configuración general y realidad específica del concreto proceso, la existencia de algún riesgo de frustración procesal.

4) Nuevamente: la disposición ahora analizada lo es para materializar un *riesgo de frustración procesal*. Tal materialización consiste en el *acceso y alteración*, por parte del sujeto pasivo, del *elemento* cuya ausencia, según se estima, impedirá la válida realización del proceso. Hasta aquí, se repiten ideas ya expuestas. Pero cabe añadir otra perspectiva más desde la que evaluar la capacidad de acceso y alteración. Si se admite que, ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta, también habrá de hacerse lo propio con la siguiente idea: el análisis de la disposición material ha de observar la capacidad del sujeto para *planificar* y *ejecutar* un concreto acto de frustración del proceso⁵⁶⁶.

⁵⁶⁶ Me refiero, en este momento, a la interacción de lo que MARINA denomina “inteligencia estructural o computacional” e “inteligencia en acción o ejecutiva” (*La inteligencia...; ob.cit;* pp. 20 y ss). En la obra citada, el autor pone sobre la mesa los módulos en que actúan los mecanismos de la inteligencia, así como los factores de distorsión y algunos deformadores epistemológicos, afectivos u operativos. Ciertamente, es una tarea sumamente difícil, la de analizar estos elementos a fin de comprender (1) cómo un determinado sujeto va a salir, mejor o peor parado, de una determinada situación (por ejemplo, el hecho de estar imputado en un proceso penal), y (2) cuál es su idea de “salir bien o mal parado” (esto es, la elección de las metas). Pero, como insistiré más adelante, la toma de decisiones en base a pronósticos de conductas futuras (y ajenas) es tarea que requiere una especial preparación, si se quiere acometer con unas mínimas garantías de aproximación a la certeza.

5) Cabe afirmar una relación directa entre el análisis de la *disposición material* y el grado de *conexión existente entre el sujeto pasivo y el objeto específico de protección*: Cuanto más inmediata sea esa conexión, más fácil será el análisis de la disposición material. Cuanto más alejada, mayores argumentos habremos de aducir para afirmar la disposición material del sujeto. Se observará que, en la mayoría de ocasiones, dicha conexión se asocia con la titularidad de un derecho, y que una de las maneras de proteger el proceso consiste en la limitación de ese derecho⁵⁶⁷.

Sin que deban olvidarse los extremos acabados de apuntar, se exponen a continuación (y de forma genérica) las circunstancias a partir de las que valorar la disposición material para realizar cada uno de los riesgos de frustración procesal observados en nuestro ordenamiento:

6) *Análisis de la aptitud del sujeto para materializar el riesgo de indisponibilidad física y jurídica*. De forma simplista, puede entenderse que, en principio, todo sujeto tiene capacidad material para planificar y ejecutar la huída⁵⁶⁸. Para huir sólo hay que huir. Cuestión distinta será si el sujeto está dispuesto a hacerlo. Pero materialmente, salvo por efecto de las “circunstancias negativas” que se señalarán a continuación, el mero dominio funcional de uno mismo le habilita para ponerse a sí mismo en una situación de ocultación a la justicia⁵⁶⁹. La contundencia de aquella primera afirmación se explica por la *identidad* del sujeto pasivo con el objeto específico

⁵⁶⁷ Vid. *infra*, capítulo V § I.2 y capítulo VII § I.2.B.

⁵⁶⁸ Simplista, por lo expuesto *supra*, en la nota al pie 566. Con lo afirmado en el texto principal quiere señalarse la relación directa entre un sujeto y su libertad de movimiento.

⁵⁶⁹ Habría de valorarse la incidencia, sobre la posibilidad de ocultación, del control difuso existente en las sociedades tecnológicas: ¿Podemos afirmar que cada vez es más difícil ocultarse en las sociedades dónde la tecnología permite un elevado control sobre sus habitantes, mediante, por ejemplo, el cruce de datos entre los registros de distintas entidades, aún muy alejadas territorialmente? En otras palabras: ¿ha de admitirse que las posibilidades de localizar al sujeto, tras su huída, inciden en la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar? Parece que cuanto más control difuso, y mayor facilidad en su ejercicio, mayores son también las dificultades de una efectiva “ocultación jurídica”. Mayores son, en definitiva, las aptitudes que el sujeto ha de manifestar y las “desventajas” asociadas a la materialización del riesgo. Cuestiones de *eficiencia* harían pensar que ese dato (el incremento del control difuso) no ha de tenerse en cuenta, puesto de lo que se trata es de prevenir la huída, más que de “invertir” medios en el hallazgo del sujeto. No obstante, también parece que, existiendo y avanzando en su extensión las posibilidades de control difuso, éste ha de tenerse en cuenta por quien quiera realizar un análisis del grado de injerencia estatal en las libertades del hombre (incluyendo, obviamente, el derecho a la intimidad).

de la protección cautelar⁵⁷⁰. Pero, en función de la realidad de ese sujeto concreto, tal capacidad puede ser, bien negada, bien cualificada.

Para lo primero, habrán de valorarse determinados extremos de la *salud* del sujeto⁵⁷¹: piénsese, por ejemplo, en la incidencia que *pueden* tener, en la aptitud para ejecutar un acto de fuga, determinadas afecciones en la capacidad motriz (minusvalías, parálisis,...) o sensorial (ceguera, por ejemplo); o la que *puede* tener, en la capacidad de planificación y ejecución, determinadas deficiencias mentales que limiten la autonomía activa del sujeto. La concurrencia de estas circunstancias (y otras que puedan observarse en el mismo sentido) pueden, *en su caso*, informar negativamente en la disposición material del sujeto. Esto es, su concurrencia *puede* llevar a negar la *capacidad inmediata* del sujeto para alterar su situación personal⁵⁷²; pero no la *mediata*, que depende de los apoyos externos de que disponga el sujeto⁵⁷³. Si tales “circunstancias negativas” no se aprecian en el caso concreto, o si, tras su valoración, no son indicativas de una merma en la capacidad del sujeto, habrá de volverse a la primera afirmación formulada y entenderse que el sujeto tiene capacidad para planificar y ejecutar la huída. Pero además existen determinadas circunstancias que pueden ser indicativas de una disposición material *cualificada*. Piénsese, por ejemplo, en lo ilustrativas que pueden resultar la existencia de *conexiones del sujeto con otros países*⁵⁷⁴, la *pertenencia del*

⁵⁷⁰ Recuérdese lo advertido en el punto 5 de este mismo apartado.

⁵⁷¹ El concreto estado de salud del imputado “influye de modo importante en la capacidad subjetiva y por ello en la posibilidad fáctica de intentar y lograr una huída. Así, la avanzada edad del inculpado, o el padecimiento de alguna enfermedad grave, reduce considerablemente las posibilidades de éxito de una fuga que pudiera frustrar los fines del proceso y de la justicia”. De este modo (y citando la STC 60/2001, de 26 de febrero) explica la menor capacidad, por causa de salud, para la preparación y ejecución de la fuga, GUTIERREZ DE CABIEDES, en *La prisión provisional...*; *ob.cit*; p. 154. Habría de valorarse, en la práctica, la posible incidencia de esta circunstancia en la materialización de los otros dos riesgos de frustración procesal.

⁵⁷² La cursiva utilizada en las líneas que justifican esta nota al pie tiene una clara explicación: en muchos sujetos, esas “condiciones” no reportan un resultado negativo sino positivo, en tanto pueden impulsar a agudizar el ingenio.

⁵⁷³ Así, por ejemplo, el análisis de la concreta situación familiar y social del sujeto resulta relevante para valorar la posibilidad que algún familiar o amigo supla o complemente la insuficiente capacidad del sujeto pasivo para acceder y alterar el objeto específico de la protección cautelar.

⁵⁷⁴ Las relaciones que el imputado tenga con residentes en otros países puede facilitar el entorno y los medios necesarios para preparar y ejecutar la huída, básicamente, pero también la evasión de capital. GUTIERREZ DE CABIEDES incluye en un mismo grupo, y en referencia a la huída, aquellas circunstancias que inciden en la movilidad del imputado: a saber, estado de salud, conexiones con otros países y medios económicos (en *La prisión provisional...*; *ob.cit*; pp. 154 y 155).

sujeto a una banda organizada⁵⁷⁵, la complejidad en la realización del hecho enjuiciado⁵⁷⁶, las especialidades formativas que quepa apreciar en el imputado⁵⁷⁷, o incluso la situación laboral del mismo⁵⁷⁸.

7) *Análisis de la aptitud del sujeto para materializar el riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto.* Habrán de identificarse, en este momento,

⁵⁷⁵ Si el sujeto pertenece o no a una banda organizada es una circunstancia que sólo puede conocerse *con certeza (jurídica)* a partir de la existencia de antecedentes penales por delito cometido por banda organizada. Con anterioridad, la estimación de dicha pertenencia se basará en *circunstancias objetivas del sujeto y del hecho enjuiciado*, debidamente valoradas, y justificada la inferencia de su pertenencia a un grupo organizado. Cobra aquí especial relevancia, lógicamente, lo que se entienda por delincuencia organizada. Sea como sea la manera cómo se haya apreciado tal pertenencia, parece que una inferencia posible de esa circunstancia es la “mayor capacidad material de acceso y alteración de las fuentes de prueba”, o “mayor capacidad de huída”, al disponer del respaldo de la organización. Claro está, todo esto siempre que, de acuerdo con las circunstancias y las máximas de la experiencia, pueda inferirse tal capacidad. Ha de advertirse que, en los casos que no haya condena previa por pertenencia a banda organizada, se da una doble inferencia: (1) la que presume que el sujeto pertenece a una banda organizada y (2) la que supone que esa pertenencia facilita la alteración del *status quo* necesario para la sustanciación del proceso.

⁵⁷⁶ Los órganos jurisdiccionales vienen fundamentando el *PIM* en la *naturaleza del hecho enjuiciado*. No obstante, a mi entender (con GUTIERREZ DE CABIEDES, por ejemplo, en *Prisión provisional...*; *ob.cit.*, p. 146 y con alguna jurisprudencia constitucional), la *naturaleza del hecho* es una circunstancia demasiado genérica para la apreciación, con una mínima seguridad, de la peligrosidad procesal. A lo sumo, serán dos circunstancias relacionadas con la naturaleza del hecho, las que, de un modo indirecto que ha de matizarse, contribuyan al análisis de la peligrosidad procesal: la *complejidad de la realización del hecho enjuiciado* y su *mayor o menor “desvalorización” social* pueden advertirnos acerca de la necesidad de poner interés en las características personales y psicológicas del imputado. Pero sólo la primera de las circunstancias señaladas ha de conectarse con el examen de la capacidad física de acceso y alteración: el enjuiciamiento de un delito complejo ha de llevar al juez a examinar y valorar la capacidad organizativa, intelectual y ejecutiva del imputado. Y a partir de este análisis, valorar la incidencia que esa circunstancia personal tiene en la concreta capacidad de acceso y alteración del objeto específico de la protección cautelar.

La mayor o menor desvalorización del hecho enjuiciado no es circunstancia que pueda influir en la aptitud que ahora se analiza, sino en la actitud o disposición anímica del sujeto para la frustración del proceso.

⁵⁷⁷ Aunque es una circunstancia escasamente advertida, parece que determinados conocimientos y aptitudes especializados pueden ayudar a materializar riesgos en principio complejos: piénsese en las habilidades de determinados *hackers* o piratas informáticos para manipular contenidos digitales, o las aptitudes para la evasión física que cabe apreciar en sujetos que hayan recibido una formación militar. Pese a que tales circunstancias (como todas las demás aquí aducidas) habrán de valorarse en referencia al concreto sujeto, parece obvio que la virtualidad de esta “especialización formativa” no ha de reducirse a aquella obtenida mediante estudios reglados. Esta circunstancia, podría reconducirse a la descrita en la nota al pie anterior, pero no necesariamente, puesto que el recurso a esos “conocimientos” puede no haber sido necesario para realizar el hecho objeto de enjuiciamiento, y sí serlo para materializar determinados riesgos de frustración procesal.

⁵⁷⁸ Pese a que esta circunstancia, en realidad, acostumbra a ser objeto de valoración en relación al riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto, ha de observarse que determinados oficios en que es usual el desplazamiento a países extranjeros (pilotos, camioneros, tripulante de embarcación, comerciante internacional, etc.) pueden facilitar la ejecución de un plan de fuga. Sobre la incidencia del empleo en la disposición anímica, *vid.* el subapartado siguiente, dedicado a los indicios que permiten acreditarla.

aquellas circunstancias indicativas de la aptitud del sujeto para acceder a las fuentes y medios de prueba y para ocultarlos, destruirlos o manipularlos. Resulta relevante, antes de acometer tal cuestión, recordar que la apreciación, en el caso concreto, de este riesgo de frustración procesal requiere justificar, aún en grado mínimo, la existencia de la fuente o medio a proteger y la relevancia del mismo en la constatación del hecho delictivo y su atribución al sujeto.

En este supuesto resulta imposible presentar una formulación general como la que al inicio del punto anterior se afirmó. La conexión del sujeto con el objeto específico de la protección cautelar (la fuente o medio de prueba en este caso) sólo puede apreciarse observando la realidad concreta que se analiza. Lo arduo de esta apreciación puede observarse a nivel práctico, pero aún más en la determinación abstracta o estrictamente teórica: y es que difícilmente puede fijarse la conexión o proximidad entre el *sujeto pasivo* y el *objeto de protección* sin conocer las circunstancias concretas de ambos. Habrá de atenderse al supuesto de hecho real y observar, por un lado, la probable existencia de fuentes o medios de prueba a proteger y las características de los mismos y, por otro, las circunstancias concretas del sujeto que permiten relacionarlo directamente con aquella eventual fuente o medio de prueba. Puede pensarse que la capacidad material del sujeto para acceder y alterar el objeto de protección se evaluará a partir de aquellas circunstancias que los relacionen directamente: por ejemplo, cuando se ha estimado que la fuente de prueba puede hallarse en el domicilio del sujeto pasivo o en su centro de trabajo. No obstante, cuando la conexión es muy directa, y también bastante cierta, parece que este riesgo de frustración procesal puede ser eliminado con la práctica de diligencias de investigación tales como la entrada y registro domiciliarios, el comiso de determinados bienes del sujeto a efectos de prueba, etcétera⁵⁷⁹. En definitiva, parece que, de conocer el lugar dónde pueda hallarse la fuente o medio de prueba, habrá de practicarse una diligencia de investigación (limitativa o no de derechos fundamentales) para obtener activamente dicha fuente o medio de prueba. En cambio, cabrá, en su caso, acordar una medida cautelar si se advierte que el sujeto pasivo tiene una potencialidad para hacer desaparecer, manipular u ocultar medios de prueba cuya localización no es clara pero se estiman, en altísima probabilidad, existentes. En consecuencia, parece que la disposición material que permite acordar una medida

⁵⁷⁹ Y es que cuando la procedencia de la tutela cautelar penal se basa en la afirmación de una peligrosidad para materializar el riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto, ha de tenerse especial atención a la “necesidad” de la medida. Al respecto, *vid. infra*, capítulo V § II.

cautelar con el fin de evitar la desaparición o alteración de fuentes y medios de prueba, se aprecia cuando su relación con el objeto de protección no sea tan próxima. En estos casos, el juez habrá de realizar una mayor argumentación, si quiere acreditar la disposición material del sujeto, que se basará normalmente en atribuirle, a partir de determinados hechos, unos recursos específicos: pueden ser indicativas de la capacidad del sujeto la *posición laboral del sujeto*⁵⁸⁰, la *complejidad en la realización del hecho enjuiciado*⁵⁸¹, la *situación social y familiar*, nuevamente, o las *conexiones que el sujeto tenga con otros países*, si se estima que en ellos puede hallarse la concreta fuente de prueba. Ha de advertirse que pese que han sido presentadas como circunstancias acreditativas de una disposición material del sujeto, también pueden informar en sentido contrario, esto es, indicativas de una capacidad insuficiente para ejecutar un acto de frustración complejo. Además, cuanto más alejados materialmente se encuentren sujeto y objeto específico de protección cautelar, mayor relevancia cobra la observación del indicio y su valoración lógica: mayor es, en definitiva, el esfuerzo argumentativo que ha de realizarse para afirmar la *disposición material* del sujeto.

8) *Análisis de la aptitud del sujeto para materializar el riesgo de insolvencia provocada*. Si se recuerda, la situación que puede frustrar la válida ejecución de la pena de multa es la de insolvencia provocada *del (y por el)* sujeto pasivo. No puede afirmarse, como se hizo en relación al riesgo de fuga, una *identidad* entre el sujeto y el objeto específico de la protección cautelar (pues el sujeto y su patrimonio no son un mismo ente) pero sí una conexión tan cercana que podríamos llamar casi-identidad. Cabrá afirmar una disposición material cuando, de las circunstancias del caso concreto⁵⁸² la disposición del propio patrimonio aparezca libre de trabas, límites o condiciones⁵⁸³. En caso contrario, la eventualidad de una insolvencia habrá de valorarse

⁵⁸⁰ Piénsese, siguiendo ejemplos ilustrados por GUTIERREZ DE CABIEDES (en *La prisión provisional*.; *ob.cit*; p. 163) en la incidencia de la función o responsabilidad que el imputado ostente en una organización, empresa o institución en cuanto a la posible destrucción de documentos, a la dación de órdenes para ello; a la influencia o presión que para ello, y por razón de su posición, pueda ejercer sobre sus subordinados o personas dependientes, etc.

⁵⁸¹ Que denote, o más bien indique la necesidad de analizar un determinado grado de capacidad organizativa e intelectual del imputado para planificar y ejecutar actos complejos.

⁵⁸² Se observarán, para tal juicio, los registros públicos de bienes muebles, inmuebles; registros fiscales, etc.

observando la posible connivencia para ello de aquél que condiciona o limita la libre disposición⁵⁸⁴.

La capacidad del sujeto para realizar complejos actos de insolvencia puede justificarse también, y en su caso, atendiendo a sus conocimientos en determinadas materias⁵⁸⁵ o la relación de este sujeto con terceros que le puedan ayudar o asesorar, bien facilitando materialmente la evasión del capital, bien difuminando el “rastros” del dinero ocultado, bien transfiriéndole sus conocimientos para hacerlo por sí mismo.

Hasta aquí la aproximación a las circunstancias indicativas de la disposición material. Pero, ¿qué hay de la *disposición anímica* o *actitud* favorable del sujeto a la materialización del riesgo de frustración procesal? Se acomete a continuación un primer análisis de su apreciación.

b) Indicios de la disposición anímica.

Se afirmó en páginas precedentes que, para recurrir a la tutela cautelar, ha de apreciarse una disposición anímica del sujeto a la materialización del riesgo de frustración procesal. Pese a que no se justificó entonces, tal posición deriva de la idea que no pueden obviarse las exigencias del fin: no basta con observar que las medidas cautelares son consecuencia de una causa, sino que además son medidas preordenadas a un fin. Y cuando el fin es prevenir o evitar una acción, la intención de quien pretende realizarla es un elemento relevante en la justificación de la injerencia estatal. La relevancia de la *intención* del sujeto aparece por la propia noción de *acción*, que se distingue de otros

⁵⁸³ Piénsese en la existencia de un cotitular del capital, cuyo consentimiento sea necesario para que el sujeto pasivo disponga de dicho patrimonio; o que exista una limitación en la libre disposición por razón de la edad; o que la disposición necesite, por ejemplo, la autorización de un albacea testamentario. La existencia de cargas o gravámenes en el patrimonio del sujeto no integra tanto el juicio de disposición material como la apreciación de un riesgo de frustración procesal, por cuanto ha de entenderse disminuida, en la cantidad asegurada para créditos anteriores, el montante de que se dispone para satisfacer la eventual pena de multa.

⁵⁸⁴ El cotitular de determinadas cuentas corrientes o bienes inmuebles, el tutor, el albacea, etc. Esta cuestión enlaza con una de las que se han excluido del presente estudio: la afección de derechos de terceros durante la sustanciación del proceso penal, y aquello que ha de apreciarse para que tal circunstancia se produzca, directa o indirectamente.

⁵⁸⁵ Podría observarse tal circunstancia, por ejemplo, a partir de los *estudios cursados* por el sujeto, su *situación laboral*, o, nuevamente, la *complejidad y naturaleza del hecho enjuiciado* (delitos fiscales, de evasión de capital, estafas complejas, etc). Obviamente, a partir de la valoración de la situación personal del sujeto, también puede inferirse lo contrario: esto es, que el sujeto *no* tiene capacidad intelectual suficiente para ejecutar determinados actos de insolvencia.

fenómenos que causan cambios en el mundo, como los actos reflejos o los fenómenos naturales, precisamente por estar causada por *sucesos o hechos mentales*⁵⁸⁶. Son sucesos mentales la voluntad, las creencias, el deseo, la intención, etc. De todos estos, el que ha de observarse para afirmar la peligrosidad procesal potencial es la *intención*. Así, cuando de *disposición anímica* hablamos, nos referimos a la *intencionalidad* del agente. Pero ¿cómo observar la intención del sujeto? ¿Acaso existen leyes universales referidas a las conductas humanas? Y si existen, ¿tienen un carácter causal? Obviamente estas cuestiones no pueden abordarse aquí, pero se encuentran en el epicentro de una tutela preventiva mínimamente garantista. En cualquier caso, queda patente que afirmar la peligrosidad procesal potencial es un ejercicio supeditado a la observación de la intención de realizar un acto, ejercicio que se acomete antes de que el acto exista. Si ya resulta difícil la observación de hechos mentales ajenos, dado su carácter íntimo, la dificultad se incrementa cuando tal ejercicio se refiere a actos que todavía no han tenido lugar (por lo que no será posible inferir la intención de las circunstancias del acto, como sí sucede en el examen del dolo).

Podría pensarse, en este punto, que los *indicios* aptos para fundamentar la disposición anímica son de carácter íntimo. No es así. *Íntimo* será el contenido de la inferencia deducida a partir de datos *objetivos y subjetivos*, pero en todo caso *fácticos*. El indicio cobra en este momento del análisis una especial relevancia, pues es el único parámetro objetivo en la apreciación de la disposición de ánimo⁵⁸⁷. Esto justificará, en breve, que cuanto más cercano sea el indicio a la inferencia de él deducida (y, por tanto, menor sea la incidencia de las máximas de la experiencia del juez), mayor sea la injerencia permitida, en abstracto, al Estado: esto es, a mayor “seguridad” en la *peligrosidad procesal potencial* afirmada, mayor posibilidad de injerencia a través de las medidas

⁵⁸⁶ NINO, CS; *Introducción a la filosofía de la acción...*; *ob. cit.*; p. 10. Explica el autor que “existe la posibilidad de que incorporar a las acciones al mobiliario del universo traiga necesariamente consigo enriquecer además ese mobiliario con esas piezas que tantos filósofos miran con desconfianza: los hechos mentales”. Añade que, por lo anterior, confluye con la teoría de la acción otra rama de la filosofía: la “filosofía de la mente”, cuya controversia central lo es entre dos concepciones generales de los procesos mentales: “el «mentalismo», según el cual tales fenómenos son sucesos internos que no son reconducibles a procesos fisiológicos o a comportamientos externos, aunque pueden ser inferidos de ellos, y el «conductismo», según el cual tales fenómenos se definen e identifican sobre la base de comportamientos externos”.

⁵⁸⁷ Recuérdese que el otro parámetro son las máximas de la experiencia del juez, lo que enlaza con la llamada “teoría del conocimiento”, cuya principal cuestión es: ¿cómo conocemos nuestras propias acciones (y por inclusión, nuestras intenciones) y las de los demás?

cautelares⁵⁸⁸. Y esa “seguridad”, que habría de nombrarse mejor “certeza”, nos la proporcionará la certeza misma del indicio y el menor camino que ha de recorrer hasta la inferencia, que es el presupuesto de la medida cautelar.

Sin olvidar la incertidumbre que, en mayor o menor medida, acompañará siempre el resultado de este juicio de prognosis, hemos de preguntarnos a partir de qué datos puede inferirse la peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo: ¿cómo valorar la actitud?

Se proponen tres métodos distintos, en función de si se observa o no alguna acción del sujeto previa (y lo “directa” que ésta sea) y apta para acreditar, en su caso, la probabilidad de una intención del mismo al fin de frustrar el proceso.

1) El primer modo consiste en observar conductas previas del sujeto realizadas con la intención referida: esas conductas consistirán, básicamente, en la *existencia de antecedentes penales por delito contra la administración de justicia*⁵⁸⁹, o la *materialización previa*, en el proceso concurrente o en otro, de *algún riesgo de frustración procesal*, supuesto éste en el que cabe incluir la existencia de una *requisitoria* dictada respecto de ese sujeto. En este caso, observadas las circunstancias concretas que rodearon la condena o, por ejemplo, la requisitoria, puede presuponerse que el sujeto actuará del mismo modo ante circunstancias similares. Esta es, no obstante, una presunción judicial o, si legal, *iuris tantum*, pues puede justificarse que las razones que existieron entonces para tales acciones han variado en la actualidad⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Esta idea justificará teóricamente (la subsidiariedad de la prisión provisional será su justificación pragmática) la propuesta de “régimen situacional” durante la pendencia del proceso, que limita las posibilidades de encarcelamiento provisional de un sujeto. *Vid.* una primera mención, *infra*, en el capítulo V § II.2.

⁵⁸⁹ También es posible que determinadas sentencias absolutorias sirvan como hecho sobre el que valorar la peligrosidad procesal potencial. Piénsese, por ejemplo, en la absolución por delito inidóneo.

⁵⁹⁰ En la actual regulación de la prisión provisional, la existencia de dos requisitorias dictadas para la búsqueda y captura del sujeto es indicio de *PIM* y excepción a la regla de proporcionalidad (que tiene más excepciones que posibilidades de aplicación) integrada en el propio artículo 503 LECrim. Reza dicho precepto: “Procederá acordar por esta causa (*riesgo de fuga*) la prisión provisional de la persona imputada 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 estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado” (la cursiva es mía). Se ha afirmado que esta previsión “viene a constituir una especie de presunción legal” de *PIM* (GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional; ob.cit;* p. 137).

Obsérvese que en la tesis propuesta en este trabajo se entiende que una sola requisitoria (si no ha sido posteriormente justificada la ausencia que la propició) es suficiente para entender concurrente la disposición de ánimo del sujeto pasivo. Tampoco encuentro motivos para limitar el ámbito temporal en que fue dictada la requisitoria. Cuestión distinta es que haya variado la situación personal del sujeto y, con ello, las razones que motivaron tal acción.

2) El segundo modo que puede conducirnos a acreditar aquella probabilidad consiste en atender a acciones (u omisiones) previas del sujeto que, pese a no denotar directamente una peligrosidad procesal (y en esto se diferencian de las incluidas en el primer método) son expresión externa de una determinada postura personal⁵⁹¹. Se trata, en definitiva, de atender a conductas del sujeto, o a manifestaciones del cuerpo o la palabra, indicativas de la necesidad de poner interés en las características psicológicas y personales del imputado. Tales circunstancias pueden ser la *existencia de antecedentes penales por delito*⁵⁹², más cuando quepa apreciar un *alto grado de desvalorización del hecho* por el que se condenó o que es objeto de enjuiciamiento en el proceso concurrente u otro pendiente⁵⁹³; la *apreciación de determinados móviles* en delitos o faltas cometidos anteriormente⁵⁹⁴; o el *número de procesos pendientes*⁵⁹⁵. Como puede

⁵⁹¹ Se define la *actitud* como “disposición de ánimo manifestada de algún modo”. VOZ: “actitud”, en el *Diccionario de la Lengua.*; *ob.cit.*; p. 38.

⁵⁹² Se señala que de esta circunstancia objetiva “cabe deducir un mayor grado de peligro de realización de actuaciones del imputado” (GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 136). No obstante, que el sujeto haya cometido otros delitos no implica necesariamente que vaya a frustrar el proceso concurrente. Es más, cuando no lo ha hecho en procesos precedentes, la inferencia relativa a la peligrosidad procesal habría de ser negativa. Cuestión distinta, como se verá, es la incidencia de aquella circunstancia cuando lo que se valora es la peligrosidad criminal.

A lo sumo, como en el resto de las incluidas en esta segunda categoría de circunstancias, la existencia de antecedentes penales muestra que la coacción psíquica ejercida por la norma penal no ha sido impedimento suficiente para realizar la conducta tipificada.

⁵⁹³ El *grado de “desvalorización” del hecho cometido* o presuntamente cometido parece, ciertamente, un parámetro poco objetivo sobre el que acreditar la peligrosidad procesal. Por eso, de hecho, no sirve para ello, sino que sólo es una circunstancia indicativa de la necesidad de atender a las circunstancias personales y psicológicas del imputado, que serán los verdaderos indicios, en su caso, de la peligrosidad procesal. Será la valoración de las características del sujeto, en definitiva, de dónde quepa extraer la mayor o menor susceptibilidad del sujeto a la coacción psíquica pretendida por la previsión de sanciones penales, el grado de asunción y respeto a las reglas de carácter colectivo o las capacidades de autocontrol del sujeto. Estas inferencias no pueden ser resultado de simples intuiciones, sino de la acreditación técnica de determinadas características mentales.

Precisamente porque la desvalorización del acto no es el indicio en sí, sino que en última instancia lo serán las características psicológicas y personales del sujeto, no ha de otorgarse mayor relevancia a si el hecho reprochable ha sido ya juzgado o se encuentra pendiente de ello.

⁵⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Lecciones de Derecho.*; *ob.cit.*; p. 242, fija las que, a su parecer, son las cuatro funciones del móvil: “1) El móvil debe servir para la *investigación sobre la calidad del motivo psicológico* del delito; 2) La *calidad moral y social del motivo* conduce a un criterio fundamental para determinar la *temibilidad y la condición peligrosa del delincuente*; 3) La calidad de los motivos actúa con eficacia permanente en cuanto a la elección del medio represivo que debe adoptarse respecto a los distintos delincuentes, que actúa como criterio esencial en la elección de la pena; 4) Cuando el motivo sea de tal naturaleza que haga desaparecer en el acto que se ejecutó toda huella de temibilidad, puede excepcionalmente, cuando no se opongan otros factores, decidir que no procede la aplicación de medida defensiva alguna, porque sería superflua” (la cursiva es mía).

observarse, tales circunstancias no son, *per se* y de forma lógica, acreditativas de la probabilidad que el sujeto cometa un acto de frustración del proceso. No obstante, y como se ha expuesto anteriormente, sí pueden indicarnos la necesidad de atender a las características psicológicas y personales del sujeto. Y eso es lo que, en mi opinión, debería hacerse si quiere acreditarse la peligrosidad procesal a partir de las circunstancias mencionadas: recurrir a la petición de un informe técnico realizado por un experto que valore, a partir de las circunstancias del sujeto, la probabilidad que lleve a cabo un acto de frustración⁵⁹⁶.

3) Pero habrá casos en que no puedan observarse, aunque sea indirectamente, manifestaciones externas del ánimo. Y esto no significa que no quepa apreciar tal disposición. O al menos una “situación general favorable”, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, a la misma. Precisamente, el tercer modo propuesto para apreciar la disposición de ánimo consiste en acercarnos a lo que se denomina “estructura del razonamiento práctico”, o sea, al razonamiento que conduce a la ejecución de una acción⁵⁹⁷. Se trata, en definitiva, de observar las razones que un individuo tiene para actuar en un sentido u otro. Estas razones “son elementos fundamentales tanto para

⁵⁹⁵ Con esta circunstancia, y con la existencia de antecedentes penales, puede relacionarse el concepto habitualidad, que es utilizado en el art. 503.2.III LECrim para eximir del límite penológico establecido en el ordinal 1º en los casos que quiera evitarse que el imputado cometa “otros” hechos delictivos. Afirma GUTIERREZ DE CABIEDES, respecto a aquel precepto, que la actual regulación de la prisión provisional se refiere a una *habitualidad* “no en el sentido técnico-legal empleado en el art. 94 CP. No se trata (...) de que exista condena por la comisión de tres o más delitos comprendidos en un mismo capítulo en los últimos cinco años” (en *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 141). Continúa el autor puntualizando que la Ley precisa, para apreciar habitualidad, la existencia de *antecedentes policiales* o de *denuncias* (de cualquier tipo) o *procesos penales* pendientes.

Quiere añadirse en este momento que la habitualidad no puede ser afirmada sin más, por el *tipo de delito*. De este juicio sólo puede afirmarse que existen determinados tipos de delitos que, en muchas ocasiones, se cometen de forma habitual, pero no que el sujeto lo cometa habitualmente. Sólo otras condenas previas por el mismo delito o similares pueden acreditar la habitualidad. A lo sumo, el número de procesos penales pendientes también podría ser indicativo de la “habitualidad” (piénsese en sujetos que tienen más de una decena de procesos pendientes de resolución sobre delitos iguales o similares, normalmente de escasa gravedad individual pero gran efecto acumulativo en la sociedad). No así, en cambio, los antecedentes policiales: resulta, a mi entender, una hipocresía y una nota de funcionamiento defectuoso del sistema penal formalmente fijado, que los simples antecedentes policiales sirvan para acreditar tal habitualidad. Si un sujeto comete delitos: ¿por qué no se le juzga y condena? Y si no se le juzga ni se le condena, ¿será que no cometió el delito o que el Estado no tiene mecanismos suficientes para enjuiciarlo? De todas formas, tampoco el concepto de habitualidad puede acreditar directamente la peligrosidad procesal (a menos que lo habitual en ese sujeto sea realizar actos de frustración procesal), sino que es indicativo de la necesidad de observar las características personales y psicológicas del sujeto.

⁵⁹⁶ Dado que ese experto ha de valorar las circunstancias psicológicas y personales del sujeto, conviene que sea un psicólogo forense u otro profesional con conocimientos técnicos suficientes, y especializados en el ámbito forense, para formular pronósticos sobre la conducta del sujeto.

⁵⁹⁷ NINO, CS; *Introducción a la filosofía de la acción...*; *ob.cit*; p. 13.

explicar (y predecir) como para justificar su comportamiento”⁵⁹⁸. Pero, recuérdese, la *disposición anímica*, como la material, también ha de observarse sobre la base de circunstancias objetivas. A falta de indicios como los que se han señalado en los dos modos precedentes (o como complemento de los mismos, en su caso) ha de atenderse a otro grupo de circunstancias: las que se entienden parámetros del *cálculo coste-beneficio* según el que, para determinada teoría de la acción, los hombres basan su conducta. ¿Cómo resuelve el hombre llevar a cabo una acción? Ordinariamente se diría que “analizando los pros y los contras”, ponderando lo que “cuesta” llevar a cabo esa acción y el “beneficio” que reporta su realización. Evaluando las “razones a favor” y las “razones en contra” para realizar un determinado acto. El sacrificio y la recompensa. Partiendo de esta idea⁵⁹⁹, que presupone una actividad racional del sujeto, cabe distinguir las circunstancias en función de si son indicativas del “coste” o del “beneficio”. No tanto dónde se ubiquen, sino *cómo y en qué grado se valoren* esos

⁵⁹⁸ NINO, CS; *Introducción a la filosofía de la acción...*; *ob.cit*; p. 79. La cuestión, naturalmente, no es sencilla: “existen grandes diferencias entre los filósofos acerca de la naturaleza del razonamiento práctico”, que se ponen de manifiesto sobre todo (1) en la cuestión de si ese razonamiento presupone o no una lógica especial y (2) en si la conclusión que deriva de ese razonamiento es una acción, una intención, un enunciado descriptivo o un juicio valorativo. Explica aquel autor (y nos interesa la explicación porque permitiría indagar cuál es el concepto de razonamiento práctico relevante a los efectos que nos ocupan) que “parece claro que esas divergencias se deben a que se está aludiendo a diferentes cosas con la expresión «razonamiento práctico». En algunos casos se hace referencia implícita al proceso psicológico que conduce a la formación de una intención y ulteriormente a la ejecución de una acción. En otros casos, a la inferencia que permite explicar o predecir una acción a partir de ciertas leyes y proposiciones fácticas. Por último, se alude a la inferencia que permite evaluar o guiar una acción” (*ob.cit*; p. 84).

⁵⁹⁹ Cuestionada, como todas las ideas, aunque, como todas las que tienen un asiento secular, cuestionada por pocos y además con resultados polémicos. Desde la sociología, cabe destacar, entre los que hoy sostienen que la acción del hombre no tiene porqué responder a un cálculo “coste-beneficio”, a BOURDIEU. Para él, esta concepción o explicación de la acción se basa en parámetros mercantilistas y económicos. Nada extraño que haya impregnado la doctrina jurídica, si se atiende a la relación entre economía y derecho (piénsese en la máxima que “el interés es condición de todas las acciones”, a la que se recurre en este mismo trabajo). Para este autor (reconocido como uno de los mayores intelectuales contemporáneos, aún el “malestar” que los resultados de su obra producen en el “campo intelectual”) “la mayor parte de las acciones humanas tienen como principio algo absolutamente distinto de la intención, es decir, disposiciones adquiridas que hacen que la acción pueda y tenga que ser interpretada como orientada hacia tal o cual fin sin que quepa plantear por ello que como principio tenía el propósito consciente de ese fin” (“La economía de los bienes simbólicos”, en *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona, 1997, p. 166). La teoría de la acción propuesta por este autor requiere conocer algunos de los conceptos por él empleados, como los de “campo, capital y valor simbólicos”, o el de “habitus”. Sin duda, las implicaciones de la teoría de la acción de BOURDIEU en el campo de lo jurídico, merecerían un estudio autónomo que parece, sin duda, complejo. Pero quizás conviene, antes, atender a la evolución y asentamiento de las teorías del sociólogo francés. La racionalidad en la toma de decisiones por parte del individuo también es cuestionada en el plano psicológico y neurocientífico. En el plano jurídico, la cuestión relativa a los factores que influyen en la toma de decisiones ha sido abordada preferentemente en los distintos ámbitos en que se incluyen la resolución de conflictos y la actuación de los actores colectivos.

indicios, es ya dominio exclusivo de la sana crítica del juez, de la aplicación de sus máximas de la experiencia, en definitiva.

Acostumbran a utilizarse, para evaluar el “coste” de un acto de frustración del proceso, la *situación familiar, social y laboral* del sujeto, circunstancias que cabe englobar en el concepto *arraigo*⁶⁰⁰; su *estado de salud*⁶⁰¹; la *sanción asociada a la materialización del acto*⁶⁰² en caso que se depuren responsabilidades por él en un futuro, o los *medios económicos* de que dispone el sujeto y la posibilidad de mantenerlos en su haber tras haber realizado el acto de frustración del proceso. En contrapartida, acostumbran a situarse en el análisis del “beneficio” obtenido con la materialización del acto, la *gravedad de la pena* asignada al hecho enjuiciado⁶⁰³; la *probabilidad que ésta sea imputada*⁶⁰⁴ y la proximidad temporal en que esto vaya a suceder⁶⁰⁵; en íntima relación

⁶⁰⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES define el arraigo, en una primera aproximación, como “el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas.” Añade que “esa relación estable con un determinado ámbito territorial es un dato de sustancial relevancia para ponderar la posible inclinación y consiguiente riesgo a la huida”. Dicho autor especifica distintos tipos de arraigo: el que se refiere a la posesión de bienes, especialmente inmuebles, a la situación laboral o profesional, a la existencia de lazos y vínculos familiares del sujeto o a las relaciones afectivas y sociales de índole distinta a la familiar (en *La prisión provisional; ob.cit;* pp. 151 a 153).

⁶⁰¹ Piénsese en el alto coste que ha de “pagar” el sujeto que quiere mantenerse oculto de la justicia aún necesitando de cuidados médicos constantes, o que, por razón de salud, tiene una clara dependencia respecto aquellos de los que ha de alejarse.

⁶⁰² En la actualidad, hay que atender a las conductas tipificadas en los artículos 464 y 468 que castigan, respectivamente, la coacción a distintas personas relacionadas con el proceso y el quebrantamiento de condena, medida de seguridad, medida cautelar, conducción y custodia; con las penas, en el primero, de prisión de 1 a 4 años y multa de seis a veinticuatro meses, que se impondrán en su mitad superior si se alcanza el objetivo de la coacción; y de seis meses a un año si estuviera privado de libertad o multa de 12 a 24 meses en los demás casos, en el segundo supuesto.

⁶⁰³ La gravedad de la pena fue un criterio utilizado en la regulación de la prisión provisional de 2003 para entender concurrente el *PIM*. Constituye ya un pacífico tópico doctrinal (así lo califica GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob.cit;* p. 148, añadiendo el dato que, dicho tópico, fue expuesto por CÁRDENAS, F; en 1871. *Vid.* la cita completa en la página que se acaba de referenciar, nota al pie 302) la idea que “cuanto mayor es la pena hipotéticamente imponible al inculpado, mayor cabe suponer que sea el beneficio y la consiguiente inclinación de éste a sustraerse de la acción de la justicia”. Pero tal circunstancia no puede justificar, por sí sola, la afirmación de la peligrosidad procesal, puesto que se enmarca en el cálculo “coste-beneficio” que es objeto de exposición en el texto principal. Pese a la reiterada doctrina del TC admitiendo que, mientras no se conocen las circunstancias personales del imputado, la gravedad de la pena (y la inferencia tópica señalada) pueden justificar la adopción de una medida cautelar.

⁶⁰⁴ El grado de atribución de un hecho a un sujeto necesario para acordar una medida cautelar se corresponde (se tratará en breve) con la imputación. Pero a partir de esta primera atribución formal del hecho, los indicios que apuntan a la relación positiva entre el hecho y el sujeto pueden ser mayores o menores.

⁶⁰⁵ Constituye otro tópico doctrinal que a mayor proximidad del juicio oral, mayor riesgo de huída cabe apreciar. No obstante, el propio TC ha señalado el carácter ambivalente de este dato. La generalización es

con el primero, el *tiempo sufrido en prisión provisional*⁶⁰⁶; y, aunque escasamente utilizado, la *situación social* en que queda el sujeto tras la desvalorización de su conducta delictiva, de ser finalmente afirmada en la sentencia (e incluso antes, podríamos decir)⁶⁰⁷.

Empleando términos mercantilistas, cada una de las circunstancias señaladas, y otras que en la realidad se perciban, “suman” o “restan” en la variable “coste” o “beneficio”, según sea la valoración judicial de los indicios. Al final de la misma, el juez habrá de pronosticar la probabilidad que el sujeto materialice un riesgo de frustración procesal: si la estima, acreditará la disposición anímica. En caso contrario, no lo hará ni acordará, por no concurrir parte de la peligrosidad procesal, una medida cautelar⁶⁰⁸.

Al hilo de la exposición que se acaba de acometer (sobre todo en las notas al pie que la integran), se han mencionado algunas circunstancias que no pueden ser tomadas, de forma directa y absoluta, como indicios sobre los que valorar la *disposición anímica*. Así sucede con el *estado de la causa* o la *tramitación avanzada* (que tienen relevancia sólo respecto a la apreciación de un riesgo de frustración procesal), la *habitualidad con que se cometen hechos como el enjuiciado* (que es sólo una situación favorecedora de la

peligrosa: posiblemente (y es opinión de quien no tiene conocimientos científicos en psicología) la tensión aumente a medida que se aproxima la fecha de la vista, pero no puede descartarse que otros sujetos sientan lo contrario: un alivio ante el fin próximo del periplo judicial.

⁶⁰⁶ Acostumbra a afirmarse que “el mayor tiempo sufrido de prisión preventiva (abonable a la pena que en su caso pudiera imponerse en la sentencia) disminuye el tiempo que habría de sufrirse de privación de libertad por condena, aminorando correlativamente la inclinación a huir y sus ventajas” (GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob.cit*; p. 137). Nuevamente me parece que la generalización de esta inferencia es muy discutible: ¿acaso no defendería otro que el haber padecido una experiencia similar a la estancia en prisión puede provocar en el hombre el deseo de huir, por temor a la condena y al reingreso en el establecimiento penitenciario? Y que tema tal efecto no es motivo suficiente para presuponer su culpabilidad, porque también los inocentes temen por un posible, y quizás imprecendente, castigo.

⁶⁰⁷ No quiere decirse, con esto, que la alarma social sea un indicio de peligrosidad procesal potencial. Probablemente a mayor “alarma social” mayor sea la presión del entorno social sobre el sujeto (y esto se advierte, en muchas ocasiones, en los abucheos proliferados durante las conducciones policiales del imputado o sus “apariciones” públicas a la entrada y salida de las vistas orales) y esto puede influir en el juicio que él mismo haga sobre los costes y los beneficios de determinada acción de frustración del proceso, especialmente la fuga y la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba. Aunque, aún abierto el juicio oral, el sujeto podría tener tal confianza en su inocencia que espere la resolución de la cuestión penal como medio para recobrar, tras la absolución, la situación social que ostentaba antes del proceso. Pero tal circunstancia, como todas las demás, habrá de ser objeto de valoración judicial.

⁶⁰⁸ No obstante, la cuestión dista de ser simple. Recuérdese, por ejemplo, la teoría de MARINA según la que la toma de decisiones y la ejecución de acciones se toma en determinados “módulos afectivos” que influyen en el resultado final de los actos.

alarma social), la propia *alarma social* (que sólo puede tener cierta virtualidad en el análisis coste-beneficio siempre que influya en la exclusión social del sujeto, habiéndose de tener en cuenta, en todo caso, la percepción de dicha exclusión que tenga el propio sujeto) o la complejidad de la instrucción (que podría, en última instancia, relacionarse con la apreciación de un riesgo de indeterminación del hecho o del sujeto o, en función de los motivos por los que se cree existe tal complejidad, equipararse a la complejidad del hecho enjuiciado, lo que la situaría entre las circunstancias que obligan a observar las características personales y psicológicas del sujeto).

D) Contenido mínimo de la peligrosidad procesal para el recurso a la tutela cautelar.

Quieren recopilarse, en este momento, aquellas ideas que han conducido a la determinación del elemento subjetivo del fundamento cautelar. Que dicho elemento (la *consideración especial*, en definitiva, que ha de acreditarse para imponer una medida de este género) es la *peligrosidad procesal potencial*, ya fue afirmado en el segundo capítulo de este trabajo. Pero, como ha podido observarse, aquella manifestación resulta insuficiente a efectos prácticos, aún identificándola con la *capacidad de acceso y alteración de los requisitos sustantivos (y esenciales) de la resolución penal* (en la que ha de incluirse también la ejecución). Ha sido necesario, en este cuarto capítulo, concretar el sentido de “capacidad de acceso y alteración”, lo que equivale a mostrar (que no demostrar, obviamente) los elementos de que se compone la peligrosidad procesal: así se han abordado los conceptos *disposición material o aptitud* y *disposición anímica o actitud*. En páginas precedentes se ha afirmado, sin justificarlo, que “*el recurso a la tutela cautelar requiere la apreciación de la disposición material y anímica del sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal*”⁶⁰⁹. Intentaré argumentar la posición asumida:

Parece claro que la *disposición material o aptitud* del sujeto para materializar un acto de frustración del proceso es apreciación ineludible para entender concurrente la

⁶⁰⁹ También se negó, en aquel momento, el carácter concluyente de esta afirmación, ya que, se dijo, “ha de ser objeto de matices, derivados nuevamente tanto del carácter preventivo de esta tutela como de su función”. Estos matices se llevarán a cabo, básicamente, a partir de la integración, en el análisis, de los distintos “grados” de la disposición anímica apreciada.

peligrosidad procesal. Pero, ¿qué hay de la *disposición anímica*? Una primera posición consiste en negar que para acorar una medida cautelar haya de exigirse necesariamente que el juez acredite la cualidad peligrosa del sujeto. Para sostener lo anterior podría alegarse que, de exigir la concurrencia de la disposición anímica, (1) la protección del proceso quedaría sujeta a un elemento tan íntimo e incierto cuál es la intención y, además, (2) dicha apreciación puede necesitar de profundos razonamientos lógicos que resultarían en la mayoría de ocasiones contraproducentes para el rápido desarrollo de la función jurisdiccional.

Más allá de los argumentos basados en la dificultad del pronóstico y la eficiencia de la tutela cautelar, pienso que ha de atenderse a un razonamiento que tenga en cuenta el elemento teleológico que informa este tipo de tutela: ha de recordarse que el fundamento cautelar afirmado en esta tesis parte de una *situación jurídica previa* (la necesidad de defensa del proceso) que preside la *función de aseguramiento* de la tutela cautelar penal (evitar que el sujeto pasivo varíe el *status quo* necesario para la válida realización del proceso). Hasta aquí, el recurso a la tutela cautelar penal exigiría sólo la apreciación de un *riesgo de frustración procesal* y la *disposición material* del sujeto para materializar ese riesgo.

Pero no puede olvidarse que la función de aseguramiento predicada de este tipo de tutela (1) se concreta en un *fin*, cuya formulación tiene una clara denotación *preventiva* (*evitar* la huída, *evitar* la ocultación de fuentes de prueba, etc.) y, (2) se acomete mediante la *injerencia en las libertades individuales* del sujeto pasivo del proceso. En mi opinión, constituye una exigencia del *fin*, y de acuerdo con una *determinada concepción de la relación entre Estado y ciudadano* y de la dignidad de las libertades de este último, exigir, para la imposición de una medida cautelar, una mínima observación de la *disposición anímica* del sujeto⁶¹⁰.

⁶¹⁰ Lo afirmado en el texto principal no se escapa, por un lado, a la concepción del derecho como ciencia del *deber ser*, esto es, eminentemente valorativa y, por otro, a la inclusión del aspecto teleológico en el contenido del derecho. “Con el tema de los fines (afirma JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Lecciones de derecho...*; *ob.cit*; p. 3) tocamos uno de los más arduos asuntos que pueden presentarse al jurista de hoy. Los kelsenianos afirman que el fin no pertenece al derecho, cuyo contenido es la política. El fin lo determinará ésta o la sociología, pero no las leyes”. Pero, pese a la parcelación científica de la realidad, ha de admitirse la interrelación entre sociedad, ideario y derecho. Comparto con el autor citado que “la dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad, y nuestro derecho penal tiene carácter finalista. En efecto, el derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos que tener un fin. El estado debe recoger y enfocar, teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida” (*Ob.cit*; *loc.cit.*).

¿Qué *ha de exigirse* para acordar una medida cautelar? ¿Cuál *ha de ser* el contenido mínimo de la consideración que permite imponer una medida de este género? ¿Sólo una disposición material o también

En síntesis, si sólo atendemos a la necesidad objetiva de asegurar ciertos extremos del proceso o resolución penal, bastaría con apreciar un *riesgo de frustración procesal* y acreditar la *aptitud o disposición material* del sujeto para materializar ese riesgo. En este supuesto, cabría acordar una medida cautelar para evitar la fuga siempre que, además de exigirse la presencia de dicho sujeto, el mismo se encontrara en facultades físicas y psíquicas suficientes para huir. Pero prescindiríamos entonces de la disposición anímica del sujeto para materializar ese riesgo de frustración procesal. ¿Huiría ese sujeto? La necesidad de esa pregunta es, en parte y según se ha dicho, una manifestación de determinada posición personal entorno al fin, a la relevancia del elemento teleológico en materia cautelar penal. De no atender a la disposición anímica, la peligrosidad del sujeto pasivo se limitaría a un *diagnóstico* de sus circunstancias, de su situación personal, obviando el *pronóstico* que es la segunda y necesaria parte del juicio de peligrosidad⁶¹¹. Segunda porque el pronóstico ha de realizarse a partir del diagnóstico, y necesaria porque la peligrosidad es un estado actual que se refiere a un hecho futuro (y por tanto de realización incierta), dado que futuro es el acto que quiere evitarse. Si aquel “estado actual” puede basarse sólo en la posibilidad material de acceso a lo que específicamente protege la medida cautelar o, además, ha de incluir la

una disposición anímica? En la respuesta aparece, nuevamente, la *ideología* como sustrato último de la *consideración* que ha de acreditar el Estado para prestar un determinado *tratamiento* a sus ciudadanos. Empleando términos civilistas, cabe preguntarse: ¿se limitará la injerencia en las libertades del hombre a una mera responsabilidad objetiva? ¿O se exigirá algún nexo subjetivo entre la intención del sujeto y el resultado de sus acciones u omisiones, una especie de responsabilidad por culpa? Puede lo primero, si en el conjunto de ideales y valores de una determinada sociedad prima la seguridad colectiva frente a la libertad individual. Puede, lo segundo, si el valor libertad individual prima sobre la seguridad colectiva. Cuando la injerencia (o sanción) es de carácter reactivo (reacciona a un acto), realidades como la complejidad técnica del objeto, o la posición que ocupa el agente en la relación jurídica, informan el paso de la responsabilidad subjetiva a la objetiva. Pero cuando la injerencia lo es de carácter preventivo, aumenta la relevancia de los valores, del ideario y, por ende, de la política (y el valor eficiencia). Al tránsito de la protección jurídica mayormente reactiva, del pasado, a la preferentemente preventiva, del futuro, se destinan algunos esfuerzos doctrinales, como por ejemplo el principio de precaución en el ámbito administrativo. Resulta por lo menos ilustrativo que estos esfuerzos propongan la técnica y la ciencia como contrapeso a lo estrictamente valorativo o ideal. Aunque topen con el problema de la disfunción temporal en el avance de la técnica aplicada y la ciencia que ha de valorar los efectos de esa técnica. Nada más claro, con BERLIN, que toda nueva situación genera nuevos problemas (“La persecución del ideal”, en *El fuste torcido de la humanidad*, Península, Barcelona, 1998). A lo anterior ha de añadirse, con BOURDIEU, que el campo científico (y otros campos de producción cultural como el jurídico, el filosófico, el artístico, entre otros) y sus productos (la ciencia, el derecho, el arte, etc.) “son indisolubles desde el punto de vista escolástico, tanto de las condiciones económicas como de las condiciones sociales que las hacen posibles” (lo entrecorillado “El punto de vista escolástico”, en su obra *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, *ob.cit*; p. 213).

⁶¹¹ ROMEO CASABONA, CM; en *Peligrosidad y derecho.*; *ob.cit*; pp. 32 a 39; SANTOS REQUENA, AA; en *La imposición de medidas de seguridad.*, *ob.cit*; p. 60.

disposición anímica del sujeto es, ya se ha dicho, un debate que no encuentra argumentos absoluta y estrictamente jurídicos, sino que se acerca a lo político e ideológico. En definitiva, la cuestión se centra en el *contenido* de la *consideración* que el Estado estima suficiente para proceder a una determinada injerencia en las libertades del hombre⁶¹².

Así, en este trabajo se asume que para poder recurrir al género cautelar, es necesario afirmar, en sede de peligrosidad procesal, la *disposición material* y la *disposición anímica* del sujeto pasivo del proceso. Sin embargo, no puedo dar por concluida la argumentación de la posición que defiendo sin mostrar de un modo más específico la incidencia de la cuestión ideológica en el contenido de la peligrosidad procesal. Por ello quiero recordar los tres métodos propuestos, en páginas precedentes, de acreditación de la disposición anímica, así como la idea que cada uno de ellos puede ser observado desde el punto de vista de lo incierto de la inferencia realizada a partir de los indicios⁶¹³. En breve síntesis, cabe advertir una diferencia esencial en la lógica que guía la afirmación de una disposición anímica del sujeto. Pese a que la cuestión será objeto de análisis posteriormente, al hilo del tratamiento del indicio, puede adelantarse que: (1) mientras en el primer método, y precisamente porque la disposición anímica se infiere directamente de la que el mismo sujeto ha manifestado realizando previamente un acto de frustración procesal, el *juez* no realiza un análisis de la estructura del razonamiento práctico del sujeto pasivo (entonces cabe afirmar una casi nula incidencia de *sus*

⁶¹² No resulta extraño que la incidencia de la ideología aparezca de nuevo, en este trabajo, durante el tratamiento de la *peligrosidad procesal*: recuérdese que ésta es la *consideración* que permite imponer una medida cautelar, y la consideración es expresión subjetiva del *motivo* que permite tal tratamiento. Toda concreción de las consideraciones que permiten imponer un tratamiento ha tenido que ser derivada, en última instancia, a la prelación de valores imperantes en una sociedad (y a cuya consecución tiende la acción del Estado). Así se inmiscuye la cuestión ideológica ahora y así sucedió en el capítulo II, al hilo del estudio de la viabilidad de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal (*vid. supra* § II.3, de aquel capítulo). Y no podría ser de otro modo, de acuerdo con una de las bases de la tesis propuesta: la incidencia de lo político e ideológico en la determinación de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado (*vid. supra*, capítulo I § II).

⁶¹³ Definido el indicio cautelar como aquel *elemento, conducta o circunstancia objetiva, existente por tanto en la realidad, en que se basa la apreciación de la peligrosidad procesal* y caracterizado como *básico, fáctico, objetivo* y que ha de ser *objetivamente interpretado y libremente valorado* por el Juez, se presentaron tres métodos para inferir, a partir de determinadas circunstancias objetivas, la disposición anímica del sujeto. En el primero, tal disposición se deduce de la realización previa por parte del sujeto de un acto de frustración procesal o un hecho constitutivo de delito contra la Administración de Justicia. En el segundo, la disposición anímica se acredita mediante un informe técnico formulado por un especialista, cuya necesidad viene dada por la existencia de circunstancias que pueden considerarse expresión externa de una determinada postura personal. El tercer método consiste en formular, para examinar la disposición anímica del sujeto, un “cálculo coste-beneficio” asociado a la realización del acto peligroso.

máximas de la experiencia), (2) en el segundo método, dicho análisis del razonamiento práctico sí se realiza pero se somete, no a las máximas de la experiencia del juez, sino a los instrumentos del profesional en psicología y comportamiento humano. En el tercer método, en cambio (3) el juez sí realiza aquél análisis, y el elemento que permite pasar del indicio (o hecho indiciario) al hecho presunto (la disposición anímica) son las máximas de la experiencia judicial.

De la conjunción entre *disposición material*, *disposición anímica*, y los distintos *métodos* con que cabe apreciar esta última, pueden proponerse varias *opciones* sobre el contenido mínimo y necesario para el recurso a la tutela cautelar. Estas opciones, que habrían de situarse en distintas *posiciones valorativas* sobre la relación de poder entre Estado y ciudadano, consisten en exigir la apreciación:

- 1) Sólo de la *disposición material*, para acordar *cualquier medida cautelar*.
- 2) Sólo de la *disposición material*, para acordar *cualquier medida cautelar distinta a la prisión provisional*, pero requerir además la motivación de una *disposición anímica* para recurrir a *esta última*.
- 3) De la *disposición material* y *disposición anímica* (apreciada por cualquiera de los métodos identificados en el subapartado precedente), para acordar *cualquier medida cautelar*.
- 4) De la *disposición material* y *anímica* (apreciada por cualquiera de los métodos identificados en el subapartado precedente), para acordar *cualquier medida cautelar*, pero *condicionar la posibilidad de imponer la prisión provisional* a la motivación de la disposición material basada, en un *informe técnico de un especialista*.
- 5) De la *disposición material* y *anímica* (apreciada por cualquiera de los métodos identificados en el subapartado precedente), para acordar *cualquier medida cautelar*, pero *condicionar la posibilidad de imponer la prisión provisional* a la motivación de la disposición material basada en la *realización previa, por el sujeto, de actos de frustración procesal*.
- 6) De la *disposición material* y *anímica*, aunque *condicionando la posibilidad de imponer cualquier medida cautelar* a la motivación de la disposición anímica a partir de un *informe técnico de un especialista*.
- 7) De la *disposición material* y *anímica*, aunque *condicionando la posibilidad de imponer cualquier medida cautelar* a la motivación de la disposición anímica a partir de la realización previa, por el sujeto, de un *acto de frustración procesal*.

Cada una de estas opciones exige una *distinta intensidad* en la *consideración* que el Estado ha de acreditar para imponer un *tratamiento* asociado a la protección del proceso mediante la tutela cautelar. El grado de intensidad a exigir, como puede observarse, viene dado tanto por el tipo de disposición como por la “mayor o menor” certeza (que nunca será completa, por lo íntimo y predictivo de esa inferencia) de la disposición anímica deducida.

Se señalan, en el listado precedente, distintas opciones con que identificar el contenido mínimo de la peligrosidad procesal necesaria recurrir al género cautelar. El listado va de la opción menos garantista (por exigir sólo una disposición material para la adopción de cualquier medida cautelar) a la más garantista dentro del régimen de la prevención estrictamente procesal (por exigir, para la adopción de cualquier medida cautelar, los dos tipos de disposición y, además, que la actitud sea afirmada a partir del método que “menos incertidumbre” genera. Puede observarse que esta opción implica equiparar la *peligrosidad procesal potencial* a la *peligrosidad procesal real* por lo que, de asumirse ésta, no tendrá ningún efecto la distinción efectuada en el segundo capítulo de este trabajo). Todavía puede advertirse una opción más garantista, que consiste en exigir, para la protección del proceso, que el sujeto haya materializado un riesgo de frustración procesal en ese mismo proceso: en tal caso, no obstante, la tutela dispensada se acerca más al ámbito reactivo que al preventivo, aunque la reacción lleve implícita un efecto preventivo (como lo lleva la pena)⁶¹⁴.

En esta tesis se sostiene la posición quinta: para recurrir a la tutela cautelar, habrá de acreditarse la disposición material y la disposición anímica, por cualquiera de los tres métodos expuestos en el apartado precedente⁶¹⁵. No obstante, para decretar la prisión provisional, la disposición anímica habrá de tener como indicio bien la realización previa por parte del sujeto (en este u otro proceso) de un acto de frustración procesal, bien la condena (o determinadas absoluciones) de un delito contra la Administración de Justicia. Esta última exigencia pretende dar cabida, de algún modo, a la efectiva

⁶¹⁴ Lógicamente, las opciones descritas no se evalúan sólo por lo “garantistas” que sean sino, correlativamente, por las mayores o menores posibilidades de imposición de medidas cautelares que cada una de estas opciones permite: a menos exigencias mayores posibilidades de imposición, y a la inversa.

⁶¹⁵ No parece ser esta la posición asumida por el TC, sino la segunda de las expuestas. No obstante, la posición del alto tribunal al respecto no es del todo clara.

subsidiariedad de la prisión provisional. Al efecto, quizás cabría valorar la conveniencia que un informe técnico permitiera también la imposición de la más gravosa medida cautelar: no obstante, estimo que la previsión legal de esta posibilidad habría de esperar a (1) valorar la integración de estas nuevas disciplinas en la Administración de Justicia, (2) conseguir incorporar en el sistema un número suficiente de profesionales con formación específica en la materia, (3) estudiar y decidir el régimen (estatutario, laboral, etc.) de estos profesionales, en definitiva, su relación con la Administración de Justicia, (4) habilitar y cubrir plazas suficientes para llevar a cabo los pronósticos de peligrosidad.

Ciertamente, a la posición asumida puede reprochársele lo ajustado de su funcionalidad: realizar un juicio de prognosis no es tarea fácil, al contrario, necesita un esfuerzo por parte del Juez en la argumentación y motivación de las resoluciones. Además, si han de incorporarse profesionales que, de acuerdo con sus conocimientos científicos, informen sobre la probable conducta del sujeto, se incrementan los medios personales necesarios para administrar justicia y, por ende, los recursos económicos a destinar. Por otro lado, quedarán sin protección cautelar aquellos procesos respecto a los que el Juez no pueda argumentar una disposición anímica del sujeto y no podrán acordarse privaciones de libertad provisionales sino en casos en que el sujeto haya manifestado directamente, con un acto propio, la disposición personal a la frustración del proceso.

Las dos últimas objeciones sólo pueden ser rebatidas con argumentos de carácter valorativo (ellas mismas son objeciones basadas, en última instancia, en una determinada ponderación entre libertad y eficiencia en el enjuiciamiento). Está claro que si se de lo que se trata, con la tutela cautelar, es de cubrir un riesgo directamente derivado de la configuración del proceso (el *riesgo de frustración procesal*), la pregunta clave en la determinación del contenido de la peligrosidad procesal es: ¿quién ha de *asumir* la eventual materialización de ese riesgo? ¿El Estado, en cualquier caso? Así lo defendería un garantismo extremo, negando la posibilidad de imponer medidas cautelares ¿O lo ha de asumir en todo caso el sujeto pasivo del proceso, aún no existiendo indicio alguno relativo a su disposición, material o anímica, para la materialización del riesgo? Así podría defenderlo quien adopte una posición totalitaria, admitiendo la imposición de medidas cautelares con sólo atribuir la condición de imputado a una determinada persona. Entonces, la asunción de la posición mediana, en esta tesis, puede ser rebatida, obviamente, pero con argumentos en última instancia valorativos, no estrictamente técnicos o normativos.

En cuanto a las primeras objeciones (dificultad del juicio de prognosis e introducción de otros condicionantes científicos en la tarea de juzgar), ciertamente, no es nada fácil aplicar el derecho en una perspectiva de futuro: no he hallado quien sostenga la facilidad de cambiar la visión del juicio o razonamiento que ha de realizar el juzgador, de retrospectivo a prospectivo. Existen importantes diferencias en la forma de administrar justicia de forma esencialmente preventiva o de forma reactiva. Sin duda, la primera requiere mayor interrelación entre disciplinas científicas (y por ende, destinar mayores recursos a la Administración de Justicia), así como una preparación distinta del Juez, que ha de “soportar” la tarea de basar sus decisiones en pronósticos, porque preventivo es el derecho que aplica. Pero tales cambios han de ser, en mi opinión, asumidos a partes iguales, por el Estado y la comunidad que representa, y por los individuos que lo componen y, a la vez, padecen y se benefician del modo en que el Estado organiza sus relaciones (quién padece más y quien se beneficia más en una determinada organización social y económica, es harina de otro costal, pero sin duda relacionado con lo que aquí se trata). En cuanto a las objeciones de índole económica, “prevenir cuesta”, dinero y otros valores, se haga con medios sociales o medios penales.

E) Conexiones entre peligrosidad procesal potencial, peligrosidad procesal real y peligrosidad criminal.

Bajo este título quieren agruparse una serie de cuestiones dispares que tienen como común denominador conectar, de un modo u otro, peligrosidad procesal potencial, peligrosidad procesal real y peligrosidad criminal.

En las páginas precedentes se han fijado como elementos de la peligrosidad procesal, (1) la disposición material o capacidad de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar y (2) la disposición anímica a la materialización del riesgo de frustración procesal. En el momento de acometer dicha determinación también se ha advertido que este contenido puede predicarse tanto de la peligrosidad procesal *potencial* como de la peligrosidad procesal *real*, con la única diferencia que, en el primer supuesto, tales disposiciones se afirman de modo hipotético y, en el segundo, con carácter cierto: la distinción entre uno y otro tipo de peligrosidad es el paso de la potencia al acto. ¿Qué consecuencias tiene ese tránsito?

He de comenzar por advertir que la apreciación de la peligrosidad procesal potencial y la consiguiente imposición, en su caso, de una medida cautelar, crea una base fáctica para la comisión de un delito: el de quebrantamiento de la medida cautelar (art. 468 CP): obviamente, un sujeto no puede cometer ese delito si no se encuentra sometido a una medida cautelar.

En otro orden de consideraciones, también cabe advertir que la realización de un acto de frustración del proceso subsumible en un tipo penal, conlleva la incoación de otro proceso (que se acumulará o no al que pretendió frustrarse) por el nuevo hecho aparentemente delictivo. Así el sujeto ya no sólo tendrá la condición de imputado en el proceso primero (proceso nº 1) sino que también lo será, en su caso, por el acto de frustración procesal subsumible en un tipo penal (proceso nº 2). En definitiva, la peligrosidad procesal real (cuando de la potencia se ha pasado al acto) puede suponer el incremento de las causas abiertas contra el imputado del que se afirma dicha peligrosidad.

Resulta interesante observar que la materialización de un acto de frustración del proceso (o el intento de llevarlo a cabo) permite apreciar, posteriormente la disposición anímica por el primero de los medios de acreditación propuestos en este trabajo⁶¹⁶. Pero, a efectos de acreditar la capacidad material del sujeto para frustrar el proceso, sí resulta relevante atender a si el sujeto pasivo ha conseguido o no el efecto buscado: la frustración del proceso. Si, pese al intento, no se ha materializado el riesgo de frustración procesal, habrá de analizarse el motivo por el que el sujeto pasivo no ha conseguido el resultado intentado: puede suceder que los efectos asociados al acto hayan sido evitados por un tercero, pero aquélla situación también puede denotar una falta de capacidad material o aptitud para realizar determinados actos de frustración procesal. Con lo expuesto en este párrafo puede observarse que la realización de un acto de frustración del proceso es siempre indicativa de una actitud o disposición anímica a dicha frustración (por eso la peligrosidad procesal real de un sujeto permite acreditar la disposición anímica en la resolución cautelar en un proceso posterior, y también en el presente⁶¹⁷) pero no tiene porqué acreditar una disposición material para la frustración

⁶¹⁶ Sobre los medios de acreditación de la disposición anímica, *vid. supra*, § I.2.C.b en este mismo capítulo.

⁶¹⁷ *Loc. cit* en nota al pie anterior. Señala ORTELLS RAMOS, en “La ausencia del imputado...”, *ob.cit*; p. 481, que “si la incomparecencia del imputado implica la suspensión de la vista, es lógico que el ordenamiento jurídico establezca, para los casos de incomparecencia injustificada, una nueva consecuencia que, incidiendo sobre la libertad del imputado, le sujete inevitablemente a comparecer e

del proceso presente (si éste no ha conseguido ser frustrado pese al intento) ni de procesos futuros (pues la realidad en que se enmarcan dichos procesos es distinta).

En un tercer orden de consideraciones cabe observar que, en la medida que un determinado acto de frustración del proceso sea subsumible en un tipo penal, la prevención de su materialización no constituye sólo un acto de prevención procesal sino también de prevención criminal. Si esto es así, ¿por qué negar, como se ha hecho en esta tesis, la unicidad de las medidas de prevención procesal y criminal? Entre los motivos que pueden responder a esta pregunta se encuentran los siguientes:

- Ni todos los posibles actos de frustración del proceso se encuentran, necesariamente, tipificados como delito; ni todos los actos de prevención criminal son actos de prevención procesal. Esto es, la coincidencia entre uno y otro acto es contingente, no necesaria. En realidad, el ámbito objetivo de protección dispensado por las medidas de prevención criminal es mucho mayor que el de las medidas de prevención procesal: por pura aplicación de la teoría matemática de conjuntos, (1) no todas las medidas dirigidas a una protección material pueden incluirse en el ámbito de la protección procesal y (2) el ejercicio inverso depende tanto del concreto acto que deba llevarse a cabo para frustrar el proceso como de la posibilidad de que dicho acto sea subsumible en un tipo penal. Además,

- el menor ámbito objetivo de la protección ofrecida por las medidas cautelares permite acotar mucho más el juicio a realizar y los indicios a observar y valorar. También existen determinadas patologías que facilitan el juicio de peligrosidad criminal y, en cambio, no tienen incidencia alguna en la peligrosidad procesal.

- También son distintos los resultados de la aplicación de la regla de proporcionalidad (tanto en la previsión legislativa como en la aplicación judicial) sobre

impida que la realización de la vista quede subordinada a su arbitraria voluntad. Esta consecuencia consiste en la adopción *ex novo* o en la modificación de medidas cautelares personales respecto del imputado”. Ha de recordarse que este autor define la incomparecencia como un “supuesto de ausencia en paradero conocido, que consiste en la no presencia real en un acto procesal concreto”. Así que resulta lógico que la incomparecencia injustificada, pueda ser tomada como indicio de disposición anímica. Así que si está en paradero conocido, y la incomparecencia injustificada actúa como indicio de disposición anímica, una vez hallado de nuevo y conducido ante la presencia del órgano jurisdiccional, podrá adoptarse en su caso una medida cautelar. Cabe la posibilidad que se justifique entonces la incomparecencia: si así es, y esta no pudo justificarse antes, ya no habrá indicio de peligrosidad, por lo que no procederá acordar una medida cautelar. Sobre los requisitos de citación para apreciar incomparecencia, *vid.* ORTELLS, “La ausencia del imputado...”, *ob.cit.*; pp. 450 a 453; sobre la justificación de la incomparecencia, misma obra, pp. 453 a 463 (pp. 460 a 463 especialmente sobre la posibilidad de justificar la incomparecencia a posteriori).

una medida (objeto de regulación o de aplicación) de prevención criminal o sobre una de prevención procesal: situándonos en la exposición que en el primer capítulo se hizo sobre la racionalidad material de la actuación estatal, ha de recordarse ahora que las exigencias del justo medio y la necesidad de razón suficiente para el tratamiento del Estado al individuo (la «justicia del motivo», en definitiva, y del tratamiento, por extensión) dependen de distintos parámetros cuando la medida (prevista o aplicada) responde a la peligrosidad procesal o a la criminal⁶¹⁸.

- A nivel de propuestas específicas, aunque formuladas como hipótesis pendientes de estudio, cabría valorar la exigencia de un mayor grado de *Fumus Boni Iuris* para la adopción, con anterioridad a la sentencia, de medidas de prevención estrictamente criminal: se trataría de exigir una consideración general más cercana a la declaración de culpabilidad. Se trataría, en definitiva, de aumentar el *Fumus Boni Iuris* mínimo actualmente exigido (imputación) hasta equipararlo a la acusación.

- También a nivel de propuestas de análisis, cabría observar los efectos de la protección personal de la (presunta, en términos de certeza jurídica) víctima mediante la injerencia en los derechos del imputado. Para una buena sistematización de la tutela preventiva dispensada durante la pendencia del proceso penal habríamos de tener en cuenta los efectos de lo que hemos propuesto incluir en el conflicto de derechos individuales: ¿puede condicionarse la adopción de medidas de protección personal a la necesaria instancia de parte? Dicha posibilidad habría de ser afirmada o negada tras un profundo estudio de motivos de índole psicológico y sociológico, tanto teórico como empírico.

Con este conglomerado de ideas termino la formulación teórica de la peligrosidad procesal, “consideración especial” que permite imponer una medida cautelar, y doy paso al análisis de la “consideración general” necesaria para que dicha peligrosidad procesal tenga el efecto que se acaba de advertir.

⁶¹⁸ Sobre la racionalidad formal y material del tratamiento estatal al individuo, *vid. supra*, capítulo I § II.3.A. Sobre la incidencia de esta cuestión en la inconveniencia de tratar como un mismo fenómeno medidas que responden a distintos fundamentos, *vid. supra*, Capítulo II § II.3 y .4.

II. El presupuesto necesario para apreciar el anterior: La verificación de lo que pretende protegerse y de la condición de sujeto pasivo del proceso (tradicionalmente llamado *Fumus Boni Iuris*).

La exposición de los presupuestos de las medidas cautelares comienza, usualmente, con la del *Fumus Boni Iuris* (en adelante *FBI*). Se dice de él que “es el primer presupuesto para la adopción de toda medida cautelar”⁶¹⁹, opinión que comparto. Siendo así, quiere justificarse la alteración en el orden escogido en este trabajo para presentar los presupuestos. A esto se dedica parcialmente el epígrafe que sigue. Tras él, se expondrán los elementos que integran y condicionan este requisito de adopción de las medidas cautelares.

1. ¿Qué expresa el *Fumus Boni Iuris*? Ubicación del mismo en la tesis sostenida en el presente trabajo.

La necesidad de apreciar *FBI* para la adopción de una medida cautelar puede explicarse bien a partir del fundamento de estas medidas, bien a partir del presupuesto que es expresión directa del fundamento (*PIM*), bien desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

Para ilustrar las dos primeras opciones conviene recordar brevemente cómo se determinó el fundamento de la tutela cautelar penal. Dicho tuvo como sustrato una concreta situación jurídica previa, cuál es la genéricamente manifestada “necesidad de defensa del proceso”, a partir de lo que se identificaron los elementos del proceso que deben ser protegidos y de quién deben serlo, mediante las medidas de aquel tipo. Esto propició la construcción de los conceptos *riesgo de frustración procesal* y *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso⁶²⁰. La verificación de estos dos elementos en el caso concreto, como se ha expuesto, se acomete con la apreciación del tradicionalmente llamado *PIM*⁶²¹.

Atendiendo a los elementos que se acaban de reiterar como integrantes del fundamento y, necesariamente, del presupuesto que identifica el fundamento, ha de observarse que

⁶¹⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión...*; *ob.cit*; p. 125.

⁶²⁰ Capítulo II del presente trabajo, especialmente §§ III y IV.

⁶²¹ Se ha visto en páginas precedentes, § 1 de este mismo de este mismo título y capítulo.

el «riesgo de frustración» se predica del *proceso*, y la «peligrosidad procesal», de su *sujeto pasivo*. Por esto, puede afirmarse que tanto el fundamento como el *PIM* presuponen, tienen como condición previa de validez, *la existencia de un proceso que proteger* y la de *un sujeto pasivo* del mismo⁶²². Ambas circunstancias, en sede de medidas cautelares penales, se expresan con la concurrencia del *FBI*.

En otros términos pero con el mismo resultado: si el fundamento de la tutela cautelar es la “necesidad de defensa del *proceso* frente a eventuales conductas del *imputado* que constituyen un peligro para su vigencia y realización”⁶²³, su apreciación en el caso concreto presupone la existencia de un proceso (conocimiento de un hecho con carácter delictivo) y de un sujeto pasivo del mismo (imputación). Por esto se ha afirmado, en otro lugar, que cuál sea la formulación teórica del *FBI* depende del contenido que se asigne al *PIM*⁶²⁴.

Pero la necesaria apreciación y el contenido del *FBI* pueden explicarse también desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y, específicamente, de las *consideraciones generales* que se afirman en el proceso penal⁶²⁵.

Así, de acuerdo con el enfoque dado y la terminología empleada en este trabajo, el *FBI* expresa una relación positiva entre el hecho, el sujeto y la norma penal, lo que se traduce, si se quiere, en la “razonable atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho punible”⁶²⁶. Pero la afirmación de una relación positiva entre hecho, sujeto y norma penal no es contenido exclusivo, dentro del proceso, del presupuesto cautelar que ahora se analiza: a ello se destinan también la imputación, la apertura del juicio oral y la sentencia. Por esto, en las páginas siguientes, se hará

⁶²² La necesidad de *FBI* como presupuesto inherente a la formulación de *PIM*, fue anunciada, en sede procesal civil, por CALAMANDREI, como sigue: “el requisito de la urgencia y del *periculum in mora* se valora *tomando por base la hipótesis* de que la providencia definitiva deba dictarse en sentido favorable a quien solicita la medida”, en *Introducción al estudio...*; *ob.cit*; p. 74.

⁶²³ Con estas palabras se cifró, *supra*, en capítulo II §§ I y IV.1

⁶²⁴ *Loc.cit* en nota al pie anterior. Específicamente en § I.1.A.a

⁶²⁵ *Vid. supra*, sobre las consideraciones generales afirmadas en el proceso, capítulo I § II.4.A.a; y sobre el avance del proceso condicionado a la afirmación, en distintos grados, de la relación positiva entre los elementos que integran el juicio penal, *vid. también supra*, capítulo II § III.2.A.a.

⁶²⁶ GIMENO SENDRA, V; en *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Civitas, 1985, p. 65

referencia a las posibles conexiones entre las distintas *consideraciones generales*, a saber: imputación, apertura del juicio oral, sentencia y, en un orden distinto, *FBI*⁶²⁷.

Desde la óptica advertida, el *FBI* puede ser entendido como aquella *consideración general* a partir de la que puede dictarse, en su caso, la consideración especial que justifica el recurso al género cautelar. Pero ha de tenerse muy presente que la consideración general no permite, por sí sola, la imposición de una medida cautelar penal. En otras palabras, el *FBI* es requisito imprescindible pero insuficiente para imponer una medida de ese género.

Su carácter de base hipotética del fundamento es el motivo principal por el que se ha preferido exponer el *FBI* con posterioridad al *PIM*: la determinación teórica de aquél depende del contenido asignado a éste. Ahora bien, ciertamente, una vez concretado teóricamente el *FBI*, su apreciación en la práctica debe preceder a la del *PIM*, pues sin el primero no cabe siquiera examinar la concurrencia del segundo, al no existir lo que éste da por cierto. Su equiparación material a las consideraciones generales que se dictan en el proceso penal es un buen argumento, también, para sostener que la apreciación de este presupuesto, en la práctica, ha de preceder a la consideración especial expresada con la peligrosidad procesal.

De acuerdo con las posibles combinaciones aleatorias entre hecho, sujeto y norma penal, y precisamente porque el *FBI* (como el resto de *consideraciones generales* que se dictan en el proceso penal) expresa una relación positiva entre aquellos tres elementos, cabe afirmar que también son tres las vertientes a examinar en la apreciación de este presupuesto (y de cualquier otra consideración general): relación hecho-sujeto, hecho-norma penal y sujeto-norma penal.

Ciertamente, la doctrina acostumbra a separar el contenido de este presupuesto en dos distintos: “la necesidad de un hecho con apariencia delictiva” y “la necesidad de un sujeto aparentemente responsable de ese hecho”. Podría aducir-se, al respecto, que el

⁶²⁷ La equiparación del contenido material del *FBI* con el de las consideraciones que, con distinta gradación, se dictan en el proceso penal, se percibe también al hilo del análisis que la doctrina científica hace del contenido de este presupuesto: para dilucidar algunas de las cuestiones más controvertidas (como el “grado de apariencia de buen derecho” exigido o la posible incidencia de la concurrencia de causas de justificación), la doctrina acostumbra a trasladar los argumentos, o simplemente partir de ellos, que sobre estas cuestiones se debaten respecto al auto de procesamiento o al juego apertura del juicio oral-sobreseimiento.

En este trabajo, *vid.* específicamente, *infra*, el apartado 3 de este mismo título.

doble análisis señalado no tiene justificación “real”, pues, en el proceso penal, ambos son indisociables: la responsabilidad penal sólo puede serlo por hechos tipificados como delito o falta en el código punitivo y, además, sin la existencia de ese hecho ni, en consecuencia, la incoación del proceso, no puede dictarse ninguna de las consideraciones generales afirmadas del sujeto pasivo. Esto es, no hay imputación sin proceso, y no hay proceso sin hecho aparentemente delictivo.

Siendo correcto lo que se acaba de exponer, mayor reproche habría de recibir la clasificación analítica que en este trabajo se propone para el *FBI*. No obstante, y sólo a efectos dogmáticos, entiendo que el análisis por separado de las tres relaciones que integran el contenido de cualquier *consideración general* permitirá (1) ubicar con claridad cada una de las “controversias” que, respecto al *FBI*, se aducen y (2) comparar, con una utilidad marcadamente práctica, las relaciones y diferencias entre el contenido del *FBI* y el del resto de consideraciones generales que se afirman en el proceso (esto es, imputación, apertura del juicio oral –previa acusación, claro está- y sentencia).

2. Contenido del *Fumus Boni Iuris*.

A) Relación entre el hecho objeto de enjuiciamiento y el sujeto: La “imputación” o “atribución” a un sujeto del hecho enjuiciado.

El *FBI* es normalmente calificado como un juicio de *verosimilitud* o de *probabilidad*⁶²⁸ sobre la *existencia del derecho* cuya protección se solicita⁶²⁹. Se conviene así que la apreciación de *FBI*, como la de *PIM*, supone la formulación de una *hipótesis*, esta vez dirigida a la *existencia del derecho*, cuya realidad o certeza sólo podrá enjuiciarse a partir del sentido dado a la sentencia. Las cursivas intentan poner de manifiesto dos importantes cuestiones en todo abordaje de las medidas cautelares penales:

a) Por un lado, ha de advertirse que lo que se coloque detrás de “juicio de verosimilitud o de probabilidad” no es cuestión baladí. De ello dependerá el objeto genérico de la protección ofrecida por la medida cautelar: ¿se defiende el proceso o el

⁶²⁸ Claramente, a partir de la teoría civil de medidas cautelares, en la que CALAMANDREI afirmó que “la instrumentalidad de las medidas cautelares implica que su emanación (...) presuponga un *cálculo preventivo de probabilidades* acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura providencia principal”, en *Introducción al estudio...*; *ob.cit*; p. 74.

⁶²⁹ GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 125.

derecho sustantivo? Esta cuestión, de especial relevancia en la teoría de medidas cautelares civiles (pues constituye el principal debate entre las dos corrientes en la materia⁶³⁰), puede ser reconducida a la exposición de una de las características más alegadas y controvertidas de las medidas cautelares: la instrumentalidad. Al respecto ha de recordarse que, en esta tesis (1) el objeto de la protección ofrecida por la tutela cautelar se concreta a partir de su fundamento y que (2) la determinación del fundamento procesal parte de la función, desde el punto de vista técnico, más esencial del proceso: la “resolución” de la cuestión penal, esto es, el enjuiciamiento de si cabe responsabilizar penalmente a un sujeto por la comisión de un acto tipificado como delito o falta.

b) Por otro, se ha hablado de juicio de “probabilidad”. El uso de este sustantivo enlaza directamente con el grado de la verosimilitud afirmada con el *FBI*: ¿en qué medida ha de creerse que el sujeto cometió o participó en el hecho enjuiciado?

Respecto a la última cuestión: Constituye un lugar común la idea que identifica la apreciación de *FBI*, en el marco de la tutela cautelar penal, con la *probabilidad* de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto. Además, dicho grado de certeza acostumbra a equipararse con la *imputación* judicial⁶³¹. Valoremos lo preciso de esa conexión para sentar una posición clara (o al menos con vocación clarificadora) acerca de lo que, en mi opinión, ha de ser el umbral mínimo en la apreciación del *FBI*.

Se hace necesaria, primeramente, la distinción semántica entre eventualidad, posibilidad y probabilidad⁶³²:

Eventual es aquello que está “sujeto a cierto evento o contingencia”, aquel “hecho o circunstancia de realización incierta o conjetural”. Efectivamente, la condena, antes de la sentencia, es un hecho incierto, sujeto en última instancia al contenido de esa resolución, que a su vez dependerá de la práctica probatoria, su interpretación y su

⁶³⁰ *Vid. supra*, capítulo I § III.

⁶³¹ A título de ejemplo, ATC de 21 de marzo de 1984, en el que, al hilo del análisis de la compatibilidad entre presunción de inocencia y auto de procesamiento, se alude al grado de certeza expresado en el procesamiento, identificándolo como “más que una mera posibilidad pero menos que una certeza”, eso es, la “probabilidad” de la comisión de un delito, “probabilidad de la que se deja constancia a través de la imputación”. Resolución reseñada por ARMENTA DEU, T; *Lecciones de derecho procesal penal, ob.cit.*; p 217.

⁶³² A partir de las definiciones del *Diccionario de la Lengua.*; *ob.cit.*; pp. 1013, 1810 y 1836, respectivamente.

valoración. Pero la eventualidad de que se condene al sujeto pasivo del proceso puede afirmarse en todos los momentos anteriores a la firmeza de la sentencia. Así que no aporta demasiados parámetros para determinar cuál es el grado concreto, entre la primera atribución de la consideración de sujeto pasivo del proceso hasta su condena, que permite afirmar el *FBI*.

La *probabilidad*, en tanto cualidad de probable, se predica de aquello que es “*verosímil*, que se funda en una razón prudente”, “que *se puede probar*”. Cabe observar que verosimilitud (junto a probabilidad) son los atributos con que la doctrina define el juicio consistente en el *FBI*.

Por último, la *posibilidad* es aquella “aptitud, potencia u ocasión para ser o existir algo”, la “aptitud o facultad para hacer o no hacer algo”. Se afirma lo *posible* cuando existe la facultad o se tienen los medios disponibles para hacer algo⁶³³.

Aunque pueda parecer una cuestión puramente nominal, quien suscribe estas líneas difiere de la mayoría de la doctrina en el grado de certeza de comisión delictiva que ha de apreciarse para entender concurrente el *FBI*: no es la probabilidad sino la *posibilidad* de realización del hecho enjuiciado por parte de un sujeto, el grado de certeza mínimo y necesario para acordar una medida cautelar penal. ¿Cómo exigir un grado superior (la probabilidad) cuando, precisamente, asegurar el *status quo* existente y necesario para afirmar esa probabilidad puede ser una de las intenciones por las que se acuerda la medida cautelar?

No obstante, la diferente posición que se acaba de aducir se limita al nombre con que se designa el grado (posibilidad o probabilidad). Esta diferencia desaparece cuando quiere asimilarse el *FBI* a una de las que aquí se han denominado *consideraciones generales*: entonces la cuestión del grado necesario de “apariencia de buen derecho” que posibilita el recurso al género cautelar se resuelve con una posición casi unánime en la doctrina: la opinión, que comparto, de que el grado exigido equivale a la *imputación* judicial⁶³⁴.

Nada que oponer al respecto. Sólo que, pese a doctrina constitucional y la mayoría de la doctrina científica, considero que la imputación ha de dictarse ante la mera *posibilidad*

⁶³³ Sobre posibilidad, probabilidad, certeza y las distintas consideraciones generales que se dictan en el proceso penal, *vid. infra*, capítulo I § .II.A.a. Allí se equiparó la posibilidad de comisión delictiva con la imputación, la probabilidad con la apertura del juicio oral y la certeza con la sentencia firme.

⁶³⁴ GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob.cit*; p. 126; MÁLAGA DIÉGUEZ, F; *El fundamento de la tutela...*; *ob.cit*; pp. 165 y 167, dónde cita a los autores que, en su opinión, asumen tal equiparación.

que un sujeto haya intervenido en la realización del hecho enjuiciado. Para afirmar esa posibilidad, obviamente, ha de observarse ya algún vínculo entre la comisión de ese hecho y el sujeto que se va a imputar: se afirma, con la imputación, que el sujeto *puede ser o no ser el autor* (partícipe, etc.) del hecho. Lo relevante no es que pueda no serlo (pues en eso se asimila a un sujeto no imputado) sino que *pueda serlo*, esto es, que exista una conexión suficiente para afirmar la aptitud, la potencia o la ocasión del sujeto para haber realizado ese hecho. La suficiencia de esa conexión no puede fijarse teóricamente puesto que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso concreto. Pero en mi opinión, ante la incertidumbre pero posibilidad, se exige la opción más garantista: aceptar la posibilidad para que el derecho de defensa actúe cuanto antes⁶³⁵.

En cambio, la *probabilidad* de la relación existente entre el hecho y el sujeto pasivo se aprecia con la *apertura del juicio oral*: fijada la imputación, la relación descrita será reconsiderada en la llamada fase intermedia del proceso penal, de manera que si llegados a esta fase, y a juicio del órgano jurisdiccional, no existen suficientes elementos de *prueba* para relacionar al sujeto con el hecho enjuiciado (no se ha conseguido afirmar una probabilidad, en definitiva) ha de sobreseerse provisionalmente el proceso y, en consecuencia, alzar las medidas cautelares que resultaren vigentes⁶³⁶.

La posición mantenida en este trabajo (equiparación del *FBI* a la *imputación* y ésta a la *posibilidad* de atribución del hecho al sujeto) es coherente con el dictado de las distintas comprobaciones de la viabilidad del proceso que, según se expuso al inicio de este trabajo, constituyen también una exigencia de la presunción de inocencia (como regla de tratamiento del imputado y como criterio estructural básico del proceso penal).

Con todo, resulta comprensible que, ante la ausencia de imputación formal en el procedimiento abreviado, entre los años 1988 y 2002, la adopción de una medida cautelar fuera considerada un acto de imputación tácita, al estimarse que toda adopción de medida cautelar venía precedida de la comprobación de existencia de *FBI*⁶³⁷.

⁶³⁵ Obviamente, lo que se acaba de afirmar es una cuestión supeditada a la fijación estatal de las distintas consideraciones generales y tratamientos que se dictan y dispensan en el proceso penal. Defiendo en esta sede la opción más garantista, aunque, obviamente, otras tendencias pueden modular el grado necesario para hacer surgir el derecho de defensa. Nuevamente se pone de manifiesto la relevancia de la cuestión ideológica cuando del contenido de las normas hablamos y, específicamente, al hilo de la relación de poder entre Estado y ciudadano.

⁶³⁶ Respecto al sobreseimiento provisional, *vid.* el trabajo de VILLAMARÍN LÓPEZ, ML; *El sobreseimiento provisional...; ob.cit; passim.*

No obstante lo anterior, el debate acerca del grado de *atribución* subjetiva necesario para entender concurrente el *FBI* se ha visto influenciado por una cuestión recurrente en el análisis de la prisión provisional: la equiparación o no entre el contenido del auto de procesamiento y el *FBI* exigido para acordar aquella medida. De hecho, habría de centrarse este debate en los siguientes términos: se perciben como puntos conflictivos (1) si debe haberse dictado auto de procesamiento para acordar la prisión provisional y (2) si el significado y alcance del auto de procesamiento y el *FBI* coinciden, cuestión surgida a partir de la comparación entre los “motivos bastantes” exigidos por el art. 503.1.2º LECrim, en sede de prisión provisional, y los “indicios racionales” que, *ex art.* 384 LECrim, permiten dictar auto de procesamiento en el proceso ordinario⁶³⁸.

En el debate, que ha adquirido una notoriedad a veces ilusoria⁶³⁹, las dos cuestiones se entrelazan a partir de la tesis sostenida por el profesor Gimeno Sendra según la que “nuestra LECrim distingue dos grados de apariencia de buen derecho: los «*indicios racionales de criminalidad*», que serían suficientes para acordar medidas como la libertad provisional con o sin fianza, y los «*motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado*», que supondrían un *plus* material y deberían concurrir para poder acordar la prisión provisional, evitando la posibilidad de decretar la medida cuando su destinatario está exento de esa responsabilidad criminal”⁶⁴⁰. Dejemos de lado, por el momento, la posible concurrencia de causas de exención de la responsabilidad penal,

⁶³⁷ Tanto la existencia de “un hecho que presente caracteres delictivos” como la de “motivos bastantes para creer responsable del delito al sujeto que debe aplicarse la medida” eran requisitos exigidos en la regulación de la prisión provisional anterior a la reforma de 2003 (y antes, ya en la Ley Provisional de 1872, en su artículo 396). Claro está, en coherencia con la ausencia de un sistema legal de medidas cautelares, ambos requisitos no han sido formal y generalmente exigidos en materia cautelar por la legislación procesal penal española, pero en este concreto aspecto, afortunadamente, la expansión de la doctrina legal, jurisprudencial y científica, de la prisión provisional extendió este indispensable requisito a la adopción de toda medida cautelar penal.

⁶³⁸ Pese a que la referencia más aducida a esta cuestión es a GIMENO SENDRA, que la aborda en varias de sus obras, puede encontrarse una amplia referencia de los autores que se muestran a favor y en contra de la identidad en el contenido de ambos “actos de imputación” en ORTELLS RAMOS, M; “Para una sistematización...”, *ob.cit*; p. 473, nota al pie 111.

⁶³⁹ Tal es así que, por ejemplo, RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R; en su monografía *El procesamiento*, (Comares, 1998), pese a titular de forma sugestiva uno de sus capítulos “Las medidas cautelares y el auto de procesamiento. ¿Una mayor intensidad indiciaria para la adopción de la medida cautelar de prisión provisional?”, ni hace referencia alguna al debate de que hablamos ni manifiesta posición alguna respecto a su contenido.

⁶⁴⁰ GIMENO SENDRA (citado por MÁLAGA DIUÉGUEZ, en “El fundamento de la tutela...”, *ob.cit*; p. 167, np.103) que critica esta idea, aunque con distintos argumentos a los que en este trabajo se defenderán.

para centrarnos en ese “plus material” que, de acuerdo con la posición expuesta⁶⁴¹, ha de observarse para decretar prisión provisional:

a) El *FBI* es una imputación judicial que “opera con independencia del auto de procesamiento”⁶⁴². Pese a la ambigüedad de la formulación trascrita, entiendo que (por los motivos que se aducirán en las líneas siguientes) el autor que la sostiene no pretende justificar la adopción de la prisión provisional con anterioridad al auto de procesamiento sino que pretende manifestar la insuficiencia del auto de procesamiento a aquellos efectos (como se expone a continuación).

b) El *FBI* necesario para acordar la prisión provisional es cualitativamente superior a lo exigido para dictar auto de procesamiento. Mientras el auto de procesamiento exige una apreciación meramente *objetiva*, a partir de los indicios existentes, de criminalidad; el *FBI* necesario para decretar la prisión provisional requiere una *valoración* (subjetiva, por tanto) sobre la responsabilidad penal del sujeto⁶⁴³.

c) Entonces, si el *FBI* supone un plus cualitativo al auto de procesamiento, debe haberse dictado éste con carácter previo a la imposición de una medida cautelar⁶⁴⁴.

⁶⁴¹ Desarrollada después, a partir de la distinción semántica entre “motivos”, “sospechas” e “indicios”, por ASENSIO MELLADO, JM; en *La prisión provisional*, Civitas, 1987, pp. 113 a 119.

⁶⁴² GIMENO SENDRA, V; *Derecho Procesal Penal*, *ob.cit*; *loc. cit.*

⁶⁴³ La idea es desarrollada por ASENSIO MELLADO, concluyendo: “En este sentido se entiende por «indicios» la existencia de una simple posibilidad racional, de una sola duda sobre la inocencia, mientras que los motivos implican una mayor certeza sobre el juicio de reproche, una convicción basada en los datos del sumario que permita sostener, de forma provisional, la responsabilidad criminal del sujeto”, en *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 118.

⁶⁴⁴ Continúa ASENSIO MELLADO la conclusión trascrita en la nota al pie anterior: “De ser ello así resultaría que el auto adoptando la prisión provisional, en cualquier caso, habría de ser posterior a la declaración de procesamiento” (*ob.cit*, *loc.cit* en nota al pie anterior). Tras denunciar el sentido contrario de la práctica forense, confirma su posición alegando, sin más, que la equiparación entre «indicios» y «motivos» podría ser considerada contraria a la presunción de inocencia.

En la posición opuesta, niegan la necesidad de auto de procesamiento como requisito para acordar una medida cautelar, ILLESCAS RUS, AV; (apoyando su posición en HERCE QUEMADA, VICENTE CHAMORRO, RAMOS MENDEZ y ARANGÜENA FANEGO) en “Las medidas cautelares personales...”, *ob.cit*; p. 67: “pese a la coincidencia sustancial de elementos objetivos y subjetivos que respectivamente los sustentan, procesamiento y medidas cautelares son dos realidades distintas, sin que el primero condicione o deba preceder indefectiblemente en la adopción de las segundas”. En mi opinión, ciertamente, procesamiento y medidas cautelares son dos actos distintos, pero la diferencia radica en que (1) el procesamiento es una “consideración general” y la medida cautelar un “tratamiento especial” y (2) para el tratamiento identificado con la imposición de una medida cautelar es necesario atribuir, además de la imputación, otra consideración: la peligrosidad procesal. Así que, *FBI* e imputación (auto de procesamiento si el proceso es un ordinario por delitos graves), pueden equipararse, aunque ni uno ni otro comportarán, *per se*, la adopción de una medida cautelar, siendo necesario para ello acreditar el *PIM* o peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso.

La construcción no me parece convincente: en mi opinión, el grado de “apariencia de buen derecho” que haya de exigirse para recurrir al género cautelar, el *FBI*, en definitiva, no ha de depender del *contenido* de la medida concreta, sino del *fundamento* de la tutela cautelar: Si la tutela de este género ha de defender al proceso de posibles actos de su sujeto pasivo, ¿porqué exigir “algo más” a la fijación de ese sujeto? ¿Por qué exigir un *FBI* para acordar la comparecencia periódica y otro para imponer la prisión provisional? ¿Cuál es la justificación? Parece que en la tesis de los doctores Gimeno Sendra y Asensio Mellado, no lo es el fundamento de la tutela cautelar penal, sino su contenido. En mi opinión, no es el fundamento de la tutela el que se encuentra supeditado al contenido de la medida, sino a la inversa: sólo habiendo determinado el fundamento en el caso concreto habrá de valorarse la concreta medida que es necesario imponer. Y aún manteniendo aquella opción por motivos garantistas, también sería en mi opinión, errónea⁶⁴⁵.

El contenido de la medida cautelar a acordar se encuentra directamente condicionado, de un lado, por la determinación del *PIM* (una comparecencia periódica no va a servir para evitar que el sujeto pasivo provoque su propia insolvencia) y, de otro, por la aplicación del principio de proporcionalidad. Pero en ningún caso por el *FBI* ni, por tanto, el *contenido* de ese presupuesto puede venir condicionado por el de la propia medida.

En la tesis que se propone, el *FBI* es la *consideración general* necesaria para poder afirmar, si procede la *especial*: el *PIM*. Si quiere condicionarse la adopción de la prisión provisional a algún extremo habrá de hacerse en relación al presupuesto específico de la tutela cautelar penal. En síntesis, coincido, con la tesis de GIMENO y ASENSIO, que (1) El auto de procesamiento (como toda imputación) ha de preceder (o ser simultáneo) a la adopción de la prisión provisional (o de otra medida cautelar) y (2) El auto de procesamiento (o cualquier otro acto de imputación) no es suficiente para imponer la

En conexión con lo que nos ocupa, se afirma en el texto principal la necesidad de un auto de procesamiento *previo* al decreto de una medida cautelar. De hecho, la posibilidad que la imputación sea coetánea o simultánea (no necesariamente previa) a la adopción de una medida cautelar, puede considerarse una cuestión controvertida, o al menos susceptible de matices.

⁶⁴⁵ Cuestión distinta es que, por opciones de política criminal, quiera de algún modo limitarse la adopción de la prisión provisional, sujetándola de algún modo a mayores exigencias. Pero, como se defenderá en esta tesis, es preferible que esa exigencia de política criminal se proyecte sobre el fundamento que más claramente individualiza el fundamento cautelar: el *PIM* o peligrosidad procesal, en la denominación propuesta en este trabajo.

prisión provisional (ni cualquier otra medida cautelar): y esto último porque será necesario afirmar, además, la concurrencia del *PIM*⁶⁴⁶. Difiero, en cambio, en que la adopción de la prisión provisional requiera una acreditación de la relación entre hecho y sujeto superior a la que se exige para la imputación.

B) Relación entre el hecho objeto de enjuiciamiento y la norma penal: la existencia de un hecho con apariencia “delictiva”.

Obviamente, si la tutela cautelar penal es un instrumento de protección del proceso, habrá de verificarse la existencia de dicho proceso, lo que depende del conocimiento de un hecho con apariencia «delictiva». Para considerar cumplido este requisito bastará que *no pueda excluirse* el carácter delictivo del hecho denunciado (que, lógicamente, ha de existir, lo que en este estadio equivale a que no sea imposible)⁶⁴⁷. Constituye, esta situación, la primera relación positiva entre hecho y norma penal, marcando la posibilidad de que el hecho sea encuadrable en alguno de los descritos en el Código Penal. Eso no significa que con la mera admisión de la denuncia o querrela pueda decretarse una medida cautelar. Y esto porque la apariencia “delictiva” del hecho es sólo uno de los parámetros del *FBI*: como se ha defendido en el apartado precedente, el otro, el que relaciona hecho y sujeto, equivale a la *imputación* judicial. Así que, con independencia de que la admisión de la denuncia permita afirmar la posibilidad del carácter “delictivo” del hecho (y la existencia del proceso, por ende), la adopción de una medida cautelar habrá de esperar a la imputación de ese hecho a un sujeto. Imputación que no se da con la admisión de la denuncia o querrela, pues la relación entre el hecho y el sujeto no es objeto del examen inicial para la admisión de aquellas formas de manifestación de *notitia criminis*⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ De forma distinta apunta GUTIERREZ DE CABIEDES la misma conclusión: “en el procesamiento sólo hay consideración de *fumus*, más no de *Periculum in mora*, por lo cual deberá evitarse, además, un indebido automatismo en el decreto de la prisión provisional al tiempo de dictarse el procesamiento”, en *La prisión provisional, ob.cit*; p. 126, np 266.

⁶⁴⁷ Arts. 262, 312 y 313 LECrim.

⁶⁴⁸ Precisamente porque *la atribución, a un concreto sujeto del hecho* objeto de denuncia o de querrela no forma parte del examen para la incoación del proceso, no cabría apreciar un acto de “imputación judicial” cuando la denuncia o la querrela admitidas a trámite identifiquen o vayan dirigidas contra un sujeto concreto.

Dado que el contenido del *FBI* que ahora se analiza es expresión de la relación “hecho-norma penal”, conviene preguntarse sobre la posible incidencia, en la afirmación de este presupuesto, de la “apreciación” de aquellas causas excluyentes del concepto de infracción: esto es, aquéllas que niegan la acción, las causas de atipicidad y las causas de justificación (esto es, las que niegan la antijuridicidad del hecho). La cuestión ha sido planeada respecto al tratamiento de la prisión provisional y su análisis, preferentemente, a partir de la incidencia de estos extremos en el auto de procesamiento⁶⁴⁹.

En otro orden de consideraciones, ha de advertirse que la formulación tradicional de esta parte del *FBI* exige el carácter *delictivo* del hecho, lo que, en puridad semántica excluye el recurso a la tutela cautelar cuando el hecho constituye, aparentemente, una *falta*. Esto, que en principio parece aceptable, por exigencias del principio de proporcionalidad, cuando de la prisión provisional hablamos, no ha de trasladarse, en mi opinión, a la totalidad de las medidas del género que ahora se analiza. ¿Por qué habría de negarse la protección del proceso en el juicio de faltas, cuando respecto a él pudiera afirmarse un *riesgo de frustración procesal*? Lógicamente, si la única medida es la de privación de libertad, la aplicación del “principio” de proporcionalidad impedirá el recurso a la tutela cautelar en este tipo de procesos. Pero, existiendo alternativas a tan gravosa medida, no se alcanza a comprender por qué determinados procesos, en los que se juzgan conductas tipificadas por la ley penal, han de estar *a priori* exentos de protección. Pese a que la imposibilidad de acordar medidas cautelares penales (y más específicamente, la prisión provisional) en los juicios de faltas es abordada por la doctrina, normalmente, en sede de *FBI*, en este trabajo (ya se ha dicho en otro lugar) la cuestión se encuentra preferentemente vinculada a la posibilidad de afirmar un *riesgo de frustración procesal* y no a la formulación nominal del *FBI*. Por este motivo, he de remitir su análisis a lo expuesto en otros lugares de este trabajo.

C) Relación del sujeto con la norma penal: La apariencia de “responsabilidad” penal del sujeto pasivo del proceso.

El análisis, en páginas precedentes, de la relación entre hecho enjuiciado y sujeto pasivo se dirigía, básicamente, a fijar el grado de *atribución* subjetiva necesario para entender

⁶⁴⁹ ASENCIO MELLADO, JM; *La prisión provisional, ob.cit;* p. 72.

concurrente el *FBI*. Ahora, con la relación entre sujeto pasivo y norma penal, se aborda la incidencia del *reproche* en la apreciación del *FBI*.

“Reprochar no es una acción ajena al orden jurídico⁶⁵⁰. El reproche tiene una conexión directa y esencial, además, con la *valoración*. Ambas cuestiones permiten centrar la controversia que, en la dogmática, ha rodeado la rituaría formulación según la que el *FBI* expresa la “apariencia de *responsabilidad* penal del sujeto pasivo”. En otros estadios de este mismo trabajo, se ha presentado el carácter valorativo del derecho penal (pese a que la cuestión podría abordarse también en el derecho privado). Centrar el discurso sobre la incidencia de las causas de justificación y exención de responsabilidad penal en materia cautelar equivale, primordialmente, a designar los lugares en que el Derecho (o el Estado a través del Derecho) “reprocha” conductas de sujetos:

1) De hecho, la desvalorización de un determinado acto se acomete con la tipificación del mismo en la ley penal. Por esto, la cuestión del “reproche” en materia cautelar se ha ubicado, anteriormente, en la relación que une *hecho* y *norma penal* (*vid* apartado anterior). Pero el reproche del acto (que de forma genérica, se acomete con la tipificación y se excluye con las causas de justificación) se extiende al sujeto a quien se atribuye, en el caso concreto, la comisión del acto. Por este motivo, parte de la cuestión del reproche o la desvalorización del hecho cometido ha de ubicarse en esta sede, la que expresa la relación entre *sujeto* y *norma penal*.

2) La tipificación de conductas, así como la previsión de causas excluyentes del concepto de infracción y de pena⁶⁵¹, es una cuestión eminentemente valorativa⁶⁵²: ¿cómo sino *valorando* los *intereses* a proteger, y en qué grado, pueden “crearse” normas? Pero la desvalorización del acto y conducta del sujeto no termina en la norma penal: también cuando el juez “realiza el derecho en el caso concreto” *valora* el concreto acto y conducta del sujeto en el conjunto de circunstancias que rodearon su realización.

⁶⁵⁰ La inclusión se acepta también por la “semántica oficial”, que denota lo jurídico del término: En su tercera acepción, el “reproche” se define como la “atribución a alguien de las consecuencias de una acción dañosa o ilegal, mediante la exigencia de responsabilidad civil o penal”. VOZ: “reproche”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 1951.

⁶⁵¹ Se toma el nombre bajo el que JIMENEZ DE ASÚA agrupa los caracteres que denotan *ausencia* de acción, de tipicidad, de antijuridicidad, de imputabilidad, de culpabilidad y de penalidad (*Lecciones de derecho...*; *ob.cit*; p. 296).

⁶⁵² A partir de la distinción entre ley y norma, y bajo la opinión de que el derecho es una sanción finalista, afirma JIMENEZ DE ASÚA que “la ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige, lo que constituye su base axiológica”. Acomete este contexto en *Lecciones de derecho...*; *ob.cit*; pp. 44 y ss.

3) El anterior apartado sitúa el debate que nos ocupa en la valoración dentro del proceso. Dado que la valoración es una cuestión comúnmente conectada con los resultados que ha de reportar la prueba, a nivel de convicción judicial de la realidad del hecho y sujeto enjuiciados, el acto de valorar se afirma preferentemente como cometido del órgano enjuiciador⁶⁵³.

3. Algunas ideas sobre la relación del *Fumus Boni Iuris* con las consideraciones generales que se dictan en el proceso penal.

La exposición del FBI y su relación con otras consideraciones que se dictan en el proceso penal es fácil de explicar si se sitúa la exposición en la hipótesis relativa a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado. Si la imputación ha de considerarse manifestación suficiente para entender cumplido el presupuesto tradicionalmente llamado *FBI*⁶⁵⁴, no cabe duda que consideraciones generales posteriores que resuelvan en el mismo sentido (auto de apertura del JO y sentencia condenatoria) deben entenderse confirmatorias de este presupuesto. Pero ha de observarse también, lógicamente, el efecto contrario: si alguna de las consideraciones generales que siguen a la imputación no es afirmada, habrá de entenderse inexistente el *FBI*.

Por lo anterior, la apertura del juicio oral y la sentencia condenatoria (actos mediante los que se atribuye al sujeto pasivo la condición de acusado y condenado) tienen una “influencia decisiva en la *solidez*⁶⁵⁵ del *FBI*”⁶⁵⁶. Pero también la consecuencia inversa: el alzamiento de toda medida cautelar como efecto del auto de sobreseimiento (libre o

⁶⁵³ En esa función encuentra sustento y justificación la máxima “quien instruye no puede juzgar”: se trata, con esta regla, de no “contaminar” el ánimo valorativo de quien ha de pronunciarse definitivamente sobre la culpabilidad o inocencia del sujeto pasivo (y en ese sentido se relaciona con la imparcialidad, aunque ésta última no es, en mi opinión fundamento de aquella regla, pues la parcialidad de un juzgador implica la “contaminación” de su valoración por la especial y privada relación que le une a alguno de los sujetos o al objeto de la causa). Esta cuestión será nuevamente retomada al hilo del análisis del órgano competente para la resolver los recursos en materia cautelar (*vid. infra*, capítulo V§ I.1.B.).

⁶⁵⁴ Una vez más, la motivación exigida por el TC al auto de procesamiento es indicativo de la equiparación entre FBI e imputación: ambas declaraciones judiciales tienen, si se observa, el mismo contenido.

⁶⁵⁵ VOCES: “Solidez” (cualidad de sólido) y “Sólido” (asentado, establecido con razones fundamentales y verdaderas), *Diccionario de la lengua...*; *ob.cit*; p. 2086.

⁶⁵⁶ El entrecomillado quiere ser fiel a la expresión utilizada por MÁLAGA DIÉGUEZ, F; (*ob.cit*; p. 169), aunque él la refiera a la sentencia *recurrida*, de la que afirma ser “un acto procesal con una influencia decisiva en la solidez del *FBI*”.

provisional) o de la sentencia absolutoria. En consecuencia, no se estima acertada la opinión que admite el mantenimiento de una medida cautelar tras haberse dictado una sentencia absolutoria siempre y cuando “se acredite la subsistencia de un *PIM* lo suficientemente grave como para justificar la restricción de los derechos del imputado durante la sustanciación del recurso”⁶⁵⁷. No se acepta esta posición, reitero, por dos motivos: (1) porque la sentencia absolutoria niega el *FBI* (¿qué indicio más claro, de no atribución del hecho a un sujeto, que una declaración judicial dictada tras la práctica de prueba?⁶⁵⁸) y (2) porque ante la ausencia de *FBI* deviene conceptualmente imposible apreciar el *PIM* (el primero es la base hipotética del segundo, recuérdese).

Una posición que pretenda ser coherente, no puede equiparar imputación y existencia de *FBI* y negar la que corresponde a sentencia absolutoria-no existencia de *FBI*⁶⁵⁹. Ha de tenerse en cuenta, al respecto, que el órgano que resuelve sobre la situación personal del condenado o absuelto es el que dictó la sentencia de instancia recurrida⁶⁶⁰. El contrasentido que plantea el mantenimiento de una medida cautelar tras sentencia absolutoria parece no necesitar más explicación⁶⁶¹.

Todavía relacionando *FBI* y sentencia judicial recurrida, ha de deducirse que una sentencia condenatoria no firme ratifica la vigencia del *FBI*, pero no automáticamente la del *PIM*, por lo que la concurrencia de ese presupuesto puede y debe ser examinado, y sometido a contradicción en algún momento.

⁶⁵⁷ MÁLAGA DIÉGUEZ, F; p. 169, apoyándose en la STC 108/1984, de 26 de noviembre.

⁶⁵⁸ Ciertamente, es muy distinto entender que “no ha quedado probada la responsabilidad penal del sujeto” o que “ha quedado probado que el sujeto no es responsable penal del hecho”. La percepción psicológica (social e individual) de ambas conclusiones es distinta (Calamandrei), pero la presunción de inocencia las equipara en tanto, a efectos jurídicos, sólo mediante la prueba puede enervarse la presunción de inocencia. De no regir este principio, la absolución sólo procedería ante la posibilidad de afirmar la segunda de aquellas conclusiones.

⁶⁵⁹ El mismo efecto, en cuanto a la no concurrencia del *FBI*, ha de estimarse cuando no se acuerda la apertura del juicio oral sino el sobreseimiento.

⁶⁶⁰ *Vid. infra, loc.cit.* en nota al pie 653.

⁶⁶¹ A esta lógica podría responder el primer inciso del art. 983 LECrim, que prevé que “todo procesado absuelto por la sentencia será puesto en libertad inmediatamente”. Pero continúa, de un modo excesivamente indeterminado: “a menos que el ejercicio de un recurso que produzca efectos suspensivos o la existencia de otros motivos legales hagan necesario el aplazamiento de la excarcelación, lo cual se ordenará por auto motivado”. Esta previsión ha de coonestarse, principalmente, con otras dos: la que en sede de recurso de casación prescribe la puesta en libertad del absuelto en la sentencia recurrida (art. 861.bis.a LECrim) y la que habilita a la prórroga de la prisión provisional ante la impugnación de sentencia *condenatoria* (art. 504.2.II LECrim).

Pese a que la relación más estudiada entre las distintas consideraciones generales y el *FBI* es, en primer término, la que une este presupuesto con la imputación y, en segundo, con la sentencia, no puede obviarse, sin más, que el *FBI* también ha de tener alguna relación con la apertura del juicio oral. A modo de recopilación, cabe apuntar que:

1) La apertura del juicio oral consolida el *FBI*, pero el dictado de un auto de sobreseimiento lo enerva. Por esto un claro efecto lógico del sobreseimiento es el alzamiento de toda medida cautelar penal⁶⁶².

2) Aunque se observen desde el inicio la existencia de causas de exención de la responsabilidad penal, ésta sólo provoca la finalización del proceso en la fase intermedia. En consecuencia, la tutela cautelar penal ha de mantenerse mientras el proceso que tiende a proteger se encuentre vigente (y, obviamente, sea necesaria su protección, por concurrir el *PIM*).

3) Existen determinados riesgos de frustración procesal (y determinadas peligrosidades procesales) cuya acreditación tras la apertura del juicio oral resulta muy difícil de mantener (piénsese, por ejemplo, en el riesgo de indeterminación del hecho y el sujeto, y el peligro de acceso y alteración a las fuentes o medios de prueba).

Finalmente, quiere advertirse que la “mayor” consideración general (o una consideración general más sólida) no justifica el recurso a una injerencia más grave: eso ha de depender de la peligrosidad procesal apreciada. Con esto, enlazamos con el último de los apartados dedicados al *FBI*.

4. La vinculación del *Fumus Boni Iuris* a la formulación y contenido del *Periculum In Mora*.

En algunos lugares de las páginas precedentes habrá podido observarse que constituye un punto crucial en este trabajo la idea, ya manifestada, que “el contenido que haya de atribuirse al *FBI* depende de cuál sea la formulación del *PIM*”. En coherencia con esta idea (que es en el fondo expresión del carácter principal del fundamento), quieren apuntarse algunas cuestiones dispares:

a) El entrecomillado advertido en líneas precedentes fue también invocado al hilo de la posición, defendida por Gimeno, que exige un “plus cualitativo” en el *FBI*

⁶⁶² Y en este sentido es claro el art. 783.2 cuando, en sede de procedimiento abreviado, obliga al alzamiento de las medidas adoptadas frente a los imputados que no hayan sido acusados.

para acordar prisión provisional. Si intentáramos justificar este “plus” en la acreditación del *FBI* a partir o como efecto del mínimo juicio de *peligrosidad procesal* que, de acuerdo con este trabajo, ha de formularse para entender concurrente el *PIM*⁶⁶³ el argumento habría de ser el siguiente: si, en la observación del razonamiento práctico basado en un “cálculo coste-beneficio” se observa, como variable, la “probabilidad que la pena sea impuesta”, la adopción de la prisión provisional también necesita de esa valoración positiva. Quizás con la lectura del argumento que se acaba de aducir se haya percibido que el mismo no puede sostenerse de forma lógica, y esto porque: (1) la posibilidad de que una *valoración* judicial “desfavorable” al sujeto ayude a afirmar una determinada *disposición anímica* del mismo no permite afirmar lógicamente que esa valoración haya de exigirse para acordar la prisión provisional. Además, (2) en la tesis propuesta, la acreditación de la *peligrosidad procesal* basada sólo en un análisis judicial de la estructura del razonamiento práctico no permite imponer la medida de prisión provisional y (3), con lo anterior, de asumirse aquél argumento la valoración de la conducta, los “motivos bastantes” para creer responsable penal al sujeto, habrían de exigirse para la adopción de *toda* medida cautelar. En definitiva, he de sostener que no existe, entre el *grado de disposición anímica afirmado* y el *FBI*, la conexión lógica y necesaria que permitiría sostener, en base al *peligro cautelar*, la tesis del “distinto *FBI*”.

b) La preeminencia, en la construcción que se presenta, del sentido dado al fundamento y el contenido asignado al *PIM* sobre los demás elementos de la misma, puede observarse también en la propuesta dirigida a facilitar la efectiva subsidiariedad de la prisión provisional. Ya se ha apuntado, aunque se desarrollará más adelante, que si ha de exigirse algún “plus” para permitir la imposición de aquella medida, éste ha de observarse en el elemento más específico de la tutela cautelar penal: la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo del proceso.

c) Finalmente, cabe formular una propuesta para el análisis de otro tipo de tutela, de prevención criminal, que no ha sido incluida dentro de la categoría que en este trabajo se sistematiza: las medidas que, antes de la sentencia condenatoria, y mediante una injerencia en las libertades del individuo, tienen como finalidad evitar la reiteración del mismo en su conducta delictiva. Precisamente, que la posibilidad de imponer tales medidas se encuentre sujeta a la sustanciación de un proceso penal, permite aplicar sobre este tipo de tutela las proyecciones incluidas en el derecho a la presunción de

⁶⁶³ *Vid. supra*, § I.1.B.c de este mismo capítulo, especialmente en los indicios que cabe utilizar para formular el balance coste-beneficio asociado a la materialización de un riesgo de frustración procesal.

inocencia como regla de tratamiento del imputado: habrá de fijarse, respecto a este tipo de intervención, la *consideración* que la permite. La *consideración especial* ha de ser expresión subjetiva del fundamento, esto ya se ha apuntado sobradamente. Y la *consideración general* exigida, según parece, habría de tener un contenido equivalente a lo que el fundamento presupone: según la fórmula tradicional (medidas que tienden a evitar la *reiteración* delictiva), se presupone la comisión de un acto delictivo por parte del sujeto, y esto antes de la sentencia de condena. Este es el motivo principal por el que la mayoría de la doctrina niega de la legitimidad de este tipo de injerencia. Prescindiendo ahora de esta última cuestión, y centrándonos en el *FBI*, ¿cabría la posibilidad de exigir un grado de certeza más elevado, respecto a la relación sujeto-hecho enjuiciado, teniendo en cuenta que la certeza de esa relación, en sentido positivo, es presupuesta por el fundamento de la medida? ¿Podría exigirse, ahora sí, una probabilidad y, por tanto, la apertura del juicio oral, previa acusación? Esto, que ha de entenderse en clave de hipótesis, podría observarse desde la perspectiva de que, la adopción de este tipo de medidas, supone un doble juicio hipotético sobre la comisión de delitos por parte de un sujeto: se presupone que lo cometió y se predice que volverá a cometer otro. De aceptarse tal posibilidad, habría de observarse la necesidad de apreciar un *FBI de segundo grado* para permitir afirmar la *peligrosidad criminal*, mientras que la posibilidad de afirmar la *peligrosidad procesal* estaría condicionada a la previa afirmación de un *FBI de primer grado*⁶⁶⁴.

5. El *Fumus Boni Iuris* como manifestación de la intención estatal en la persecución penal: hipótesis sobre la incidencia de la vigencia del principio de oportunidad sobre la tutela cautelar penal.

La primera referencia a la *intención* se formuló al definir la *frustración procesal* como la acción de “dejar sin efecto un propósito contra la *intención* de quien procura realizarlo”⁶⁶⁵. La intención se refería entonces, no al sujeto a quien se aplica la medida

⁶⁶⁴ Esta, sin duda, no es la opción más garantista que puede observarse en el tratamiento represivo de la prevención criminal. La más garantista pasaría por exigir la *condena* como *consideración general*, esto es, permitir sólo la imposición de las llamadas medidas de seguridad post-delictuales. La menos garantista, por debajo de ésta, condicionar dicha prevención a la apertura del juicio oral. La siguiente, disminuyendo, permitirlo con la simple imputación (como ahora sucede). Y un nivel inferior en el respeto de las libertades individuales, permitir tal tipo de prevención sin exigir la sujeción a un proceso penal (esta era la opción, declarada inconstitucional, consentida por la Ley de peligrosidad y rehabilitación social).

cautelar, sino a la voluntad estatal de proseguir con aquello que protege la tutela de este tipo: el proceso.

De hecho, el proceso se protege (mediante la injerencia en las libertades individuales, recordémoslo) porque existe la intención de sustanciarlo. La vigencia del principio de *necesidad*, en la configuración actual, obliga a presuponer tal intención siempre que se aprecie la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito o falta. En otras palabras, el principio de necesidad impide cuestionar la *intención* estatal de juzgar todas aquellas conductas que revistan carácter delictivo. Esa intención queda fijada, de un lado, con la tipificación penal y la vigencia del principio de legalidad, en el plano sustantivo, y con la del de necesidad, en el adjetivo.

Lo anterior explicaría que la apreciación de *FBI* (la imputación, en definitiva), en tanto afirma entre otro extremo el viso delictivo de un hecho, sea la *consideración general* suficiente para proteger el proceso mediante las medidas cautelares: y es que esa consideración general, por efecto del principio de necesidad, es tanto como afirmar la intención estatal de sustanciar el proceso y aplicar, si procede, la consecuencia jurídica del delito.

Desde esta óptica, cabe preguntarse acerca de los efectos que la introducción del *principio de oportunidad* produciría en el sistema de adopción de medidas cautelares penales⁶⁶⁶. Pese que tal innovación no afectaría a la función de las medidas cautelares, sí parece que incidiría en los requisitos (y método, por tanto) de adopción de las mismas. Precisemos esta idea:

⁶⁶⁵ En el capítulo II § III.2.B.b.

⁶⁶⁶ Como la *oportunidad* en el proceso penal no es cuestión pacífica, quiere exponerse la posición asumida por quien escribe estas líneas. No consiste, esa exposición en un alegato a las “bondades” o “maldades” de dicho criterio sobre el sistema penal. No se quiere convencer (imposible con lo profundo de mis conocimientos en la materia) sino exponer lo que entiendo por principio de oportunidad: Aquel criterio rector que permite al titular público de la acción penal no ejercitarla, o al titular de la jurisdicción no realizarla, aún “apreciando” la comisión, por parte de un sujeto determinado, de un hecho delictivo de acuerdo con la tipificación realizada por la Ley penal sustantiva. Con esto se asume la posición afirmada por, entre otros, GIMENO SENDRA, V; en “Los procedimientos penales simplificados (principios de oportunidad y proceso pena monitorio)”, en *Justicia*, 1987, p. 350, dónde define aquel principio como la “facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado” (casi con las mismas palabras lo define años más tarde MONTERO AROCA, J; en *Principios del proceso penal, ob.cit*; p. 71).

Con más coherencia y profundidad acomete el estudio de este principio ARMENTA DEU, T; en *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad...*; *ob.cit*; en las pp. 181 a 211. Respecto a las características (objetiva, subjetiva y teleológica) que presentan los expedientes procesales encuadrables en la concepción más estricta de la oportunidad (esto es, la que se refiere sólo al ámbito procesal, no penal sustantivo), puede leerse, especialmente, la p. 208.

Hoy, ya se ha dicho, por efecto de la sujeción estricta al principio de necesidad, las *consideraciones generales* afirmadas por el juez y la *acusación* formulada por el fiscal permiten presuponer, sin más, la *intención estatal de sustanciar plenamente el proceso*⁶⁶⁷. Si la formulación de tales consideraciones generales (o de la acusación) no tuviera como único parámetro la legalidad penal sustantiva, sino otros criterios de oportunidad, habría de exigirse algo más que la apreciación de *FBI*, o al menos un *FBI* distinto al que se ha expuesto desde la perspectiva del sistema procesal actual. De hecho, lo anterior puede ser matizado: en tanto se opte, en su caso, por una “oportunidad reglada”, también los criterios de oportunidad serían contenido de la legalidad penal, por lo que la apreciación del *FBI* no habría de recurrir a parámetros ajenos a la misma, sino que dependería del modo en que la discrecionalidad se manifestara⁶⁶⁸.

Parece pues que la introducción del principio de oportunidad incidiría, en materia cautelar, mayormente en el presupuesto que expresa la intención estatal de sustanciar el proceso: el *FBI*. Sin poder determinar en esta sede cómo operaría la manifestación de la intención estatal de sustanciar el proceso⁶⁶⁹, parece que aquel presupuesto tendría entre sus parámetros de apreciación, los criterios que, en forma de facultades discrecionales o de conceptos jurídicos indeterminados, guiarían la actuación del Juez y del Ministerio Fiscal⁶⁷⁰. Esto es, los criterios (sea cuál sea la categoría que adopten) sobre los que

⁶⁶⁷ Con esto se asume una concepción del principio de oportunidad, en el ámbito procesal, que (1) atañe al fiscal y al órgano jurisdiccional, (2) se circunscribe al contenido de sus obligaciones esenciales en el proceso penal y (3) se dirige a enervar las citadas obligaciones o parte de ellas con arreglo al principio de legalidad, esto es, la investigación de todo hecho aparentemente delictivo, al ejercicio de la acción penal y, tras ésta, al desarrollo del proceso penal de acuerdo con la legalidad vigente. *Vid.* ARMENTA DEU, T; *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad...*; *ob.cit.*; p. 208. Sobre dicho principio *vid.* también BERZOSA FRANCO, V; “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001.

⁶⁶⁸ Lo “desplazado” por la oportunidad es la necesidad, no la legalidad. Lógicamente, esto es discutible, según se estime que el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad o, por el contrario, que se incluye en él. Sea como fuere, lo que resulta indiscutible es que las dos opciones parten del principio de legalidad en su aspecto procesal. *Vid.* ARMENTA DEU, T; *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad...*; *ob.cit.*; p.187.

⁶⁶⁹ Esto es, cuando habría de producirse tal manifestación, por quién, en base a qué parámetros, etc.

⁶⁷⁰ Si la actuación del Juez o de Ministerio Fiscal en el concreto proceso se encuadraría, bien entre las facultades discrecionales, bien entre los conceptos jurídicos indeterminados, depende de la concretización del tema a nivel legal, cuestión que incide de lleno en la fiscalidad de la aplicación de tal principio (ARMENTA DEU, T; *Criminalidad de Bagatela y principio de oportunidad...*; *ob.cit.*; p.208.

puede afirmarse la oportunidad de no aplicar el derecho penal, habrían de ser valorados en el análisis del *FBI*. La cuestión tiene una estrecha relación con el alcance de la actividad valorativa del juez de instructor⁶⁷¹

Adentrarnos más en esta cuestión obliga a profundizar en las posibilidades y formas de introducción del *principio de oportunidad* en nuestro ordenamiento procesal penal. Pese a que este ejercicio no puede acometerse en este trabajo, sí ha querido apuntarse que la vigencia de aquel principio incidiría de lleno en el fundamento, que no en la función genérica, de la tutela cautela penal. De introducirse, el principio de oportunidad obligaría a matizar una de las realidades sobre las que se apoya la necesidad de defensa del proceso: la intención misma de sustanciarlo. La oportunidad incide pues, de forma primigenia, en el *FBI*.

III. Reflexiones acerca de la terminología utilizada para identificar los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales: del *Fumus Boni Iuris* a la imputación y del *Periculum in Mora* a la peligrosidad procesal potencial.

Tradicionalmente, los presupuestos de las medidas cautelares han sido denominados *Fumus Boni Iuris* (*FBI*) y *Periculum in Mora* (*PIM*). Estas denominaciones provienen de la construcción dogmática de las medidas cautelares civiles, y han sido trasladadas a los requisitos de adopción de las penas.

No obstante cabe defender un fundamento distinto en ambos tipos de tutela cautelar, lo que ha de incidir (si los presupuestos derivan del fundamento) también en el contenido de las exigencias materiales de adopción de uno y otro tipo de medidas. Y si el contenido de los presupuestos es distinto, y el significante ha de identificar su contenido, quizás cabría reconsiderar el nombre con que hemos de referirnos a los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales.

1. Peligrosidad procesal potencial en lugar de *Periculum in Mora*.

Periculum in Mora significa “peligro en la demora” procesal. No ha de entenderse “demora” como retraso anormal en la sustanciación del proceso, sino sólo como tiempo

Especialmente, ya antes, sobre la discrecionalidad, los conceptos jurídicos indeterminados y la incidencia de la cuestión en materia de recursos, pp. 181 a 183).

⁶⁷¹ *Vid* al respecto, con expresa referencia a la introducción del principio de oportunidad, *infra*, capítulo VI § I.1.B.c.

necesario para llevar a cabo los actos que lo componen. Ciertamente, la imposibilidad de satisfacción instantánea de la pretensión, con su mera formulación, actúa como sustrato básico de la tutela cautelar: Si los efectos previstos en el derecho sustantivo (penal o civil) pudieran ser “aplicados” por el Estado sin comprobación previa de su procedencia, no sería necesaria la tutela cautelar. Pero esa posibilidad es una ficción, más aún en un sistema que pretenda ser mínimamente garantista. Desde la perspectiva de la concepción estricta de las medidas cautelares penales, el tiempo de duración del proceso constituye la *ocasión* para que el demandado realice actos tendentes a la frustración de la eventual ejecución de la sentencia condenatoria. En cambio, desde una concepción amplia de las medidas cautelares civiles, el tiempo de duración del proceso no constituye sólo la *ocasión* para *realizar un acto* de frustración de la ejecución sino un “peligro”, para la plena efectividad del derecho objeto de litigio: lo peligroso es el simple mantenimiento de la conducta del demandante, no que realice otra (como, por ejemplo, el paradigmático alzamiento de bienes). ¿Por qué admitir, o no hacerlo, que una conducta aparentemente ilícita (de verificar ese extremo se encarga el *FBI*) se prolongue mientras dura el proceso? La respuesta a esta pregunta permitirá justificar, o no, la existencia de medidas de conservación y anticipativas. La vigencia de las mismas se justifica, más allá de la apariencia de buen derecho (que también es requisito para la adopción de medidas de aseguramiento), por el tiempo de duración del proceso, la persistencia del demandado en la actividad impugnada⁶⁷² y la propia naturaleza del derecho objeto de litigio (mientras que las medidas de aseguramiento precisan pronosticar un acto expreso del demandado que amenace la ejecución de la sentencia). En cierta similitud con la concepción estricta de las medidas cautelares civiles, en el orden penal ha de admitirse que el necesario *tiempo* de duración del proceso constituye sólo una *ocasión* para el que sujeto realice actos de frustración de aquél⁶⁷³. Pero tal ocasión no justifica, como se advierte en la determinación de los presupuestos, el recurso a la tutela cautelar penal. Es más, el tiempo de duración del proceso no es, siquiera, un elemento que particularice a las medidas de este género, sino sólo un parámetro para valorar la existencia de un riesgo de frustración procesal⁶⁷⁴. Y ha de

⁶⁷² De otro modo probablemente cabría finalizar el proceso por satisfacción sobrevenida de su objeto.

⁶⁷³ El tiempo de transcurso del proceso como “ocasión propicia para que la parte pasiva del proceso realice actuaciones que puedan privar de efectividad a éste”, es afirmado también por GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La Prisión provisional, ob.cit;* p. 131.

recordarse que la existencia de dicho riesgo no justifica en exclusiva la adopción de medidas cautelares, sino también la de otros actos que, como la práctica anticipada de prueba, intentan combatir los efectos perniciosos de la necesaria duración y ordenación del proceso⁶⁷⁵. Por lo anterior, pienso que el presupuesto que es traslación del fundamento (el *PIM* en su denominación tradicional) debería expresarse con un nombre que identifique de veras la *particularidad* que justifica la tutela cautelar penal y, por ende, la adopción de medidas de este tipo. Esa particularidad es, en la tesis propuesta, la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso⁶⁷⁶: la duración y configuración del proceso condicionan su necesidad objetiva de protección, pero sólo la potencialidad del sujeto para materializar el riesgo permite que se imponga a éste una medida cautelar⁶⁷⁷. En consecuencia estimo, con las prevenciones que se formularán en breve, que en materia cautelar penal el presupuesto conocido con el nombre *PIM* habría de ser identificado con la exigencia de acreditar la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo del proceso.

2. Imputación en lugar de *Fumus Boni Iuris*.

También cabe cuestionar el mantenimiento de la expresión con que se identifica el otro presupuesto de las medidas cautelares: *Fumus boni iuris* o “apariencia de buen derecho”. Para comprender esta propuesta de revisión hemos de remontarnos, nuevamente, al origen de la terminología que ha terminado ocupando toda referencia a los presupuestos de las medidas cautelares penales: el proceso civil y la dogmática que lo estudia. En un proceso como el civil, en que la validez de la pretensión aducida y, por

⁶⁷⁴ Se adujo, en páginas precedentes, que el momento procesal en que nos encontremos ilustrará la posibilidad abstracta de frustración del proceso, condicionará, en definitiva, la apreciación de un *riesgo de frustración procesal*.

⁶⁷⁵ Respecto a la variedad de medidas que intentan combatir los distintos riesgos de frustración procesal, *vid. supra*, capítulo III § III.1.D; .2.E.

⁶⁷⁶ Lógicamente, eso no significa que deba obviarse el elemento objetivo del fundamento cautelar propuesto. La existencia de uno o varios *riesgos de frustración procesal* habrá de observarse necesariamente, y su concurrencia es condición previa para la apreciación de la peligrosidad procesal. Recuérdese, el respecto, que en la determinación del fundamento se advirtió que el elemento subjetivo del *peligro cautelar* se construye a partir del objetivo, y que éste último se integra conceptualmente en el primero. *Vid.* la primera formulación de esta idea en la síntesis al capítulo II (§ IV.1, especialmente las conclusiones 6 y 8).

⁶⁷⁷ Cuestión distinta es que la probabilidad de que la pena sea impuesta y la *proximidad temporal* en que esto pueda suceder sean utilizados (aunque advertimos, con el TC, el carácter ambivalente de este indico) como circunstancias con las que acreditar la disposición anímica del sujeto a la materialización del riesgo.

ende, la legitimación (titularidad del derecho invocado), ha de resolverse en la sentencia sin “comprobación” provisional previa⁶⁷⁸, parece razonable que la protección, bien de la eventual ejecución del contenido de ese derecho, bien del derecho directamente, venga precedida por una confirmación, previa, provisional y no plena, de la validez de la pretensión alegada⁶⁷⁹. De ahí la razonable necesidad de “construir” un concepto específico que exprese dicha validez: el *FBI*.

Pero en el proceso penal sí existen actos de “comprobación provisional” de la responsabilidad penal del sujeto pasivo del proceso: son, básicamente, la imputación y la apertura del juicio oral previa acusación⁶⁸⁰. En esta tesis se defiende que la “consideración general” necesaria para imponer una medida cautelar es la *imputación*, esto es, la adquisición de la condición de sujeto pasivo del proceso. La imputación es a las medidas cautelares penales, lo que el *FBI* es a las civiles. Así, existiendo un acto procesal concreto (ya fijado en el imaginario de la teoría y la práctica del proceso penal) que acredita la circunstancia a que nos venimos refiriendo, ¿por qué utilizar un concepto distinto? Fijada la equiparación entre el requisito denominado *FBI* y la imputación, no pienso haya objeción en exigir, para la imposición de una medida cautelar penal, la *imputación formal* del sujeto. Uno de los efectos de esta posición es la necesaria previsión legal de un acto formal de imputación para todos y cada uno de los procesos penales.

Para concluir la cuestión, es honesto señalar que el nombre que haya de atribuirse a los presupuestos de las medidas cautelares penales no es objeto de debate específico por la doctrina: resulta lógico, por cuanto esta cuestión se enmarca en el debate general sobre la tutela cautelar penal, del que ya se ha expresado su escaso tratamiento dogmático. Así las cosas, podría tacharse de prematura e incluso innecesaria la propuesta que en este apartado se ha presentado. Simplemente se ha pretendido, con la misma, cohonestar la terminología tradicionalmente utilizada con el contenido de la tesis presentada.

⁶⁷⁸ Excepto en algunas ocasiones, en que se exige aportar con la demanda un “principio de prueba”.

⁶⁷⁹ CALAMANDREI, P; *Introducción al estudio...*; *ob.cit*; especialmente pp. 74, 77 y 84.

⁶⁸⁰ Se excluye de texto principal la sentencia condenatoria (que es la tercera de las “consideraciones generales” afirmadas en esta tesis) por no ser un acto de atribución de responsabilidad provisional sino definitivo, aunque la interposición de un recurso pueda dilatar la firmeza necesaria para imponer una pena. Para la construcción del *FBI* en este trabajo, su exposición desde la óptica de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado y su equiparación a la imputación, *vid. supra*, en este mismo capítulo, § II.1.

Ciertamente, la nomenclatura por la que se aboga no ha sido utilizada, hasta el momento y de forma rigurosa, a lo largo de este trabajo: pero no ha sido por falta de convicción en lo propuesto, sino por ser consciente que, cuando una expresión ha arraigado en el imaginario (jurídico, en este caso) puede resultar contraproducente cambiarla por otra, menos conocida (o completamente desconocida). Se asume que sólo con el paso del tiempo, y la asunción de ésta u otras propuestas semejantes, podrá producirse una modificación en el uso y *status* terminológico actual.

CAPÍTULO QUINTO

LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD

CAPÍTULO QUINTO.- LA EXIGENCIA DE PROPORCIONALIDAD.

La creciente influencia del “principio” de proporcionalidad en el dictado y aplicación del derecho es una situación patente. Pese a no encontrarse expresamente formulado en nuestra Constitución, este “principio” (cuya principal acepción ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia alemanas, sobre todo desde la base del derecho administrativo de policía, a partir de la Segunda Guerra Mundial y de la Ley Fundamental de Bonn⁶⁸¹) ocupa hoy en nuestro ordenamiento (y en la mayoría de ordenamientos europeos), por efecto de su recepción por el TEDH y el TJCE, un lugar preeminente como instrumento de control de cualesquiera actos de los poderes públicos⁶⁸². En consecuencia, tanto la actividad legislativa, como la administrativa como la judicial son hoy examinadas desde este particular instrumento de limitación en el ejercicio del poder. Hasta ahora, al referirnos a la proporcionalidad, se entrecomillado el sustantivo “principio” porque la atribución de tal categoría jurídica a la proporcionalidad ha sido cuestionada en favor de otra calificación: la de “regla de general aplicación”⁶⁸³. De acuerdo con esta posición, la proporcionalidad será, a partir de este momento, calificada como “regla” usándose el sustantivo “principio” sólo como medio para disminuir el número de reiteraciones léxicas.

Para lo que nos ocupa en este trabajo, interesa destacar que la proporcionalidad (1) se ha presentado como un efecto de la necesaria justificación teleológica en la limitación de derechos; (2) se ha conceptualizado, en el marco específico de las medidas cautelares penales, como el margen de *discrecionalidad judicial* por el que el órgano de este tipo *pondera* la adecuación de la medida con el fin⁶⁸⁴ y (3) se ha hecho depender el respeto a la *presunción de inocencia* como regla de tratamiento del imputado del respeto mismo

⁶⁸¹ ARMENTA DEU, T; *Lecciones...*; *ob.cit*; p. 70; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 29 y 21 y ss.

⁶⁸² DÍEZ-PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit*; p. 110.

⁶⁸³ Da cuenta de ello ARMENTA DEU, T; *Lecciones...*; *ob.cit*; p. 69. A mi parecer, esta posición es absolutamente lógica: si la proporcionalidad es un límite al ejercicio del poder, y el poder punitivo se realiza mediante el proceso penal (que a su vez es una serie jurídicamente regulada de actos), parece que la proporcionalidad habrá de aplicarse sobre todos aquellos actos procesales que impliquen ejercicio del poder.

⁶⁸⁴ ARAGONESES MARTÍNEZ, S; (con De la Oliva y otros) *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, 2003, p. 390.

al principio de proporcionalidad⁶⁸⁵. Estas tres cuestiones estarán presentes en los títulos que siguen, dedicados específicamente a las tres sub-reglas de la proporcionalidad: idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad *strictu sensu*.

El tratamiento de la proporcionalidad se ha asociado en ocasiones a la legalidad, la jurisdiccionalidad y la motivación⁶⁸⁶. En este trabajo, todos estos conceptos han sido presentados como proyecciones técnicas de la regla de tratamiento del imputado, en lo que constituye sólo una manera de observar las exigencias político-filosóficas para un tratamiento formal y materialmente racional del Estado hacia el ciudadano, del poder estatal al individuo, en definitiva⁶⁸⁷.

Desde esta perspectiva, idoneidad, intervención mínima y proporcionalidad *strictu sensu* son expresión de distintas *cualidades* que racionalmente ha de observar el tratamiento estatal al individuo, el ejercicio del poder sobre el sometido a dicho poder. Todas ellas, en su conjunto, se identifican con la *prohibición de exceso*.

Ha de advertirse que la proporcionalidad no puede equipararse completamente a los presupuestos formales: si bien de algún modo incide en la forma concreta de protección del proceso, sus implicaciones no constituyen meras exigencias formales, sino que inciden de lleno en el contenido material de la tutela cautelar penal que quepa dispensar en un proceso, si cabe. Preciso “si cabe” porque, aún concurriendo los presupuestos

⁶⁸⁵ A título de ejemplo, STC 108/1984, de 26 de noviembre (FJ 2). En la misma, el recurrente en amparo alega la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, al haberse mantenido, tras sentencia absolutoria pendiente de recurso de casación, una fianza destinada a asegurar su presencia. Más allá de la cuestión relativa específicamente referida al objeto de amparo (que se trató en el capítulo anterior al hilo del *FBI*), el TC se refiere previamente a la compatibilidad de las medidas cautelares con el derecho a la presunción de inocencia, siempre que (entre otras exigencias) se base “en un juicio de razonabilidad acerca de la *finalidad* perseguida y las *circunstancias* concurrentes, pues una medida *desproporcionada* o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

⁶⁸⁶ En nuestra doctrina, por ejemplo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; presentó como presupuestos del principio de proporcionalidad, la *exigencia de legalidad* y la *justificación teleológica* en la restricción de derechos (en *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; p. 69 y 70 a 106). Además, asocia al respeto a este principio unas exigencias o “requisitos extrínsecos” (judicialidad y motivación) y otros “intrínsecos” (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). *Vid.* también la “doctrina” sentada a partir de la ya citada STC 108/1984. Desde una perspectiva estrictamente constitucional, la proporcionalidad se presenta como un requisito material de la limitación de derechos fundamentales: resulta especialmente interesante el trabajo de BRAGE CAMAZANO, titulado *Los límites a los derechos fundamentales*: en el mismo (pp. 215 a 232) puede analizarse la doctrina alemana sobre el principio de proporcionalidad y su asunción por el TC español sin la correlativa (y esta es una de las más importantes denuncias, a mi entender) utilización de la técnica trifásica de control de la proporcionalidad (pp. 333 a 396). Por esta misma situación se ha entrecomillado *supra* el sustantivo “doctrina”: lo sentado es una formulación, pero no la aplicación de la misma.

⁶⁸⁷ Para esta misma caracterización, y las diferencias entre la naturaleza de la proporcionalidad y el resto de los llamados presupuestos formales, *vid. supra*, capítulo I § II.4.C, además de lo que se dirá en breve.

materiales de las medidas cautelares penales, la aplicación de la regla de proporcionalidad puede provocar la no adopción de aquéllas. Y, pese a este efecto, tampoco puede afirmarse que la proporcionalidad sea un presupuesto material de las medidas cautelares penales, puesto que no constituye una exigencia de la esencialidad de dicho género. Por este último motivo la proporcionalidad no ha sido tenida en cuenta en el análisis realizado en el capítulo segundo de este trabajo, que ha conducido a la formulación de una propuesta de fundamento para el género cautelar: el *peligro cautelar*. La proporcionalidad ha comenzado a tener virtualidad en el capítulo tercero, al hilo de la concreción de los peligros cautelares existentes para nuestro proceso penal: en aquella sede, la proporcionalidad ha sido apuntada en la exposición de los instrumentos con que el Estado puede combatir los distintos riesgos de frustración procesal. Pero los efectos de la proporcionalidad aparecerán con toda su fuerza en el capítulo séptimo, que se ocupa de la aplicación en la práctica forense de la teoría propuesta en este trabajo. Pero antes habrá de fijarse teóricamente el significado de esta regla y el alcance que tiene en materia cautelar penal. A esto se dedica el presente capítulo.

En definitiva, si no es un presupuesto material ni formal de las medidas cautelares penales, ¿qué es? Podría conceptuarse simplemente como una característica de estas medidas, pero tampoco esa posición me satisface: obviamente, si la adopción de una medida cautela ha ido precedida de un juicio de proporcionalidad, en sentido amplio, de la medida finalmente impuesta habrá de predicarse su carácter proporcional. Pero este último ejercicio será meramente descriptivo, sin que nos permita conocer las verdaderas implicaciones de la proporcionalidad, los juicios realizados como consecuencia de la vigencia de esta regla. La proporcionalidad no es siquiera una característica distintiva de las medidas cautelares penales y la mayoría de sus institutos afines, pues cabe observar su aplicación en toda medida restrictiva de derechos.

Tampoco es, ya se ha dicho, un presupuesto material de las medidas cautelares penales. La proporcionalidad parece, más que una exigencia derivada de la esencialidad de una determinada categoría jurídica; una exigencia (también de racionalidad *material*, como los presupuestos de este modo calificables) para el Estado en el ejercicio de cualquiera de los tres poderes de que se compone. Se trata, en definitiva, de un *plus*, una exigencia añadida a la que por sí suponen la necesidad de observar un motivo (que son los presupuestos materiales) y un fin para toda actuación estatal. Exigencia distinta al propio motivo o fin, pero que se nutre de ellos (de su determinación, mejor) para

procurar y evaluar la racionalidad de la actuación estatal. Racionalidad que, a su vez, puede equipararse a la ya aludida prohibición de exceso en el ejercicio del poder.

Además, a mi juicio, la proporcionalidad no es sólo un medio de evaluación o control *a posteriori*, tras y sobre la decisión de ejercer el poder, sino que constituye una exigencia de necesaria observación en el momento de tomar dicha decisión. En consecuencia, en este trabajo se propone la integración de la proporcionalidad durante la *adopción* de una medida cautelar. Antes, y al hilo del análisis de sus tres sub-reglas, podrá observarse cómo la misma tiene una relación directa con los presupuestos materiales, por cuanto de su determinación previa en el caso concreto dependen los juicios que integran la exigencia de proporcionalidad. Procedamos, sin más demora, a observar el primero de ellos: la idoneidad.

I. Idoneidad: fin cautelar e institutos afines a las medidas de este género.

1. La idoneidad en la tesis de medidas cautelares propuesta.

La idoneidad acostumbra a ser definida, con matices, como la adecuación del acto del poder público al fin que se propone⁶⁸⁸. En la tesis aquí sostenida la idoneidad tiene ese sentido (como no podría ser de otro modo, pues la perspectiva desde que se observe una determinada institución no cambia la realidad sino sólo su exposición): es la cualidad que expresa una relación de racionalidad entre el tratamiento dispensado al sujeto pasivo (contenido de la medida cautelar, en este caso) y la expresión teleológica del motivo que justifica dicho tratamiento (el fin, en definitiva).

Normalmente se aduce que la idoneidad se refiere la adecuación objetiva (cualitativa y cuantitativamente) y subjetiva de la medida para alcanzar el fin con que se acuerda⁶⁸⁹. La asignación de dicho contenido a esta sub-regla será objeto de matiz en este trabajo: me parece que la *idoneidad* consiste más bien en la simple *adecuación objetivo-cualitativa* al fin pretendido (esto es, que la limitación de un concreto derecho sea apta para el fin), mientras que la *adecuación objetivo-cuantitativa* y *subjetiva* son juicios que han de situarse en la exigencia de necesidad, en la que influye notoriamente la

⁶⁸⁸ En palabras de BRAGE, siguiendo a Pierrot y Schiling, “la adecuación significa que la situación que el Estado crea a través de la intervención y la situación que el fin perseguido tiene que considerar como realizable están en una relación conciliada a través de hipótesis probadas en la realidad”, en *Los límites a los derechos...*; *ob.cit*; p. 220.

⁶⁸⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; pp. 157 y ss y 196 y ss.

proporcionalidad *strictu sensu*. Las razones para esta posición intentarán ser expuestas a lo largo de las páginas que siguen, y cobrarán un sentido más pragmático en el método propuesto, en el capítulo séptimo, para la mejor observación de la proporcionalidad en la adopción de medidas cautelares penales⁶⁹⁰.

2. ¿De qué depende la idoneidad de una medida cautelar penal?

Ya se ha dicho que la idoneidad de una medida depende de su *aptitud* o *capacidad* para el fin que la justifica teleológicamente. Pero quiere precisarse un tanto esta idea respecto a las medidas objeto de este estudio, mediante una explicación que se pretende principalmente lógica:

1) si las medidas cautelares se justifican por su fundamento: la existencia de un *peligro cautelar*;

2) si el fundamento se verifica en el caso concreto por la vigencia de los presupuestos (existencia de un *riesgo de frustración procesal* y de *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso*);

3) si la expresión teleológica del fundamento es la función y la concreción de la función, el fin (evitar que el sujeto con potencialidad para materializar un riesgo de frustración procesal, lo haga);

4) si la idoneidad de las medidas cautelares se identifica con su *aptitud objetivo-cualitativa* para el fin pretendido con su adopción;

Entonces, examinada la concurrencia de los presupuestos en el caso concreto y deducido, de ese examen, el fin por el que se tiene la intención de acordar una medida cautelar,

5) la idoneidad de la medida se relaciona directamente con aquellos elementos de la realidad que justifican la existencia de un peligro cautelar. Constituirá una medida cautelar idónea aquella que permita negar u obstaculizar cualquiera de los elementos en que se basa el fundamento.

Así, por ejemplo y simplificando: ante la existencia, abstracta o concreta, de un riesgo de ocultación o manipulación de fuentes y medios de prueba que se estiman alcanzables por el sujeto pasivo por razón de su empleo público, cabría prever legislativamente e

⁶⁹⁰ Sobre si la adecuación objetivo-cualitativa de la medida acordada constituye un juicio de “idoneidad” o de “intervención mínima”, *vid. infra*, § II.A de este mismo capítulo. Sobre el método reseñado en el texto principal, *vid. infra*, capítulo VII § I.2.

imponer judicialmente una medida cautelar penal consistente en la suspensión de empleo público, o en la limitación de las funciones de dicho empleo. El contenido objetivo-cualitativo de la medida (el derecho que limita, en definitiva) se escoge por su aptitud para negar o trabar, en el supuesto planteado, la *capacidad material de acceso y alteración a la fuente o medio de prueba*.

Observemos otro ejemplo: ante la apreciación de peligro de fuga del sujeto pasivo del proceso (lo que incluye que la fuga constituye un riesgo y que existe el riesgo que ese sujeto se fugue), puede afirmarse que la obligación de comparecencia periódica es una medida idónea para evitar la materialización de ese peligro. La limitación del derecho a la libertad ambulatoria reduce la *capacidad de alteración* en que se sustenta la peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso. Si, ante el peligro de fuga, le privamos de libertad, no reducimos dicha *capacidad de alteración* sino que la negamos. Pero también puede conseguirse el fin pretendido incidiendo, con la medida cautelar, en otros elementos que conforman el fundamento cautelar: por ejemplo, la prestación de fianza constituye una forma de disminuir la *disposición anímica* del sujeto a la materialización del riesgo, ya que aumentamos los perjuicios asociados a dicha materialización.

La relación entre el derecho limitado con la medida y la negación o reducción del riesgo (de frustración procesal⁶⁹¹) o la disposición material o anímica del sujeto para materializar el riesgo (elementos de la peligrosidad procesal) constituye un buen parámetro para enjuiciar lógicamente la idoneidad de las medidas previstas legalmente y de las medidas acordadas judicialmente. Pero ha de advertirse que además de las medidas cautelares, otras pueden servir al mismo fin de manera que el juicio de idoneidad habrá de extenderse a los llamados “institutos afines” a las medidas cautelares penales.

⁶⁹¹ La naturaleza del objeto específico de protección puede servir de guía en la elección del tipo de medida necesaria para defender el proceso: cuando el objeto específico de protección es el sujeto pasivo del proceso, la medida consistirá en la limitación de un derecho personal propio del sujeto pasivo (su libertad, su patrimonio), pero cuando el objeto específico de protección sea un objeto o un sujeto distinto al pasivo del proceso (un testigo, por ejemplo), a las medidas de limitación de derechos personales del imputado es posible añadir, como medidas idóneas, medios de protección personal (protección policial del testigo, por ejemplo) o de aseguramiento de objetos o de sus efectos (comiso, preconstitución de prueba, etc.).

3. Institutos afines a las medidas cautelares penales.

Si la idoneidad se toma como una cualidad de las medidas cautelares comprobable tras su elección intuitiva, habremos de observar la relación de adecuación indicada entre el contenido de la medida y el fin por que se acuerda la misma: comprobaremos así su *adecuación objetivo-cualitativa*⁶⁹². Pero si se quiere que dicha exigencia tenga un papel activo durante el juicio de adopción de la medida, habremos de tener en cuenta otros actos procesales, distintos a las medidas cautelares penales, que de algún modo pueden relacionarse con el riesgo de frustración procesal, en tanto también previenen o reaccionan ante su eventual materialización. Me refiero a los *institutos afines* a las medidas cautelares penales. Como se explicará, los mismos han de ser incluidos, en su caso, entre las medidas idóneas para evitar la materialización de un riesgo de frustración procesal. Esta exigencia influirá de modo directo en la posterior observación de la regla de intervención mínima.

Aquel objeto, sujeto o concepto *afín* con otro es el que guarda, respecto a éste, una proximidad, analogía o semejanza⁶⁹³. Esto es, dos institutos afines tendrán en común algunos aspectos o caracteres⁶⁹⁴. Pero ¿cuáles son los caracteres relevantes, a efectos del presente trabajo, para afirmar una afinidad entre las medidas cautelares y otros institutos? Una aproximación etimológica al adjetivo puede ofrecernos pistas al respecto: afín deriva de *affinis*, que a su vez lo hace de *finis*, vocablo que tiene, entre sus significados, “fin” o “finalidad”. Así, en esta sede nos interesa destacar que existen actos procesales distintos a las medidas cautelares penales que comparten con ellas una característica común, cual es servir de un modo u otro al mismo fin: la defensa del proceso, en general, y la incidencia en el que aquí se ha llamado “objeto específico de protección cautelar”. En tanto el Estado puede servirse de estos mecanismos para la plena y válida realización de los procesos penales, habrá que tenerlos en cuenta, en mi

⁶⁹² Ya se ha dicho que la mayoría de autores incluyen también en la exigencia de idoneidad las adecuaciones *objetivo-cuantitativa* y *subjetiva* de la medida para con el fin. Ha de recordarse que estas dos últimas cualidades se incluyen, en este trabajo, en la segunda de las sub-reglas de la proporcionalidad: la de la alternativa menos gravosa. Ésta, que no deja de ser una opción puramente sistemática que será objeto de precisión en el título siguiente, depende de la perspectiva desde la que se observe la exigencia de menor lesividad.

⁶⁹³ VOCES: “afín” y “afinidad”, en el *Diccionario de la Lengua.*; *ob.cit.* p. 56

⁶⁹⁴ El adjetivo afín “se aplica, con relación a una cosa o a una persona, a otra que tiene comunes con ella algunos aspectos o caracteres”; VOZ: “afín”, en el *Diccionario de uso del español (María Moliner)*, Gredos, 2002, Vol. I, p.77.

opinión, para el análisis de la exigencia de necesidad o alternativa menos gravosa. Así que, reitero, se propone que el juicio de idoneidad incluya, en la confección práctica de un listado de medidas idóneas, todas aquellas medidas procesales (cautelares o no) aptas para la consecución del fin perseguido.

Los institutos afines a las medidas cautelares penales pueden hallarse, en este trabajo, en el capítulo III, al hilo de la concreción del peligro cautelar abstracto en nuestro ordenamiento. Recuérdese que en aquel lugar se fijaron primero (y de acuerdo con la configuración del proceso penal español⁶⁹⁵) los distintos *riesgos de frustración procesal* y se señalaron, correlativamente, los medios con que el ordenamiento previene o reacciona la ausencia de elementos sustantivos del proceso. Todos aquellos medios que no respondan a una situación de *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo, no pueden ser considerados medidas cautelares penales. Pero, en tanto respondan también a la existencia de los *riesgos de frustración procesal* advertidos en nuestro ordenamiento, constituyen *institutos afines* a aquellas medidas.

Algunos de los mecanismos en aquel capítulo advertidos han de relacionarse directamente con la actividad legislativa relativa a la configuración del proceso⁶⁹⁶: resulta lógico si recordamos que es la propia configuración del proceso la que informa la determinación de los riesgos de frustración procesal.

No obstante lo anterior, los institutos afines que aquí se proponen como eventuales integrantes de los juicios de idoneidad y menor lesividad, son actos procesales que el Juez puede acordar durante el proceso. Observemos algunos ejemplos, con indicación expresa de porqué no son considerados, en este trabajo, medidas cautelares:

1) La *práctica anticipada de prueba* es un acto que tiende a evitar la materialización de un riesgo de frustración procesal (concretamente el de indeterminación del hecho o del sujeto), pero no responde a una peligrosidad procesal

⁶⁹⁵ Reconozco que doy por supuesta una unidad ficticia, por cuanto existen algunas diferencias en la configuración de los distintos tipos de procesos penales existentes.

⁶⁹⁶ Cuya eficacia (y la de la propia aplicación del derecho penal, en consecuencia) se persigue, por ejemplo, mediante la regulación de juicios rápidos o conformidades en la guardia (que reducen la ocasión para la fuga) o, en un plano distinto al de la configuración procesal, al aumento de la pena asociada a los delitos contra la Administración de Justicia. Sobre los juicios rápidos *vid.*; por ejemplo, VEGAS TORRES, J; *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

del sujeto pasivo, sino a otras circunstancias peligrosas (por ejemplo, la grave enfermedad del testigo). Por este motivo se le niega naturaleza cautelar.

2) La *preconstitución de prueba* es en parte, también, uno de los mecanismos ideados para evitar la indeterminación del hecho o del sujeto: permite que una práctica extemporánea, anterior al juicio oral, tenga eficacia probatoria. Así que permite evitar la materialización de un riesgo de frustración procesal. Si no fuera preceptivo practicar prueba en el juicio oral para enervar la presunción de inocencia, no sería necesario preconstituir prueba (tampoco anticiparla): así que nuevamente es la propia configuración del proceso la que define el riesgo, cuya materialización intenta evitarse con este instrumento. Pero la preconstitución de prueba no responde a una peligrosidad procesal del sujeto pasivo: por el contrario, aquello que impide la práctica de prueba en el juicio oral es la naturaleza misma del objeto de prueba (la detección de alcohol en sangre tiene virtualidad en el momento de su práctica, no pudiendo reproducirse en el acto de juicio oral).

3) La *protección a testigos y peritos* también puede ser entendida como un medio para evitar la indeterminación del hecho o el sujeto (determinación a la que pueden contribuir la declaración del testigo o el análisis del perito). A diferencia de las medidas anteriores, ésta sí responde a una peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso pero no implica la limitación de un derecho sustantivo de dicho sujeto, sino una prestación activa de protección personal del Estado al testigo o al perito. No obstante, un estudio más preciso del carácter cautelar o no de esta medida habría de tener en cuenta que la protección del testigo se acomete también mediante una limitación en el conocimiento de la identidad del testigo o perito hasta el momento de la práctica de prueba, lo que supone una reducción del derecho de defensa en momentos coetáneos o posteriores a dicha actividad probatoria.

4) Las diligencias de investigación son los actos tendentes a conocer el hecho objeto de enjuiciamiento, el trozo de realidad que ha sido sometida a la jurisdicción. De la práctica de tales diligencias se obtienen además fuentes de prueba, que serán recabadas mediante el comiso. Estas actividades, como las medidas cautelares, coadyuvan al conocimiento del hecho y del sujeto. No obstante, existe una importante diferencias que permite diferenciar unas de otras: mientras las diligencias de

investigación y de aseguramiento de prueba consisten en una acción que permite obtener directamente la fuente de prueba, las medidas cautelares son un medio pasivo, que no permite la obtención directa de dicha fuente sino que tiende a evitar que el sujeto la haga desaparecer o la manipule, permitiendo así, en un su caso, un eventual acto de obtención directa o positiva. La distinción consiste, pues, en lo que se ha distinguido como "impulso activo" y "protección pasiva" de la instrucción⁶⁹⁷. El carácter limitativo de derechos fundamentales de algunas de las diligencias de investigación hace que los presupuestos de adopción de las mismas se asemejen a los de las medidas cautelares, pero el diferente sentido de la función que cumplen habría de informar su distinción. Una función diferente a la cautelar tiene el aseguramiento de bienes e instrumentos relacionados con el delito a efectos de prueba, pero la misma permite, colateralmente, que no se transmita ni oculte aquello que eventualmente va a ser objeto de decomiso, de dictarse sentencia condenatoria por delito o falta dorsos.

5) Finalmente, he de manifestar dudas acerca de la naturaleza que cabe atribuir al secreto de sumario⁶⁹⁸: en primer lugar, parece que su finalidad es común a uno de los fines cautelares: evitar la destrucción, manipulación u ocultación de fuentes y medios de prueba⁶⁹⁹, y su adopción implica una limitación del derecho de defensa del sujeto pasivo⁷⁰⁰. Pero ¿responde dicha limitación a la *peligrosidad procesal potencial* de dicho sujeto? Pienso que, en cierto modo, cuando se decreta el secreto de sumario alguna peligrosidad procesal actúa como presupuesto lógico de dicha decisión, lo discutible es que sea sólo y en todo caso la del sujeto pasivo del proceso, dado que la limitación descrita se extiende a las demás partes del proceso. Además, ha de tenerse en cuenta que el secreto de sumario se acuerda en muchas ocasiones sin que exista un sujeto imputado. Como advertí en el capítulo introductorio, determinar la naturaleza de esta medida (de acuerdo con la tesis que propongo) requiere un análisis de entidad tal que no puedo acometer por el momento. De manera que, planteada la duda, retomo el objeto

⁶⁹⁷ GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional, ob.cit;* p. 103.

⁶⁹⁹ Art. 301 LECrim. No obstante, el fin descrito en el texto principal no se encuentra legalmente fijada, como sucede con otras de las medidas señaladas en el apartado relativo a las alternativas a la prisión provisional (§ II.3, de este mismo capítulo). Ya se ha advertido, en diversos lugares de este trabajo, que la limitación de derechos ha de tener una legitimación funcional prevista en la ley.

⁷⁰⁰ Ya que impide, total o parcialmente, que las partes personadas (y el sujeto pasivo, aunque el propio precepto tampoco lo establezca) tengan conocimiento de las actuaciones e intervengan en las diligencias instructoras que se practiquen durante la vigencia de dicho secreto.

específico de este capítulo para observar la segunda de las exigencias que se incluye en la más ampliamente llamada proporcionalidad.

II. Necesidad, alternativa menos gravosa, menor lesividad o intervención mínima.

Con todos estos nombres puede identificarse la segunda de las sub-reglas de la proporcionalidad, que es objeto de inmediato análisis.

1. La “intervención mínima” en la tesis de medidas cautelares penales propuesta y parámetros de los que depende el juicio de alternativa menos gravosa.

La intervención mínima o “exigencia alternativa menos gravosa” constituye la manifestación externa y comparativa de la proporcionalidad. En su virtud, se coteja la medida restrictiva que se pueda adoptar con otras posibles, debiendo acogerse la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos⁷⁰¹. De la sub-regla que ahora nos ocupa se dice que es (1) un principio comparativo puesto induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas y (2) un principio tendente a la optimización del grado de eficacia de los derechos fundamentales limitados porque obliga a rechazar las medidas que puedan ser sustituidas por otras menos gravosas⁷⁰².

En la tesis propuesta, la exigencia de necesidad se ha presentado, en el primer capítulo, desde la perspectiva filosófica de la “razón suficiente”, como requisito para la racionalidad material de la actuación estatal: esto es, que no exista otro modo, menos gravoso, para conseguir el fin pretendido.

Situándonos en los parámetros de que depende el juicio de necesidad, ha de advertirse en primer lugar que la menor lesividad de la medida a acordar se establece en función del *derecho* que es objeto de injerencia con la imposición de dicha medida (por ejemplo, la libertad si se acuerda la prisión provisional)⁷⁰³, pero también de lo que podrían llamarse sus *efectos colaterales* (continuando con el ejemplo anterior: pérdida del empleo, merma afectiva por desvinculación del ámbito familiar, reducción de la intimidad de la persona, que se ve obligada a residir en un lugar de reducidas dimensiones con alguien a quien probablemente no conoce, etc.). Así, los *efectos*

⁷⁰¹ ARMENTA DEU, T; *Lecciones...*; *ob.cit*; p. 70.

⁷⁰² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; pp. 189 y ss.

⁷⁰³ Lo que conduce a la gradación de los derechos fundamentales y constitucionales.

directos e indirectos de la imposición de la medida constituyen un parámetro para *valorar* la menor onerosidad.

En segundo término, ha de señalarse otro de los parámetros de los que depende el juicio de intervención mínima, en tanto ejercicio comparativo. Al efecto, hemos de preguntarnos: ¿menor lesividad respecto a qué? Esto es, ¿qué medidas deberán compararse? Pues las que sean aptas para conseguir un mismo *fin*. Nuevamente, el fin cobra relieve en el juicio de proporcionalidad. De esto se desprende alguna idea relevante para la mejor atención a esta exigencia en la práctica: comenzar a observar el juicio de proporcionalidad con la creación de un listado de medidas (cautelares o no) idóneas para el fin pretendido⁷⁰⁴.

También hemos de observar que la menor lesividad se afirma a partir de un *acto valorativo*: el juez habrá de asignar un valor a los distintos derechos objeto de limitación con las distintas medidas cualitativamente idóneas. En la formulación de este juicio de valor tienen especial importancia las alegaciones que pueda formular el sujeto pasivo del proceso: y esto porque quizás él otorgue a los distintos derechos susceptibles de ser limitados un valor distinto del que les dé el juez. Lógicamente, el juez no se encuentra vinculado por las preferencias que el sujeto pasivo manifieste: aquél habrá de procurar que se imponga la medida menos gravosa pero *suficiente* para perseguir el fin que justifica su imposición.

En la *suficiencia* de la medida radica la esencia de esta sub-regla de la proporcionalidad. Obviamente, no son igualmente efectivas, para evitar la fuga, la prisión provisional y la obligación de comparecencia periódica. Tampoco lo son la obligación de comparecer cada quince días y la obligación de comparecer diariamente. A partir de esto, pueden todavía formularse algunas precisiones más sobre los elementos que se tendrán en cuenta para resolver el juicio de intervención mínima.

La primera de aquéllas es que la suficiencia de la medida viene también informada por la *cantidad* de la injerencia, esto es, por su duración e intensidad. Por este motivo se ha preferido incluir, en esta tesis, el análisis de la *adecuación objetivo-cuantitativa* de la medida a acordar en el juicio de intervención mínima, y no en el de idoneidad. Obviamente, si se toma el principio de proporcionalidad como un medio de control de la

⁷⁰⁴ *Vid. infra* capítulo VII § I.2.B.

injerencia estatal aplicable una vez acordada la medida, podemos asumir que la idoneidad de la medida se afirmará si es cualitativamente apta y cuantitativamente suficiente para el fin perseguido con su adopción. Pero si además quiere que el principio de necesidad juegue un papel mínimamente activo o influyente en el proceso de elección de la medida, considero conveniente que la evaluación cuantitativa y cualitativa de la suficiencia se realice sobre todas las medidas (cautelares o no) aptas para un fin: para ello, obviamente, va a ser necesario comparar, en su caso, medidas cautelares y otras de distinta naturaleza⁷⁰⁵. Respecto a esta cuestión resulta interesante la posición doctrinal que niega la aplicación de este principio por el TEDH y por nuestro TC, limitándose dichos órganos a la *prohibir* la aplicación de una alternativa «excesivamente gravosa», no a *exigir* la de la «menos gravosa»⁷⁰⁶. Sea como sea, una medida de defensa del proceso puede ser idónea (por la calidad y cantidad de su contenido) para el fin perseguido: que ello excluya o no la existencia de una alternativa menos gravosa depende de si la opción final tomada (de la que se afirma la calidad de idónea) ha sido previamente comparada con otras hipotéticas actuaciones también (que no igualmente) aptas para el mismo fin.

La última aserción nos conduce a la segunda de las precisiones que, se ha anunciado, quiero formular: el juicio de necesidad no exige que el medio menos lesivo sea *igualmente efectivo* para el fin perseguido que el medio más gravoso con que se compara. Obviamente, cuánto más gravosa sea la medida, más efectiva será también: lo ilustra perfectamente González-Cuellar Serrano (aunque refiriéndose a la idoneidad, de acuerdo con el esquema mantenido por dicho autor) al afirmar: el medio excesivo, “justamente por la confianza que ofrece el exceso en que incurre, es de hecho más seguro para la satisfacción de la finalidad que trata de alcanzarse”. Por este motivo, a

⁷⁰⁵ Insisto en la idea que intenta mostrarse en el texto principal: La mayoría de autores incluyen en la idoneidad la adecuación cuantitativa de la medida cautelar acordada. Ciertamente, el instrumento de protección del proceso que se adopte habrá de ser idóneo tanto por razón del derecho que limita como por el grado de esa injerencia. No obstante, esta cualidad (la idoneidad), en los términos que se acaban de exponer, es comprobable después de la elección de la medida y relacionando únicamente la propia medida con el fin. Pero es de suponer que en la elección de la concreta medida (su contenido y gradación) se habrá observado la “cláusula de la alternativa menos gravosa”, para lo que no sólo se habrá comparado la medida finalmente acogida con el fin, sino todas aquellas medidas cualitativamente idóneas para perseguir el fin. Dado que un mismo fin puede pretenderse con las medidas cautelares pero también con otros institutos afines a ellas, la elección metódica del derecho limitado y del grado de injerencia habrá de acometerse observando el conjunto de medidas, cautelares o no, aptas para aquel fin.

⁷⁰⁶ La posición reseñada es mantenida por ALONSO GARCÍA, E; en *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984. Se opone a la misma, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; en *Proporcionalidad y derechos...; ob.cit;* pp. 190 y 191.

diferencia de lo defendido por la jurisprudencia y doctrina alemanas, el respeto a la cláusula de alternativa menos gravosa requiere sólo que ésta presente una *eficacia suficiente* para el fin, no una eficacia igual a otra más gravosa⁷⁰⁷.

Desde la perspectiva que se ha expuesto hasta el momento (en que se quiere que la proporcionalidad juegue un papel metódico en la elección de la medida, no sólo en el control o enjuiciamiento posterior de esa elección) el juicio de necesidad o alternativa menos gravosa *no* tiene como parámetro relevante el *fin* que se pretende lograr. La relación entre medida y fin se acomete en el primer juicio propuesto: la idoneidad. Ciertamente, el de menor lesividad compara distintas medidas (todas ellas) aptas cualitativamente para el fin, pero esa aptitud cualitativa ya se ha acometido, de forma individual en el precedente juicio de idoneidad. Ante un conjunto de medidas idóneas para, por ejemplo, evitar la fuga, ¿qué nos hará decidir la menos medida gravosa y además suficiente? La menor onerosidad vendrá informada, ya se ha dicho, por la calidad y cantidad de la injerencia estatal en los derechos individuales, pero ¿y la suficiencia? Ha de tener otro parámetro de relación con el contenido de las distintas medidas, y ese parámetro no será, sin duda, exactamente el fin (pues todas son aptas para el mismo fin), sino la calidad de su expresión racional: el *motivo* de la injerencia. Me explico: si la defensa del proceso mediante la tutela cautelar penal se justifica por la afirmación de un *peligro cautelar*, será la calidad de ese peligro la que informe el grado de injerencia necesario para evitar su materialización. La *calidad del peligro* es, en mi opinión, el último (y no por ello el menos importante) de los parámetros que posibilitan la decisión de la medida menos gravosa⁷⁰⁸.

La *calidad del peligro* puede venir informada por la calidad de cada uno de los elementos que conforman el *peligro cautelar*. Así, habrá de tenerse en cuenta:

1) la *seguridad de los efectos de materialización del riesgo de frustración procesal* (no es igualmente segura la frustración del proceso por la huída del imputado por un delito de homicidio doloso, por ejemplo, que la frustración del proceso por la posible manipulación de una fuente de prueba cuyos efectos son todavía indeterminados);

⁷⁰⁷ *Ob.cit.*; pp. 197 y 198.

⁷⁰⁸ Cabría quizás decir “el tratamiento” menos gravoso por cuanto de este juicio puede resultar que lo menos gravoso es la adopción de varias medidas.

2) lo más o menos cualificada que sea la disposición material del sujeto pasivo (puede no ser igualmente efectivo el intento de ocultación a la justicia de alguien que no dispone de medios económicos, ni permiso de conducción, ni excesivos contactos en el extranjero, por ejemplo, que el intento de ocultación de quien sí dispone de aquellos medios, o cuenta con la colaboración de un grupo organizado), o

3) la mayor o menor seguridad de los indicios en que se sustenta la disposición anímica del sujeto pasivo (piénsese en la diferencia apreciable en una disposición anímica afirmada a partir de la realización de un acto previo de frustración procesal, que aquella fundamentada únicamente en un análisis judicial de los costes y los beneficios que supone la materialización del riesgo).

Precisamente, en criterios relativos a la *calidad del riesgo* se justifica la propuesta que, para la mejor observación de la subsidiariedad de la prisión provisional, se formulará a continuación.

2. Propuestas para una real subsidiariedad de la prisión provisional.

Precisamente una de las más repetidas y requeridas características de la prisión provisional, su *subsidiariedad*, se explica por la regla de intervención mínima o cláusula de la alternativa menos gravosa. Para garantizar tal efecto, aduce la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, se prevé el límite penológico de dos años de privación de libertad como requisito de adopción de tan gravosa medida. No puedo estar de acuerdo con dicha motivación: si ha de justificarse la previsión de ese límite penológico en la regla de proporcionalidad, habrá de afirmarse por efecto de la proporcionalidad *strictu sensu*, que impediría la privación de libertad con carácter cautelar cuando ni siquiera la pena va a consistir en ese grado de injerencia (por ser posible la sustitución o suspensión de la pena privativa de libertad)⁷⁰⁹.

Pero la subsidiariedad de la prisión provisional no depende de la correcta aplicación de la proporcionalidad *strictu sensu* sino de la exigencia que se aborda en estas páginas: la de imponer la alternativa menos gravosa pero suficiente al fin pretendido.

⁷⁰⁹ Refuerza dicho argumento la coincidencia entre las excepciones al límite mínimo de la pena para acordar la prisión provisional y las condiciones exigidas en el CP para suspender o sustituir la ejecución de este tipo de pena.

Si se asume esto, la formulación de criterios generales que permitan satisfacer el carácter subsidiario de aquella medida ha de basarse en los elementos de los que depende el análisis de la “intervención mínima”; estos son: (1) derecho restringido con la medida y efectos directos e indirectos asociados a su limitación y (2) *calidad del peligro* que justifica el recurso al género cautelar.

Por el primero de estos parámetros (y el carácter eminentemente comparativo de la regla de intervención mínima) se hace necesaria la ampliación del actual catálogo de medidas cautelares penales. Por el segundo de aquéllos, se justifica la propuesta que se formula a continuación, que, pese a situarse en la exigencia de intervención mínima, mezcla forzosamente (bien por sus efectos, bien por la posibilidad de incluir alguna cláusula exclusivamente justificable por criterios de política criminal) las otras dos sub-reglas de la proporcionalidad.

Dicha propuesta (ciertamente, muy incipiente y cuya utilidad y constitucionalidad habría de ser objeto de debate) se basa en hacer depender la posibilidad de acordar prisión provisional⁷¹⁰ de la *calidad del peligro* que justifica la procedencia de la tutela cautelar penal. Esto es, se exige una determinada cualificación bien de la *disposición material*, bien de la *disposición anímica*, advertidas al hilo del análisis de la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo del proceso. En otras palabras, la propuesta consiste en establecer un *régimen situacional* tal en el proceso que:

1) Entienda la libertad del individuo como única situación válida de aquel sujeto respecto al que sólo se ha dictado una determinada consideración general (mínimamente, la imputación). A ésta puede llamársele *situación personal de libertad*.

2) Posibilite una mayor sujeción del imputado al proceso (mediante la imposición de una medida cautelar penal) sólo cuando se haya verificado el fundamento en el caso concreto, esto es, cuando se haya apreciado la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso para materializar un riesgo de frustración procesal* (un “peligro cautelar”, en definitiva). En principio, esto habría de permitir sólo la sujeción del imputado a un régimen situacional de *libertad provisional sujeta al cumplimiento de algún tipo de obligación*. Lógicamente, tal circunstancia incluye tanto la *privación de un determinado derecho* (que es la propia medida) como la aplicación de los *medios de*

⁷¹⁰ Lo que puede articularse de dos maneras: (1) condicionando la posibilidad de incluirla en el listado de medidas idóneas para un determinado fin, o (2) sometiendo la elección final al cumplimiento de los criterios que se propondrán en el texto principal.

ejecución o control de dicha medida. A ésta puede llamársele *situación personal de limitación de libertad o de libertad “provisional”*⁷¹¹.

3) Limite la adopción de la *prisión provisional* a la apreciación de una peligrosidad procesal cualificada, en cualquiera de sus dos contenidos: (a) la disposición material o capacidad de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar, o (b) la *disposición anímica o actitud favorable del sujeto a la materialización del riesgo de frustración procesal*. En tal caso, sólo podría acordarse la prisión provisional cuando, (a) del conjunto de recursos físicos e intelectuales del sujeto pasivo, el juez infiera una capacidad de acceso y alteración especialmente cualificada o altamente efectiva, o (b) la disposición anímica haya sido advertida por el primero de los modos señalados en otro lugar: la realización previa (en el mismo u otro proceso) de un acto de frustración procesal por parte del sujeto pasivo. Se vincula así la adopción de la prisión provisional a la afirmación de una *peligrosidad procesal real*, en los términos que ésta ha sido definida. El efecto metódico de cualquiera de estas dos apreciaciones (disposición material o anímica cualificadas) es la posibilidad de incluir en el listado de medidas idóneas la privación provisional de libertad. A ésta puede llamársele *situación personal de privación de libertad*.

La propuesta de *régimen situacional* que se acaba de presentar es susceptible, por un lado, de crítica y, por otro, de modulación.

Ciertamente, además de tacharse de impopular, su asunción limitaría en gran número las posibilidades de acordar la medida más efectiva de que se dispone para evitar la frustración del proceso: la prisión provisional. Pero sobre esto no tengo más que repetir una de las preguntas ya formuladas en este trabajo (“¿a quién y en qué grado se hace asumir la posibilidad de frustración del proceso por razón de su configuración?”), y recordar la noción aristotélica de justicia como “virtud legal”.

En defensa de la propuesta aquí anunciada quiero apuntar el posible efecto de coacción psíquica que, sobre el imputado, puede ejercer la idea cierta que el intento de frustración del proceso puede provocar (o provocará, de asumirse la segunda de las modulaciones que se señalan *infra*), en ese mismo proceso o en otro, la imposición de la privación provisional de libertad. Con este método la prisión provisional deviene sí, subsidiaria,

⁷¹¹ Provisionales también son la condición de imputado y la privación de libertad durante la pendencia del proceso. Por esto el entrecomillado en el texto principal y, también por esto, las propuestas de cambio de denominación formuladas por alguna doctrina.

pero también una amenaza cierta a los actos de frustración del proceso. Indudablemente, el intento de frustrar el proceso pretende precisamente evitar la condena y ejecución de la pena que proceda (o procedería, de dictarse sentencia condenatoria), pero en el ánimo del sujeto también ha de radicar, con más o menos convencimiento, la posibilidad de un intento (de frustración) fallido. Con el método propuesto, se aumentan las consecuencias perniciosas asociadas a dicho intento y, por tanto, uno de los parámetros con que se calcula (racionalmente, claro está) el coste-beneficio asociado a una determinada acción. Que no se diga, para refutar este argumento, que el imputado todavía pondrá más empeño en la efectividad del acto de frustración procesal porque es mayormente defendible que quien se decide por una acción de este tipo va a poner en ella todos los medios y esfuerzo de que dispone.

En lo que a las modulaciones respecta, las presentaré de forma ordenada. Constituyen todas ellas, como la propuesta misma a la que se refieren, opciones de política criminal:

- La primera variación consiste en extender la posibilidad de acordar prisión provisional a la apreciación de la *disposición anímica* mediante el segundo de los medios identificados en otro lugar⁷¹²: el informe técnico de un psicólogo forense u otro profesional del análisis del comportamiento humano. La asunción de esta posibilidad ha de ir precedida, no obstante, de importantes reformas (organización del trabajo, determinación del estatuto de estos profesionales, etc.) e incremento de medios (habilitación, en su caso, de los mismos), dirigidos a que la previsión legal disponga de la infraestructura necesaria para su efectivo cumplimiento⁷¹³.

- La segunda posible variación se ubica en el efecto asociado a la apreciación, en los términos hasta ahora expuestos, de una peligrosidad procesal cualificada. La misma, de asumirse esta modulación, no provocaría sólo la inclusión de la medida en el listado de instrumentos idóneos, sobre el que aplicar después el juicio de menor lesividad, sino en obviar este último análisis, permitiendo de este modo la imposición directa de la prisión provisional. Esta opción descarta, pues, la observación de la regla de intervención mínima. Pero, además, quiere precisarse que: (1) cabe el juego entre esta modulación y la que le precede y (2) la variación que ahora se presenta es, a su vez,

⁷¹² *Loc. cit.* en nota al pie anterior.

⁷¹³ Los motivos por los que en esta propuesta se limita el régimen situacional de privación de libertad a estos dos medios de apreciación de la peligrosidad procesal, pueden consultarse *supra*, en capítulo IV § I.2.D.

susceptible de diversificación: podría exigirse que la definitiva imposición de la prisión provisional pasara previamente el filtro de la proporcionalidad *strictu sensu* o podría eximirse la aplicación de este último sub-principio. En el último de los supuestos planteados, ha de tenerse en cuenta que se posibilitarían prisiones provisionales claramente más gravosas que la pena eventualmente impuesta.

- La tercera “posible” modulación incide únicamente en el principio de proporcionalidad *strictu sensu* (por lo que habremos de concluir que no es un medio para la subsidiariedad). Ha de comenzar por advertirse que la posibilidad de situarse en el *régimen de privación de libertad* no se ha asociado con el elemento objetivo del fundamento cautelar: el *riesgo de frustración procesal*. Esto es así porque, si bien determinados riesgos se afirman con mayor certeza⁷¹⁴, no pienso pueda hablarse de una *calidad del riesgo* (sí del peligro): ¿acaso ha de calificarse de forma distinta el riesgo de indisponibilidad física y jurídica del sujeto cuando la pena que eventualmente se imponga sea de 3 o de 10 años? Ciertamente, alguna relevancia ha de tener este dato (y la tiene, según se señalará en otros lugares⁷¹⁵) pero la misma no ha de conectarse con la necesidad sino con la ponderación de intereses y, por tanto, con la proporcionalidad en sentido estricto. Los motivos para esta posición (y la que se ha expresado al comenzar este apartado de propuestas) se mostrarán *infra*, al hilo del análisis de esta última sub-regla de la proporcionalidad.

3. Ampliación del actual catálogo de medidas cautelares penales, necesidad de adecuación finalista de medidas previstas en nuestro ordenamiento y control telemático de personas imputadas.

Ya se ha dicho, la efectiva subsidiariedad de la prisión provisional depende, en gran modo, de la existencia de un catálogo de medidas alternativas a la misma. La ausencia de alternativas a la prisión provisional puede provocar dos situaciones igualmente contraproducentes: (1) la negación de la tutela cautelar penal en determinados tipos de

⁷¹⁴ Así, es más *claro* que en un proceso en el que se enjuicia un hecho susceptible de ser castigado con una pena de 5 años la fuga *constituye un acto de frustración del proceso*, que la ocultación de determinada fuente de prueba, cuya existencia y efectos se presumen, va a frustrar el proceso. O, por ejemplo, es menos claro también que la eventual pena de privación de libertad por impago de multa constituye un riesgo de frustración procesal, cuando precisamente la misma posibilidad de dicha pena está sujeta a la contingencia de que se mantenga la insolvencia del sujeto.

⁷¹⁵ *Vid.* preeminentemente el título siguiente de este mismo capítulo.

procesos, por estimarse desproporcionada la medida privativa de libertad o (2) la adopción indebida de privaciones de libertad, aún siendo la misma desproporcionada.

Precisamente por lo anterior, la necesidad de ampliar el catálogo de medidas alternativas es objeto de recurrente denuncia por parte de la doctrina y recomendación patente en determinadas resoluciones internacionales (más o menos institucionales). La búsqueda de alternativas a la prisión provisional puede acometerse por dos vías distintas: la adecuación finalista de algunas medidas previstas en nuestro ordenamiento y la observación de medidas contempladas en ordenamientos distintos al español. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que cualquier medida cautelar que se introduzca ha de poder ser efectiva, ejecutada. En esta exigencia radica uno de los principales motivos de la ausencia de alternativas, y uno de los principales argumentos para la introducción del control telemático de personas imputadas.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico-penal un conjunto de medidas que, por su contenido, pueden resultar idóneas para la persecución de algunos fines cautelares, pero que hoy, en una atención estricta al principio de legalidad, no habrían de poder acordarse con fines de defensa del proceso. ¿Por qué motivo? Porque carecen de la necesaria previsión legal del fin o adecuación finalista.

Dicha adecuación finalista puede acometerse de forma directa y específica (esto es, atribuyendo a cada medida cautelar un o varios fines asociados) o de forma indirecta y general (esto es, señalando por un lado cuáles son los fines cautelares y por otro qué medidas de este género existen). En el primer caso, el juicio de idoneidad parte de la clasificación legal, empieza con la propia Ley (digamos que el legislador hace un juicio expreso de idoneidad general, abstracto, a partir del que decidirá el juez). En el segundo supuesto, el legislador no hace un juicio previo de idoneidad, de manera que es el juez quien debe formularlo expresamente. En un momento posterior de este trabajo, al hilo de la exposición del contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal, justificaré mi preferencia por la segunda opción⁷¹⁶.

Pero la LECrim, en su actual configuración, no adopta ninguno de estos dos sistemas: ni prevé los fines generales de las medidas cautelares (dejando el juicio de idoneidad para el juez, a partir del listado de medidas cautelares), ni prevé fines cautelares específicos

⁷¹⁶ Infra, capítulo VI § I.2.C.b.

para cada una de las medidas que contiene. En definitiva, no respeta la exigencia de exhaustividad en la tipificación legal. Por contra, prevé para algunas medidas el fin específico de evitar la reiteración delictiva y, para otras, omite toda referencia finalista. A esto hay que añadir que la introducción paulatina de medidas encuadrables en el género preventivo no se ha realizado con la suficiente meditación y estudio, de manera que se han desaprovechado verdaderas oportunidades de ampliación de las alternativas a la prisión provisional. Observemos algunas de estas eventuales, por uno u otro motivo, medidas cautelares penales:

a) La *prohibición de acudir a determinados lugares* se encuentra prevista como medida de protección a la víctima. Habría que valorar su aptitud objetiva para preservar fuentes de prueba. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que si se conoce el lugar dónde pueden hallarse dichas fuentes, lo más lógico es que se recojan inmediatamente o tan pronto se tenga noticia de su existencia, lo que haría innecesaria la adopción de una medida cautelar al efecto.

b) Tampoco se encuentra expresamente prevista en la legislación procesal penal la *prohibición de abandonar determinado ámbito territorial* (u *obligación de permanecer en él*). No obstante, una de sus posibles concreciones, la prohibición de salida del territorio nacional, acostumbraba a ser acordada por los tribunales aún la ausencia de habilitación legal y, precisamente, por efecto de un desarreglo en la propia LECrim. En respuesta a las numerosas demandas por parte de operadores jurídicos que han de actuar en lugares con un alto grado de actividad delictiva cometida por extranjeros turistas, la LO 15/2003 introdujo en nuestro ordenamiento uno de los medios de ejecución de la prohibición que ahora nos ocupa: la *retención del pasaporte*. No obstante, se ha cometido el error de introducirla como “garantía” de la obligación de comparecencia periódica, en una clara disfunción entre el contenido de esta medida y el medio previsto para garantizarla: y es que la comparecencia periódica supone una injerencia distinta a la que se practica con la retención del pasaporte. Éste último acto habría de ser, en cualquier caso, un medio de ejecución de la obligación de permanecer en el territorio español (debiendo observarse, además, que sólo resulta válida para ciudadanos extracomunitarios).

En cualquier caso, la prohibición de abandonar un determinado territorio parece objetivamente idónea para asegurar la presencia del sujeto pasivo del proceso.

c) La *prohibición de trabar contacto con determinadas personas* se encuentra legalmente prevista, como la primera de las señales, como medio de protección personal en supuestos de peligro de reiteración delictiva. Objetivamente parece tener virtualidad cautelar cuando con ella se pretende el alejamiento respecto a testigos, peritos, coimputados o respecto a aquéllas personas que se estima pueden ayudar a materializar un riesgo de frustración procesal.

d) Ciertamente particular es la medida de *suspensión de empleo o cargo público* que en su previsión actual no parece cumplir una función preventiva (ni procesal, ni criminal). Por el contrario, tiene un carácter reaccionario: negar a los imputados por la comisión de un delito de terrorismo el ejercicio de cualquier función pública. La idea es que no puede servir al Estado quien atenta (aunque presuntamente) contra el mismo Estado.

Parece que la suspensión de empleo (público o no) o la limitación en las funciones que en él se desarrollan, podría ser un medio idóneo para evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes de prueba. Aunque, nuevamente, en la mayoría de ocasiones habrían de reputarse menos lesivos actos como el comiso, o la entrada y registro. Esto último no obsta, sin embargo, la conveniencia de preverla legalmente.

e) La *prohibición temporal de desarrollar determinadas actividades* se encuentra recogida como medida de seguridad a personas jurídicas y aplicable con carácter previo a la condena⁷¹⁷. El fin legislativamente atribuido a estas medidas (aunque afirmado respecto a las definitivas medidas de seguridad, su extensión (por remisión) a las que se acuerdan con carácter previo a la condena es unánimemente aceptada) es el de evitar la reiteración delictiva. No obstante, parece que la prohibición es apta para evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba.

La mayor objeción a las medidas que, con una adecuación legal finalista, podrían conceptuarse como cautelares (o a las que es posible importar de otros ordenamientos, como la obligación de informar de desplazamientos que se efectúen fuera de cierto

⁷¹⁷ De hecho, el art. 129.2 CP explicita que estas medidas podrán acordarse “por el Juez instructor durante la tramitación de la causa”.

ámbito territorial), es la *efectividad* en la protección pretendida con su adopción. Si bien la suspensión de empleo o cargo público, o la prohibición temporal de desarrollar determinadas actividades son cómodamente controlables, no las demás. Las carencias en su efectividad han de afirmarse tanto si la medida se destina a la protección procesal como a la protección criminal. En uno y otro caso, entiendo sumamente contraproducente la previsión de medidas cuyas posibilidades de control son casi nulas: el efecto sobre el “ánimo social” de instrumentos legales que no pueden aplicarse con efectividad ya ha sido denunciado *supra*.

La tutela cautelar personal ha ido siempre asociada a la posibilidad de control: establecimientos penitenciarios y hospitales son centros de control concentrado. También la familia puede ejercer ese tipo de vigilancia, aunque no parece razonable establecerlo como obligación. De hecho, la fianza prestada por tercero a efectos de evitar la huida del imputado es una muestra del control de ese sujeto por parte de otro. Algunas experiencias presentadas como alternativas a la ejecución de la pena constituyen también medios de control por parte de tercero: así sucede, por ejemplo con la *probation*, o el control electrónico de presos.

Mediante la reforma de la prisión provisional y del sistema de penas operada en diciembre de 2003 se introdujo, quizás con demasiada premura teniendo en cuenta las posibilidades reales de aplicación, la *localización permanente*, que corre el mismo riesgo de desventura que la medida que sustituye: el arresto domiciliario⁷¹⁸.

Los *medios de control difuso*, en los que pienso claramente quiso insertarse la pena y medida de localización permanente, permiten un salto *cualitativo* en la efectividad de la protección ofrecida al proceso y, en consecuencia, uno *cuantitativo*: el de establecer un efectivo catálogo de medidas alternativas a la prisión provisional.

⁷¹⁸ A mi entender, con esa introducción legislativa, el Gobierno (con su propuesta) y el Parlamento (con su aprobación), actuaron de forma irresponsable. Y esto porque no se había llevado a cabo, todavía, un programa piloto a nivel nacional que permita evaluar la experiencia, y se ha basado sólo la decisión en las informaciones comerciales suministradas por las empresas productoras y distribuidoras de esos mecanismos. Los jueces y tribunales han tenido que comenzar a aplicar esta medida, de comprobadísima dificultad técnica, sin preparación previa alguna. Los tristes resultados de la introducción legal de la medida sin la necesaria infraestructura y formación para tan distinta forma de control pueden ser evaluados tres años después de su introducción.

También GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO hace hincapié en la necesidad que la aplicación de medidas alternativas tenga como condición (además de la idoneidad y la cobertura legal suficiente para la restricción del derecho objeto de la medida), la “existencia de infraestructura necesaria para su aplicación”, en *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; p. 201.

Además de las innovaciones y complicaciones técnicas que han de observarse para su aplicación, los medios de *control telemático*⁷¹⁹ plantean otras de carácter conceptual. Y es que el intento de explicar dogmáticamente este fenómeno desde las categorías jurídicas tradicionales obliga a formular peripecias argumentativas varias, forzando algunos conceptos: ¿qué tipo de presencia se asegura con los medios de control telemático? ¿La jurídica o la física? Puede explicarse que la capacidad ofrecida por medios como la telefonía móvil, Internet, GPS u otros, para observar imágenes en la distancia y controlar tanto situaciones estáticas como movimientos concretos ofrece un amplio abanico de medios de control que, al tiempo que difumina la clásica y física distinción entre presencia real y jurídica, informa la evolución del *control concentrado* al *control difuso, continuo y de comunicación instantánea*. Estos medios de control, cuya utilización ha sido en parte asimilada desde la explosión del sistema de base de datos y la posibilidad de cruzarlos que ofrece el avance informático (así como el rastreo de datos y operaciones, o la activación de señales de alarma ante la identificación tecnológica de movimientos o conductas prohibidas), permiten en muchas ocasiones asegurar... ¿asegurar qué? Probablemente para responder a esta pregunta resulte mucho más clarificador no anclarse a categorías obsoletas para estos nuevos medios y comenzar a observar otras como “*desterritorialización espacial y desinstitucionalización del control*”, “*reterritorialización corporal del control*” o “*control dividual*”⁷²⁰. Palabras y expresiones con las que la gramática no ha llegado, todavía, a identificar las realidades que quieren ilustrar.

Pero dejemos la disertación que traslada nuestra imaginación al Londres virtual imaginado por Jorge Orwell o la ciudad-barrera de Felix Guattari, para retomar la exposición teórica de una regla que, como todo y como todos, no escapa a la fuerza de la evolución y la coyuntura de los tiempos: el de proporcionalidad *strictu sensu*.

⁷¹⁹ VOZ “telemática”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 2148: “Aplicación de las técnicas de la comunicación y de la informática a la transmisión a larga distancia de información computarizada”.

⁷²⁰ FROMENT, JC; “Les noves tecnologies de la seguretat i la «societat de control»”, en *Revista catalana de seguretat pública. Experiències de gestió de la seguretat: des dels models de proximitat a l’ús de la tecnologia*; nº 10, junio 2002, pp. 23 y ss.

III. Proporcionalidad *strictu sensu*: respeto al contenido esencial del derecho objeto de restricción y “ponderación” de intereses.

La proporcionalidad *strictu sensu* es una regla caracterizada como valorativa, ponderativa y material⁷²¹, cuya virtualidad se fija genéricamente en la prohibición de exceso y, concretamente, en la *interdicción de vaciamiento del contenido esencial* del derecho objeto de restricción o limitación⁷²². Desde esta perspectiva, la aplicación de esta regla en la adopción de medidas cautelares tiene la dificultad, además de la relativa a la fijación del contenido esencial de un derecho fundamental, de la identificación de los intereses en conflicto. Más que la identificación de los intereses, el valor que deba dárseles y los criterios sobre los que asignar dicho valor. Abordemos la situación por partes:

1) La aplicación de la *proporcionalidad strictu sensu* presupone la existencia de intereses enfrentados. En consecuencia no ha de extrañar que su percepción como regla de general aplicación en el proceso penal, dada la tensión entre intereses individuales (los de su sujeto pasivo) y estatales (aplicación del *ius puniendi*) que subyace a lo largo de dicho proceso. Pero, centrados en la imposición de medidas cautelares penales, ¿qué extremos han de entenderse contrapuestos y, por tanto, objeto del juicio de proporcionalidad en sentido estricto?

Parece que, de una parte, el derecho cuya restricción es objeto de la medida cautelar (y el alcance de esa restricción) y, de otra, el interés en la persecución penal. La diferente estructura de estos dos intereses ha sido utilizada para criticar, por imposible, el contrapeso de bienes e intereses (Rupp).

2) La exigencia de proporcionalidad en sentido estricto de la medida cautelar penal obliga a que la medida considerada *suficiente* para el fin perseguido (la que resulta de la aplicación de la cláusula de intervención mínima) no suponga un tratamiento *excesivo* para el interés que la justifica teleológicamente. Lo indeterminado del concepto *suficiente*, así como los parámetros para su determinación, ya fue abordado en páginas precedentes, pero ¿cuándo o en función de qué va a evaluarse lo *excesivo* de una medida

⁷²¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; ob.cit; p. 226 y ss.

⁷²² DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; ob.cit; p. 111. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; ob.cit; pp. 228 y ss.

cautelar? Esto es, ¿qué valor ha de darse al *interés estatal en la válida prosecución y finalización del proceso penal*?

3) Si intenta atribuirse un valor a dicho interés, quizás habríamos de convenir que la no frustración del proceso es igualmente deseable (el valor tiene mucho que ver con el deseo, ya se ha dicho) para todo tipo de procesos. Pero esto, que puede aducirse si se quiere fomentar la confianza de los ciudadanos en la “administración de justicia”, no parece ser útil para contrarrestar la vaguedad del término “*excesivo*”. Desde esta perspectiva, la proporcionalidad *strictu sensu* no tendría, en mi opinión, virtualidad alguna: no actuaría como tope a la desproporción porque excluye, del juicio que implica, todo posible cálculo más o menos numérico o, a lo sumo, lo condiciona a otros conceptos tan o más vagos (tales como la *importancia* de la causa, la *gravedad* del hecho o el interés público por el éxito del proceso⁷²³) que el propio que trata de determinar.

4) No ha de olvidarse, a efectos de lo anterior, que el proceso es un instrumento al servicio del derecho sustantivo que aplica, por lo que, a mi parecer, el juicio de valor sobre el interés en la sustanciación del proceso penal puede trasladarse perfectamente al derecho material al que sirve u obtenerse del mismo. Y es que el interés en la sustanciación del proceso penal depende hoy, exclusivamente, de parámetros que relacionan un *hecho* o un *sujeto* con la *norma penal sustantiva*. Al menos así habría de ser por la vigencia del principio de necesidad y mientras el de oportunidad no incida en esta configuración.

Resulta que el derecho penal sustantivo es también un instrumento, en este caso de protección de bienes jurídicos, de cuyo valor es indicativa la decisión primera de protegerlos penalmente y, además, la pena asignada al acto que atenta contra ellos. En consecuencia, no encuentro obstáculo por el que negar a la *consecuencia jurídica* del delito *legalmente prevista* la cualidad de criterio de medición del interés estatal en el esclarecimiento y en su caso punición del hecho enjuiciado. Y no es sólo que no encuentre impedimento para que así sea, sino que me parece además que éste es el único criterio que ha de utilizarse para la aplicación de la proporcionalidad *strictu sensu*.

⁷²³ Sobre la utilización por la jurisprudencia alemana de estos conceptos como criterios de medición del interés de persecución penal, *vid.* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; pp. 251 y ss.

5) Por lo anterior, pienso que una medida cautelar penal, si quiere respetar dicho principio, no podrá suponer una injerencia (ni *cualitativa* ni *cuantitativa*) superior a la pena prevista para el hecho enjuiciado. Por este motivo se explicarían el establecimiento legal de límites temporales máximos a la prisión provisional o la prohibición de acordarla en el juicio de faltas. También toda previsión que permita excepcionar la conexión indicada ha de enjuiciarse desproporcionada en sentido estricto y, por tanto, desproporcionada en general. Una medida cautelar que exceda, por ejemplo, en duración de la de la pena asignada al hecho enjuiciado, quizás pueda estimarse idónea y necesaria (si su contenido objetivo le atribuye el primer carácter y su extensión subjetiva y la calidad del riesgo al que responde justifican el segundo adjetivo) pero, en ningún caso, podrá decirse de aquélla que es proporcional.

Así, la medida cautelar no puede tener como objeto la injerencia en un derecho “*más valorado*” que el derecho que se restringe con la pena, ni por un *tiempo* superior al que pueda durar la misma. Lo que se acaba de afirmar nos conduce a dos consideraciones de especial relevancia práctica:

6) La primera induce a preguntar ¿qué pena ha de tenerse en cuenta como indicador del interés estatal?, ¿la abstracta o la concreta? Si es la abstracta, ¿en su límite máximo o mínimo? Si es la concreta, ¿la solicitada por el Ministerio Fiscal o por cualquiera de los otros sujetos que eventualmente se sitúen en la posición activa? Pienso que la cuestión no puede desvincularse de aquélla relativa a la congruencia penal: al fin y al cabo, de la posición que la jurisdicción adopte respecto a ésta última dependerá la pena que efectivamente pueda imponerse. A mi juicio, en una y otra cuestión, ha de entenderse como límite la *pena legalmente prevista* para el hecho enjuiciado (por la relación entre principio de oficialidad y acusatorio y, en el caso de las medidas cautelares, porque en el momento en que normalmente se acuerdan puede no haberse producido todavía la acusación ni, por tanto, la solicitud concreta de pena) y, además, el límite *inferior* de la misma (manteniendo una posición que quiere ser mayoritariamente liberal y tener en cuenta que la fijación de la extensión de la pena no se produce hasta el dictado de la sentencia condenatoria).

7) La segunda de las consideraciones antes anunciadas se refiere, no a la pena sino al otro parámetro del juicio de proporcionalidad *strictu sensu*: la medida cautelar y,

específicamente, la duración de la misma. Se explicará detenidamente en otro lugar⁷²⁴ que las medidas cautelares penales (salvo la prisión provisional) no tienen como característica la *temporalidad* (esto es, la necesidad de que tengan fijado apriorísticamente un plazo máximo de duración), sino que se acuerdan en principio indefinidamente y su duración depende de la vigencia de sus presupuestos, incluida la exigencia que ahora se estudia: la proporcionalidad. Por este motivo, la virtualidad de la proporcionalidad *strictu sensu* en el momento de adopción de la medida se reduce a un control *cualitativo*, por el que se observa el derecho objeto de restricción con la medida suficiente y con la eventual pena. El control *cuantitativo* (esto es, de duración de la medida como parámetro de proporcionalidad en sentido estricto) se difiere al momento de vigencia de dicha medida: por este motivo se indicará que la duración de la medida cautelar penal (el tiempo de vigencia efectiva de la misma) puede provocar la revisión y, en su caso, alzamiento o modificación de la tutela cautelar dispensada, sobre la base del respeto a la proporcionalidad *strictu sensu*⁷²⁵.

8) Finalmente quiero advertir que, desde la posición que defiendo, he de coincidir con González-Cuellar Serrano cuando afirma que con la proporcionalidad *strictu sensu* “no se busca la decisión «proporcional» sino evitar la claramente desproporcionada”,⁷²⁶ eso sí, siempre y cuando la proporción o desproporción de la medida se juzgue por referencia al interés estatal en la sustanciación del proceso y aplicación del *ius puniendi*. En cambio, ha de negarse aquella conclusión cuando se hayan observado todas y cada una de las subreglas de la proporcionalidad: si se han aplicado de forma correcta, habrá de poder afirmarse la debida correspondencia de la medida acordada con aquéllos elementos que la fundamentan: el riesgo de frustración procesal y la peligrosidad procesal. La conformidad del todo con las partes que lo componen, que es al fin y al cabo, el sentido del adjetivo “proporcional”,⁷²⁷.

⁷²⁴ Vid. *infra*, capítulo VI § II.2.A

⁷²⁵ Vid. *infra*, capítulo VI § II.3

⁷²⁶ *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; p. 230.

⁷²⁷ VOZ: “proporcional”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 1846.

CAPÍTULO SEXTO

EXIGENCIAS O PRESUPUESTOS FORMALES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

CAPÍTULO SEXTO.- EXIGENCIAS O PRESUPUESTOS FORMALES DE ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

En el capítulo tercero se han expuesto los presupuestos materiales de adopción de las medidas cautelares penales. Pero con aquéllos no se agotan las exigencias para acordar las medidas de este género: a la materia, al contenido, ha de sumarse la forma, la manera de proceder en aquel ejercicio. Si hasta el momento nos hemos preguntado *por qué y para qué* acordar medidas cautelares (lo que incluye, como se ha observado, indagar también *sobre quién*), a partir de ahora los interrogantes habrán de ser, básicamente, *por quien y cómo* adoptarlas.

La determinación de los presupuestos formales se acomete tomando como base algunos de los principios del proceso penal y aplicando sus proyecciones técnicas a las medidas cautelares penales. Este ejercicio permite atribuir un régimen uniforme de adopción a las medidas de este género. A partir de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado afirmaré las exigencias de jurisdiccionalidad, legalidad y motivación. Los principios de oficialidad y acusatorio, permitirán indagar acerca de la necesidad de instancia de parte en la adopción de medidas cautelares penales. Finalmente, el principio de contradicción o audiencia, así como del derecho de defensa, servirán para tomar posición sobre la necesidad de celebrar una audiencia previa a la adopción de una medida cautelar penal.

I. Presupuestos formales derivados de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.

En numerosos lugares de este trabajo se han señalado las implicaciones que la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, vierte en el proceso penal. No obstante, conviene rememorar sintéticamente que toda injerencia en los derechos del individuo que se lleve a cabo en un proceso penal, ha de ir acompañada de una “consideración” distinta a la plena inocencia. La exigencia de “consideración” para la imposición de un tratamiento constituye el principal efecto material de la vigencia del derecho a la presunción de inocencia⁷²⁸. Pero también ha de recordarse que, por la aplicación del principio democrático y de división de poderes, así como del derecho de defensa, el respeto a la presunción de inocencia exige que las distintas consideraciones y

⁷²⁸ La construcción que permite proponer tal inferencia se ha acometido *supra*, en el capítulo I § II.

tratamientos se afirmen e impongan, en su caso, con unas mínimas exigencias formales. A las mismas, que se ha dado en llamar “proyecciones técnicas” de la presunción de inocencia, me referiré a continuación. Se trata de determinar (1) quién debe ofrecer ese tratamiento (jurisdiccionalidad), (2) la habilitación legal para el mismo (legalidad) y (3) el modo en que éste debe imponerse (motivación).

Podría objetarse, a este planteamiento, que para afirmar las exigencias de jurisdiccionalidad, de legalidad y de motivación no hacía falta recurrir al derecho reconocido en el art. 24.2 CE. Es posible. La opción aquí tomada es sólo un modo de explicar con una mínima sistematicidad las distintas injerencias que, sobre la libertad del hombre, se producen a lo largo del proceso penal. Y qué duda cabe, ni la propuesta de un contenido para la regla de tratamiento del imputado, ni la exposición de la restricción de derechos dentro del proceso, pueden hacerse obviando el reparto del poder estatal ni los derechos básicos integrados en un determinado ejercicio de dicho poder: el proceso penal. Así que, efectivamente, principio democrático, división de poderes y derecho de defensa constituyen parámetros básicos para concluir la exigencia de jurisdiccionalidad, legalidad y motivación en la adopción de medidas cautelares. Que dichos efectos se expliquen a partir de la presunción de inocencia beneficiosa, a mi parecer, la sistematicidad de tales exigencias.

Finalmente, sólo cabe advertir que todas y cada una de las exigencias que se presentan a continuación son de carácter *formal*, pero que se aplican a un contenido *material*: ilustran cuestiones de forma sobre el objeto. En otras palabras, la jurisdiccionalidad se exige para acordar una medida cautelar; la legalidad obliga que el contenido de la injerencia, y el motivo que la justifica, estén previstos en la Ley y la motivación se refiere directamente a ambos elementos materiales (consideración y tratamiento).

1. Jurisdiccionalidad y competencia.

A) Legitimación estatal para la imposición de medidas cautelares y división de poderes: jurisdiccionalidad.

La jurisdiccionalidad es presentada, por algunos autores, como una característica de las medidas cautelares, por otros, como un presupuesto de las mismas⁷²⁹. Otros, parecen

caracterizar la medida cautelar de jurisdiccional e incluyen la competencia en los presupuestos. En cualquier caso, la doctrina, tanto civil como penal, comparte casi unánimemente la idea que es un órgano jurisdiccional, y no uno administrativo, el que debe acordar una medida cautelar penal⁷³⁰. Podría intentar fundamentarse tal posición en las exigencias de toda limitación de derechos fundamentales o en el carácter funcional o instrumental de la medida cautelar respecto al proceso⁷³¹. La primera opción habría de tener en cuenta, de un lado, el contenido de la medida (si la misma limita o no un derecho fundamental) y, de otro, qué tipo de reserva jurisdiccional (*lato sensu* o *strictu sensu*) se establece para la limitación del derecho fundamental⁷³². La segunda habría de observar hasta qué punto otras diligencias “instrumentales” de la declaración penal, tales como las de investigación, pueden ser transferidas legislativamente a un órgano no jurisdiccional. Parece que sólo una combinación de ambos argumentos

⁷²⁹ Aunque no siempre se extiende tal exigencia a todas las medidas de este género, sino sólo a que restringen derechos fundamentales. A título de ejemplo, GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 62, afirma la jurisdiccionalidad de la prisión provisional, como exigencia de la limitación de derechos fundamentales. No obstante, denuncia dicho autor el argumento normalmente utilizado para extender la jurisdiccionalidad al resto de medidas cautelares (*vid. infra*, nota al pie siguiente), crítica que tiene mucho que ver con el criterio utilizado por el autor para afirmar el presupuesto que nos ocupa: el contenido de la medida.

⁷³⁰ Denuncia GUTIERREZ DE CABIEDES (en *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 62) que “cuando se predica de otras medidas cautelares la nota de la jurisdiccionalidad, podría decirse que se hace con base en un argumento que incurre en cierto defecto de circularidad o que no siempre se cumple”. El primer reproche lo basa en que la limitación de derechos que supone alguna medida cautelar puede ser acordada también por órganos administrativos (en el seno de un procedimiento administrativo) y que, cuando se afirma la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares penales se está, en realidad diciendo que “las medidas cautelares –jurisdiccionales- adoptadas en un proceso –jurisdiccional- sólo pueden ser adoptadas por la jurisdicción, lo cual (...) es una afirmación bastante parca en contenido, si es que no se reduce a una tautología”. La segunda de las críticas con que se encabeza este excursus consiste en la “no-universal verificación de esta nota en el proceso jurisdiccional”, aludiendo como ejemplo la detención, que puede ser llevada a cabo a iniciativa de los agentes de la autoridad o los particulares. Respecto a la primera de las inectivas a la justificación de la extensión de la jurisdiccionalidad a todas las medidas cautelares, no alcanzo a advertir su sentido o finalidad: la instrumentalidad de las medidas cautelares penales justifica sobradamente esa nota. En cuanto a la segunda, ha de advertirse que, pese a que el autor referenciado escribe que “algunas medidas” no cumplen esa nota en el proceso, sólo cita la detención (tampoco se me ocurre a mi otro). Pero, en mi opinión, la detención a que alude no es una medida cautelar penal, de protección del proceso, sino una medida de seguridad pública (al respecto, *vid. supra*, capítulo III § IV.2.B.).

⁷³¹ A título de ejemplo, ARMENTA DEU, que justifica del siguiente modo la jurisdiccionalidad (presentada en sus *Lecciones...*; *ob.cit.*; p. 204, como característica de las medidas cautelares): “La medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, ya que es una manifestación más de la función jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)”.

⁷³² DIEZ PICAZO, *Sistema de derechos...*, *ob.cit.* BRAGE, por su parte, afirma que la forma más garantista de la reserva jurisdiccional (esto es, la *strictu sensu* o necesidad de autorización judicial previa) rige en el ámbito del proceso penal y cita como ejemplos paradigmáticos la imposición de penas y de medidas cautelares. En *Los límites a los derechos...*; *ob.cit.*; p. 328.

permite sostener que, tanto la imposición de medidas cautelares penales como la adopción de diligencias de investigación limitativas de derechos fundamentales, quedarían fuera de la competencia de un eventual (y por lo que parece no tan lejano) Fiscal instructor, proponiéndose en tal caso que sea un Juez «de garantías», o como quisiera llamársele, el competente para acordar medidas cautelares penales⁷³³.

En este trabajo, no obstante, se ha preferido explicar la exigencia de jurisdiccionalidad como proyección técnica de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado en el proceso penal. Situados en este orden jurisdiccional (como no podría ser de otro modo, dado el objeto de este trabajo), se ha advertido que «las “consideraciones”, en tanto expresión de por qué se ejerce una potestad determinada, deben ser afirmadas en el caso concreto por quien ostenta dicha potestad o poder. De acuerdo con la división de poderes constitucionalmente establecida, quien atribuya cualquiera de las consideraciones expuestas no puede ser otro que el órgano jurisdiccional. Por tanto, debe defenderse la exigencia de *jurisdiccionalidad* en la atribución en el caso concreto de las consideraciones que se dan en el seno del proceso” y, por ende, añadiríamos en la imposición de los tratamientos asociados a dichas consideraciones⁷³⁴. Se reconoce que, con esta construcción, se amplía la reserva de jurisdiccionalidad a la adopción de medidas cuyo contenido puede no ser la limitación de un derecho fundamental, sino constitucional: esto permite afirmar que, aún consistiendo el *tratamiento* idóneo para proteger el proceso, por ejemplo, en una limitación del patrimonio⁷³⁵, o en la inhabilitación temporal para el ejercicio de un oficio⁷³⁶, tanto dicho tratamiento como la consideración que permite imponerlo hayan de ser afirmados por un órgano jurisdiccional. Esta extensión es efecto del mayor garantismo, al menos formal, que cabe atribuir a la acepción de presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo.

⁷³³ MARTÍN PASTOR, J; *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, especialmente pp. 194 y ss y 232 y ss.

⁷³⁴ El entrecomillado ha sido extraído del capítulo I § II.4.C. También se advirtió el carácter formal de la exigencia de jurisdiccionalidad en otro lugar (capítulo III § IV.3) donde se afirmó que “si para valorar la justicia del *motivo* por el que se persigue aquel fin (protección del proceso) de una determinada manera (imposición de una medida cautelar, en nuestro caso), atendemos sólo a la legitimación de quien ejerce tal poder, el análisis continuará reducido a una cuestión meramente formal”.

⁷³⁵ Derecho a la propiedad privada, art. 33 CE.

⁷³⁶ Derecho a la libre elección de profesión u oficio, art. 34.2 CE.

B) Función cautelar, principio del juez no prevenido, imparcialidad y competencia funcional para imponer una medida cautelar.

Con lo expuesto en el apartado anterior no se especifica qué concreto órgano jurisdiccional es el competente para imponer, alzar o modificar medidas cautelares en el proceso penal. Parece que dicha competencia será de carácter funcional, entendiéndola como aquella aptitud (por atribución legal, en virtud del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley) de un determinado órgano jurisdiccional para conocer de fases o actos procesales distintos a los de enjuiciamiento en primera instancia. No se trata, en este caso de concretar el órgano que ha de conocer de una *fase* del proceso⁷³⁷, sino de un determinado acto: el que acuerda, alza o modifica la medida cautelar penal. No obstante, las medidas cautelares pueden, en principio, acordarse a lo largo de todo el proceso penal, por lo que cierta importancia tendrá la determinación del órgano competente para tramitar la *fase* en que nos encontremos en el momento en que se plantea la “cuestión cautelar”⁷³⁸. Al efecto, el artículo 9 LECrim recoge una norma de competencia funcional de carácter general, al establecer que “los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias...”⁷³⁹. El precepto atribuye determinadas competencias

⁷³⁷ Tal sería el caso, por ejemplo, de las competencias para la instrucción penal (art. 87 LOPJ, para los Juzgados de Instrucción; art. 88 LOPJ para la instrucción de causas cuya competencia objetiva corresponde al Juzgado Central de lo Penal o a la Audiencia Nacional, etc.), o de las normas que atribuyen competencia para la resolución de recursos (cita normas) o para la sustanciación y resolución de determinados incidentes procesales (cita normas, por ejemplo, incidente de recusación; incidente para la legitimación del tercero responsable civil), o para la ejecución de la sentencia.

⁷³⁸ La doctrina ha venido afirmando que la competencia para decretar una medida de este género dependerá del momento procedimental en que esto ocurra (GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional, ob.cit;* p. 205). Ciertamente, la determinación de la competencia funcional requiere haber precisado antes la objetiva, pues se fija en referencia a ésta. Pero, como se observará, la competencia funcional para acordar, alzar o modificar medidas cautelares penales ha de apreciarse en relación al momento procesal en que nos encontramos, por lo que es posible que, para tal ejercicio, hayamos tenido que aplicar previamente otros criterios de atribución de competencia funcional. Por ejemplo, si el art. 504 atribuye la competencia para acordar la prisión provisional al Juez de Instrucción, la concreción de aquella competencia pasa por aplicar la norma que atribuye la competencia para instruir a una determinada clase de órganos jurisdiccionales. Además, ha de advertirse que, en tanto depende de la competencia objetiva, la funcional también puede sufrir alteraciones a lo largo del proceso.

⁷³⁹ Continúa el precepto “..., sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 801 LECrim”, que atribuye la ejecución de las sentencias de conformidad, dictadas en la guardia por el juez instructor, al Juzgado de lo Penal.

funcionales al órgano con competencia objetiva, pero no hace mención expresa a las medidas cautelares penales. La posibilidad de acordarlas a lo largo de todo el proceso obligará a atender a otros criterios de competencia funcional, especialmente los que fijan la competencia para la instrucción y aquellos que expresamente se refieren a la competencia funcional para la adopción, modificación y alzamiento de medidas cautelares. Una breve referencia a la situación normativa actual en esta materia será el objeto del primero de los subapartados que siguen. Antes, no obstante, quiere presentarse el contenido de los demás.

Sucede que, en la mayoría de ocasiones, la existencia de un *riesgo de frustración procesal* se aprecia ya en la fase de instrucción (es más, hay un *peligro cautelar* de muy difícil sustento una vez abierto juicio oral⁷⁴⁰). Ocurre además que, en todos los tipos de procesos, también en aquella primera fase se produce, en su caso, la *imputación* del hecho a un sujeto (condición que permite el análisis de la *peligrosidad procesal* de ese sujeto y, de apreciarla, la imposición una medida cautelar⁷⁴¹). Así que lo más común es que en la fase de instrucción se plantee la adopción de medidas de este tipo. Nos situamos de este modo en una de las cuestiones más controvertidas en lo que a competencia judicial y tutela cautelar se refiere: la legitimación funcional para acordar medidas cautelares durante la instrucción del proceso penal. En el tercero de los subapartados que siguen se intentará (1) aclarar el *quid* subyacente en las reticencias a que el Juez que instruye acuerde medidas cautelares y (2) presentar algunas propuestas de *lege ferenda* formuladas por la doctrina hasta el momento.

Pero que el recurso a la tutela cautelar se plantee normalmente en la fase de instrucción no impide la revisión ulterior de las medidas cautelares allí acordadas, ni la adopción *ex novo* de las mismas en la fase intermedia o en el juicio oral. También la adopción de medidas cautelares o la revisión de las ya vigentes por parte del órgano enjuiciador suscitan algunas críticas en torno a las garantías de imparcialidad y del denominado

⁷⁴⁰ Me refiero, naturalmente, al riesgo de indeterminación del hecho y del sujeto y al correlativo peligro de ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba.

⁷⁴¹ Recuérdese que la apreciación del riesgo de frustración procesal y de la peligrosidad procesal del sujeto pasivo permite la imposición de una medida cautelar, lo que no significa que ésta vaya a acordarse, puesto que tal contingencia ha de supeditarse a los resultados de la aplicación de la regla de proporcionalidad". Al respecto, *vid. infra* capítulo VII § I.1 y .2.

“principio del juez no prevenido”. La compatibilidad entre las funciones enjuiciadora y cautelar constituirá el objeto central del cuarto de los subapartados siguientes⁷⁴².

Dicho análisis, así como el relativo a las funciones instructora y cautelar, requiere un breve acercamiento a la garantía de *imparcialidad del juzgador*, que se acometerá en el segundo de los subapartados que siguen.

a) Competencia funcional para acordar, alzar o modificar medidas cautelares en la legislación procesal penal vigente.

Dado el objetivo de este subapartado (presentar lo que su título indica) habrán de fijarse qué medidas cautelares existen en nuestro ordenamiento penal. Este ejercicio se acometió en el precedente capítulo tercero concluyendo allí que, de acuerdo con el fundamento sostenido en esta tesis, hoy sólo pueden encuadrarse en aquél género un supuesto de detención, determinadas modalidades de prisión provisional, la incomunicación, la comparecencia periódica, la fianza y el embargo preventivo⁷⁴³.

La LECrim contiene algunas previsiones genéricas de competencia funcional en materia cautelar, y algunas otras que especifican, directa o indirectamente, la competencia para acordar determinadas medidas. De hecho, y en consonancia con la propia evolución del tratamiento de las medidas cautelares penales, las primeras de aquellas referencias son producto de las últimas reformas de la ley procesal, mientras que las segundas provienen bien del texto original, bien de sus primeras modificaciones. En cualquier caso, podemos deducir la competencia funcional para acordar, como primeras

⁷⁴² Con estos términos los identifica GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional, ob.cit;* p. 208.

⁷⁴³ *Vid. supra*, capítulo III § IV.2. Además de las referenciadas en el texto principal, existen otras medidas previstas en la LECrim, con aparente idoneidad para evitar un acto de frustración procesal del sujeto pasivo, que no pueden considerarse cautelares sin una adecuación legal finalista: se trata de la suspensión o inhabilitación temporal para el ejercicio de empleo o cargo público, las medidas de protección personal del art. 544-bis LECrim y las medidas de seguridad aplicables durante la pendencia del proceso previstas en el art. 129.2 CP. Para la primera ha de admitirse, por su propia configuración normativa que la entiende como un “anexo” a determinados supuestos de prisión provisional, que la competencia para imponer aquélla corresponde al órgano que decretó ésta. Para las medidas anunciadas en el art. 544-bis LECrim, el mismo texto legal prevé, en conjunto, una legitimación judicial para acordarlas en cualquier momento del proceso y de acuerdo con la competencia funcional y objetiva que en cada momento haya de apreciarse. En cambio, una atención estricta a la literalidad del precepto que permite imponer, “durante la tramitación de la causa”, las restricciones contempladas en el art. 129.2CP, obliga a limitar la competencia para ello al “Juez Instructor” que, como es conocido, pierde toda competencia en la fase de juicio oral. Salvo que, de la lectura de los debates parlamentarios, pueda deducirse una conclusión contraria.

diligencias, la detención⁷⁴⁴ y la prisión provisional⁷⁴⁵, que corresponde al Juez de Instrucción o al juez municipal más próximos al lugar de comisión del delito⁷⁴⁶, o a aquel a quien se haya entregado el detenido⁷⁴⁷. Otras referencias genéricas al pronunciamiento sobre medidas cautelares y situación personal del reo pueden encontrarse en los arts. 763 y 764 LECrim⁷⁴⁸ y 783.2 del mismo texto legal⁷⁴⁹.

La mayor precisión legislativa de la competencia en materia cautelar se refiere a la privación provisional de libertad: El art. 502.1 LECrim establece que podrán decretar la prisión provisional, además del Juez que forme las primeras diligencias, el Juez o Magistrado Instructor y el Juez de lo Penal o Tribunal que conozcan de la causa⁷⁵⁰. Se cubren así todos los posibles momentos en que, durante la primera instancia, puede ser necesaria la protección del proceso.

Dado que la libertad provisional (situación en la que se integran las medidas de comparecencia periódica y fianza) se ha configurado tradicionalmente como (única)

⁷⁴⁴ Art. 13 LECrim. La incompetencia del Juez de instrucción no es impedimento para la práctica, por su parte, de primeras diligencias: La LO 15/2003, de 25 de noviembre -DF1^a, apartado 2º, b) y g)-, reformó los arts. 25.III y 759.II.1º LECrim, introduciendo la obligación del Juez de Instrucción, que ha promovido o contra el que se ha promovido una cuestión de competencia, de practicar las primeras diligencias en tanto no se resuelva la referida cuestión.

⁷⁴⁵ Art. 502.1 LECrim.

⁷⁴⁶ Arts. 273, 307, 318 y 319.I LECrim.

⁷⁴⁷ Arts. 497.2 y 499 LECrim. Estos dos preceptos contienen expresa referencia al alzamiento de la detención (y decreto de la libertad del detenido) o su elevación a prisión preventiva.

⁷⁴⁸ Incluidos en las disposiciones generales relativas al procedimiento abreviado, dichos preceptos rezan: “el Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada” (art. 763 LECrim) y “asimismo el Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas (...)” (art. 764 LECrim).

⁷⁴⁹ Precizando la competencia funcional en relación a las medidas cautelares durante la fase intermedia, dispone: “Al acordar la apertura del juicio oral, resolverá el Juez de Instrucción sobre la adopción, modificación, suspensión, revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, tanto en relación con el acusado como respecto de los responsables civiles, a quienes, en su caso, exigirá fianza, si no la prestare el acusado en el plazo que se señale, así como sobre el alzamiento de las medidas adoptadas frente a quienes no hubieran sido acusados”.

⁷⁵⁰ Con estas previsiones se salvan los problemas planteados por el art. 502 ALECRim (anterior a la reforma operada por LO 15/2003), sobre el cual se tuvo que pronunciar el TC (STC 146/1997, de 15 de setiembre (FJ 4) y se cubren todos los momentos procesales en que pueden adoptarse medidas cautelares: las primeras diligencias, fase de instrucción y fase de juicio oral.

alternativa a la prisión provisional (y sus requisitos, fijados de forma complementaria a los de ésta⁷⁵¹) la competencia para acordar aquélla es la misma que la descrita para ésta.

También cabe fijar la competencia funcional para adoptar, alzar o modificar medidas cautelares durante la impugnación de la sentencia: en referencia expresa a la prisión provisional, el art. 504.2.II LECrim prevé la posibilidad de prorrogarla cuando se interpone, contra la sentencia condenatoria, un recurso devolutivo (esto es, un recurso de apelación o de casación). Pero no establece dicho precepto si el órgano competente para pronunciarse al respecto es el órgano *a quo* o *ad quem*. Salvo error u omisión por mi parte, sólo existe una norma que atribuya competencia funcional para el mantenimiento o no de la medida cautelar en fase de recursos: el art. 861-bis a) LECrim: en su virtud, el Tribunal que ha dictado la resolución definitiva (art. 855 LECrim) objeto de recurso, al remitir la causa al Supremo, acordará, entre otros extremos, que continúe o se modifique la situación del reo. Dada la ausencia de una norma similar respecto al recurso de apelación (el legislador no aprovechó la reforma operada por la Ley 38/2002 para introducir una indicación al respecto) y la evidente posibilidad de mantener una medida cautelar mientras pende la resolución de dicho recurso⁷⁵², habrá de aceptarse la existencia de una laguna normativa y la aplicación analógica de la regla de la casación al recurso de apelación. En definitiva, ante la interposición de recursos devolutivos contra la *sentencia*, es el órgano que la dictó (el Juez o Tribunal *a quo*) el competente para decidir acerca del mantenimiento, alzamiento o modificación de la situación personal del *condenado*. Las cursivas pretenden enfatizar dos ideas: una, ya expuesta, que la absolución habría de imposibilitar el mantenimiento de una medida cautelar⁷⁵³ y otra, apuntada pero no desarrollada, que la regla descrita vale para los recursos devolutivos contra la sentencia, pero no para el interpuesto contra

⁷⁵¹ ARMENTA DEU, T; *Lecciones de derecho...*; *ob.cit.*, pp. 222 y 223.

⁷⁵² Art. 504.2.II LECrim. La evidencia se advierte además en el propio íter procesal: si es posible que al impugnar en casación el sujeto pasivo del proceso se encuentre privado provisionalmente de libertad, también habrá de ser posible que tal privación se haya mantenido durante la sustanciación de la apelación que precede, en su caso, a la casación. Aunque, como se ha expuesto en momentos anteriores, dicha situación ha de poder mantenerse sólo cuando la sentencia (de primera o de segunda instancia) hayan sido condenatorias. Al respecto *vid. supra*, capítulo IV § II.3.

⁷⁵³ *Vid. loc cit* en nota al pie anterior.

el *auto* que deniega, prorroga o decreta una medida cautelar⁷⁵⁴: en estos casos, será el órgano competente para resolver dicho recurso⁷⁵⁵ (juez o Tribunal *ad quem*) quien decida finalmente sobre la situación personal del sujeto pasivo. Y esto, obviamente, porque la situación cautelar es en estos casos, y a diferencia de lo que sucede en la impugnación de la sentencia, el objeto mismo del recurso. El conocimiento del material sobre el que se basa la “resolución cautelar” por un órgano “superior” ha provocado algunas sospechas de contravención de la imparcialidad del titular de dicho órgano (y del “principio del juez no prevenido”) cuando, en un momento posterior, ha de dictar sentencia, en primera o segunda instancia: imagínese el supuesto en que el Juez de Instrucción no acuerda la prisión provisional solicitada por la acusación o el Ministerio Fiscal y el (eventual) enjuiciador, resolviendo la apelación interpuesta contra dicho auto denegatorio⁷⁵⁶, decreta la privación de libertad, decisión que ha de ser acatada por el instructor, *ex. art.* 232 LECrim.

En definitiva, e intentando dotar a esta dispersión normativa de una mínima sistematicidad, podrían presentarse como vigentes en nuestro ordenamiento procesal penal los siguientes criterios de competencia funcional para decretar, alzar o modificar medidas cautelares penales. Se observará que los mismos dependen, principalmente, del momento procesal en que se analiza el recurso a la tutela cautelar:

1) En la fase de instrucción, los juicios relativos a medidas cautelares son competencia del Juez instructor⁷⁵⁷, y de su “superior” cuando resuelva un recurso presentado contra el auto del instructor que resuelve sobre la situación cautelar penal.

2) No obstante lo anterior, también el órgano al que se haya entregado el detenido o el más próximo al lugar de comisión de los hechos, aunque carezca de competencia funcional para instruir, puede pronunciarse sobre el régimen cautelar

⁷⁵⁴ Art. 507 LECrim, que ha de relacionarse especialmente con el art. 766 del mismo texto legal. También ha de observarse, *ex art.* 783.3 LECrim, la posibilidad de impugnar en apelación el contenido, del auto de apertura del juicio oral, relativo a la situación personal del sujeto pasivo.

⁷⁵⁵ Si el auto lo dictó el juez de instrucción, el competente para resolver la apelación será “aquel a quien corresponde conocer la causa en juicio oral” (art. 220. II LECrim), al órgano enjuiciador, en definitiva. En cambio, si el auto relativo a la situación cautelar ha sido dictado por el órgano enjuiciador, la apelación será resuelta por la Audiencia Provincial territorialmente competente (art. 766 LECrim).

⁷⁵⁶ Hemos de calificarlo de “denegatorio” porque, en la actualidad y en nuestro ordenamiento, la prisión provisional y la libertad provisional sujeta a fianza sólo pueden acordarse a instancia de parte. Al respecto, *vid. infra*, en este mismo capítulo, § II.1.

⁷⁵⁷ Sea éste el Juez de Instrucción, el Central de Instrucción o el Magistrado instructor que esté conociendo de la causa.

penal, en las primeras diligencias. Su decisión será, no obstante, objeto de revisión por el órgano instructor competente.

3) El órgano instructor, en el procedimiento abreviado, es también competente para resolver la situación personal del sujeto pasivo durante la fase intermedia, pronunciamiento que se integrará en el contenido del auto de apertura del juicio oral. Dado que también este pronunciamiento es susceptible de apelación, el órgano enjuiciador puede, en la fase intermedia, pronunciarse sobre aquella situación.

No existe una previsión semejante para la denominada fase intermedia del procedimiento ordinario por delitos graves, cuya competencia se atribuye al órgano enjuiciador. No obstante, parece que en el auto de sobreseimiento o de apertura del juicio oral que dicte, podrá pronunciarse (en el caso del sobreseimiento, *habrá* de hacerlo, siempre que el sujeto esté sometido a una medida cautelar) sobre la situación personal del sujeto pasivo del proceso.

4) La competencia del órgano enjuiciador para pronunciarse sobre la situación cautelar penal ha de extenderse, más allá del supuesto que se acaba de describir, a toda la fase del juicio oral *ex arts. 9 y 763 LECrim*. El órgano que conozca de la causa será, salvo determinados aforamientos y otros criterios de competencia objetiva por razón de la materia, el Juez de lo Penal o la Audiencia Provincial. También al órgano enjuiciador (en tanto órgano *a quo*) le corresponde pronunciarse sobre el régimen cautelar penal a mantener durante la sustanciación de un recurso de apelación o casación interpuesto contra la sentencia condenatoria (de primera o segunda instancia).

Ha de precisarse, antes de terminar, que pese a haber sido calificadas la caución y el embargo preventivo como medidas cautelares penales, por su idoneidad para el aseguramiento de la pena de multa, la LECrim engloba en un mismo régimen (el del aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias) aquellas medidas que garantizan la responsabilidad civil y las que aseguran el cumplimiento de la responsabilidad penal de carácter pecuniario, así como las costas. Al efecto, se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la LEC⁷⁵⁸, además de las previsiones para la fianza (civil) y embargo preventivo y la

⁷⁵⁸ Art. 764 LEC. Lo transcrito en el texto principal, que se incluye en el apartado segundo de dicho precepto, continua: “La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la LEC y podrá ser realizada por la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil la persona contra quien se dirija la medida”.

caución destinada a responder de la comparecencia del sujeto pasivo cuando sea llamado por el Juez, que se integra en el régimen de la libertad provisional (arts. 531 a 543 y 589 a 614 LECrim). Los problemas, respecto a la apreciación de los presupuestos materiales, provocados por la unificación del régimen aplicable a una medida cautelar penal y otras civiles, parecen no trasladarse a la competencia judicial para su adopción. En otras palabras, la extensión de las normas sobre contenido y presupuestos de las medidas cautelares civiles a la fianza penal no tiene incidencia alguna en el régimen competencial de adopción de medidas cautelares en el proceso penal: en tanto se enmarquen en este proceso, la competencia para acordar, alzar o modificar una medida cautelar (civil o penal) ha de atribuirse a un órgano jurisdiccional penal. Pero si esta situación nada añade a lo indicado hasta ahora, tampoco nada exceptúa: las sospechas de parcialidad y de contravención al “principio del juez no prevenido”, de tenerse al acordar o revisar medidas cautelares personales, han de mantenerse cuando el objeto de pronunciamiento son medidas cautelares reales. Y esto porque, a mi entender, la apreciación de los presupuestos es única para todo tipo de medidas cautelares penales (personales o reales), incidiendo sólo este distinto carácter en los juicios integrados en la regla de proporcionalidad. Sobre esta situación volveremos más adelante.

b) Competencia para acordar medidas cautelares, imparcialidad y “principio del juez no prevenido”.

Tras el repaso de los posibles criterios de competencia funcional para acordar, alzar o modificar medidas cautelares penales puede advertirse que ésta corresponderá, en función del momento procesal en que se acometan aquellos ejercicios, bien al Juez de *instrucción*, bien al órgano *enjuiciador*. La confluencia en un mismo juzgador, y para un mismo proceso, de alguna de estas dos funciones con la *cautelar*, ha suscitado recelos, en la práctica forense y en alguna dogmática, sobre la constitucionalidad de esta situación: ¿contraviene la *imparcialidad* del juzgador y, por tanto, el derecho a un proceso con todas las garantías?⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Ciertamente, el derecho a un juez imparcial no se encuentra expresamente previsto en la CE (sí en el art. 6.1 CEDH), pero el TC lo ha integrado, junto con otras garantías también establecidas por normas internacionales, en el derecho a un proceso con todas las garantías. De éste habría de afirmarse un derecho sin contenido real, una cláusula de estilo, de no ser porque ha servido de instrumento al TC para integrar, ex. art. 10.2 CE, algunas garantías previstas en tratados internacionales. Así ha sucedido, a partir de la jurisprudencia del TC y del TEDH, con la imparcialidad. Las resoluciones más relevantes al efecto pueden consultarse, por ejemplo, en DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en “Artículo 24. Garantías...; *ob.cit.*, pp.

Son varios los argumentos aducidos para cuestionar la imparcialidad del juzgador en estos casos⁷⁶⁰, pero no cabe duda que el *quid* de la cuestión radica en el contenido del derecho al juez imparcial. El principal problema para determinarlo, más debiendo tal derecho su constitucionalización a la labor del TC y del TEDH, es la ausencia de criterios jurisprudenciales generales: salvo en algunas cuestiones concretas como el tratamiento procesal de la ausencia de imparcialidad⁷⁶¹, aquellos órganos (y el TS) hacen depender la contravención de ese derecho de las *características del caso concreto*, lo que propicia una concreción excesivamente casuística, confusa y plagada de modulaciones. Ha de añadirse que “tampoco las posiciones en la doctrina científica comparten siquiera un presupuesto común en el orden conceptual que pueda servir de base firme para establecer un sencillo consenso” respecto a la infracción de la imparcialidad objetiva⁷⁶²: a la pregunta ¿qué lesiona la imparcialidad? O ¿qué fundamenta la parcialidad? se ha respondido que el *prejuicio* (con independencia de que este se haya alcanzado por actividad directa o por revisión de la actividad de otro)⁷⁶³, la *incompatibilidad de funciones*⁷⁶⁴ o la contravención a los principios *acusatorio* y de *contradicción*⁷⁶⁵. Ante esta situación, tampoco el legislador parece querer pronunciarse, mediante su producto, la ley, acerca del asunto: al menos así se desprende tácitamente del contenido de una de las últimas grandes reformas de la LECrim: la del régimen de la prisión provisional.

96 a 98. Vid también BACIGALUPO ZAPATER, “La noción de un proceso penal...”, *ob.cit.*; apartado XVI.

⁷⁶⁰ Pueden leerse algunos en GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 208.

⁷⁶¹ Que ha de articularse siempre a través de las normas legales de la recusación. No obstante, en este punto resulta interesante destacar los matices relativos a la taxatividad de las causas de abstención y recusación, por efecto de un cambio en la interpretación de las mismas: de restrictiva a teleológica. Al respecto, *vid.* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en “Artículo 24. Garantías...”, *ob.cit.*, pp. 98.

⁷⁶² El entrecomillado es expresión literal de GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit.*; p. 211. La fijación de criterios concretos encuentra especial dificultad en la causa objetiva de imparcialidad que determina la exclusión de un juez por haber participado en la causa en fases anteriores al juicio en las que el juez ya se formó un preconceito sobre la culpabilidad del acusado. Como advierte BACIGALUPO ZAPATER (“La noción de un proceso penal...”, *ob.cit.*; nota al pie 90), “la jurisprudencia del TEDH en esta materia y en lo concerniente al derecho español es particularmente confusa.

⁷⁶³ Esta es la posición sostenida por DE LA OLIVA SANTOS, A; en *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para una vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.

⁷⁶⁴ MONTERO AROCA, J; en *La imparcialidad del Juez.*; *ob.cit.*; *passim* y en *Principios del proceso penal.*; *ob.cit.*; pp. 95 a 95.

⁷⁶⁵ GIMENO SENDRA, V; *Derecho procesal penal*, *ob.cit.*; p. 68.

Sea como sea, parece que la cuestión ha de observarse desde la perspectiva de la *imparcialidad* y, también, del denominado “*principio del juez no prevenido*”. En consecuencia, si algo quiere decirse al respecto, es necesario tomar un breve (y superfluo, se admite) posicionamiento sobre sendos contenidos. El mío, intentará acumular en un solo excursus los puntos claves para abordar la compatibilidad entre las funciones de instruir y juzgar⁷⁶⁶.

Es de sobras conocido que, como consecuencia de la dejación del sistema inquisitivo y la adopción de un acusatorio formal, el proceso penal retoma la estructura triangular que había caracterizado la primera forma contradictoria de castigo, antes de la publicación del derecho penal. Se opera dentro del siglo XIX, en la mayoría de los países continentales, el paso a un sistema acusatorio formal que, al despojar al Juez de la función de acusar, intensifica la sensación de imparcialidad del mismo: el titular de la jurisdicción ya no es parte en el conflicto que se somete a su decisión. Pero la imparcialidad no puede ser entendida sólo como la no condición de parte, en el concreto proceso, del titular de la potestad jurisdiccional, sino que además implica también que “su juicio ha de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que *circunstancia* alguna ajena al ejercicio de esa función influya en su decisión”⁷⁶⁷. Dichas circunstancias han sido objetivadas en la Ley, en las causas de abstención y recusación⁷⁶⁸.

Interesa destacar un efecto asociado a la imparcialidad, probablemente por razones de asimilación coetánea: la distinción entre las funciones de instruir y de juzgar⁷⁶⁹ y la

⁷⁶⁶ Si bien es cierto que el art. 117 CE no prevé expresamente la *función* cautelar como cometido de la jurisdicción, no es menos cierto que la jurisprudencia constitucional sí la incluye dentro del ejercicio de la función jurisdiccional.

⁷⁶⁷ MONTERO AROCA, J; *Principios del proceso penal...*; *ob.cit.*; p. 87.

⁷⁶⁸ Art. 219 LOPJ.

⁷⁶⁹ “Sobre todo el en siglo XIX, y principalmente en el *Code d’instruction criminelle* francés de 1808, se decidió que el sistema de aplicación por los tribunales del derecho penal fuera el proceso (*el autor de las líneas que transcribo niega la existencia de proceso inquisitivo: al contrario, defiende que bajo el denominado sistema inquisitivo se producía una aplicación no procesal del derecho penal*), y este se partió en dos fases bien delimitadas: una preparatoria o de instrucción y otra enjuiciadora o juicio en sentido estricto” (MONTERO AROCA, J; *ob.cit.* en nota al pie anterior, p. 60. La cursiva entre paréntesis es un inciso que añadido, pero que el autor de referencia expresa claramente en las pp. 27 a 30 y en la p. 97 np 17). En el mismo orden de consideraciones, advierte ALCALÁ ZAMORA que el proceso regulado en la LECrim de 1882, “si (bien) conserva durante la etapa de instrucción lo bueno del sistema inquisitivo, eliminó, por el contrario, sus peligros en la fase de juicio oral”, citado por ARAGONESES ALONSO, P; *Proceso y Derecho Procesal...*; *ob.cit.*; p. 332 (dicho sea de paso, la idea sobre la inexistencia de proceso

incompatibilidad de que un mismo juzgador realice ambas. La relación entre la regla de «*quien instruye no puede fallar*» y la exigencia de imparcialidad se observa tanto en la jurisprudencia constitucional, que incluye aquélla como contenido de ésta, como en las causas legales de abstención y recusación, entre las que se prevé “haber *participado* en la instrucción de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia”⁷⁷⁰. Con esto ha de observarse la construcción del «principio del juez no prevenido», según la que “parece del todo natural, inevitable, que quien dirige la investigación se forje una idea concreta de los hechos o, dicho con otros términos, adquiera una prevención o prejuicio: *el avance del proceso implica enjuiciamientos provisionales sobre conductas*. Con el propósito de que lo decisivo para el contenido de la sentencia definitiva sea fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, contemplada y *valorada* por el tribunal sentenciador con garantías de plena imparcialidad (objetiva, se suele añadir), se dispone (...) que aquél o aquéllos que dirigieron la investigación no puedan intervenir en la *decisión*, es decir, sean «jueces no prevenidos»”⁷⁷¹.

Se ha advertido, en páginas precedentes, que la determinación de la garantía de imparcialidad tiene una incidencia decisiva en los dos principales debates que rodean la competencia funcional para acordar, alzar o modificar medidas cautelares: la compatibilidad (1) de la actividad judicial instructora y la cautelar, y (2) de la función cautelar y la sentenciadora. Es ahora, presentados someramente los extremos de que depende la imparcialidad del juzgador, que podemos acometer algunas de las cuestiones enmarcadas en ambos debates.

c) Medidas cautelares y juez de instrucción: los recelos suscitados por la actividad valorativa del instructor.

Las dudas sobre la compatibilidad entre las funciones de instruir y juzgar se han apoyado en varios argumentos: desde el posible preconditionamiento del instructor, por

inquisitivo aparece también en la p. 329 de este último trabajo, al transcribir la idea, de GÓMEZ ORBANEJA, que “el sistema inquisitivo ha significado, en rigor, una pura persecución penal disfrazada bajo la vestidura del proceso”). Con independencia de la esencialidad del proceso, subyacente a la negación de un posible proceso penal, lo cierto es que la asunción del acusatorio y la división entre las funciones de instruir y juzgar se dan en un mismo momento histórico.

⁷⁷⁰ Art. 219.11 LOPJ.

⁷⁷¹ DE LA OLIVA SANTOS, A. (con otros), *Derecho Procesal. Introducción*, *ob.cit.*; pp. 64 y 65.

razón de su función, que le induzca al abuso de las medidas cautelares al servicio de la investigación; pasando por la posible inclinación a intensificar, a fin de justificar su propia decisión en materia cautelar, la práctica de determinadas diligencias incriminatorias (aunque también podría sospecharse lo contrario, de no haberse acordado aquélla tutela); hasta la atribución de condición de parte al juez, al haber “participado” en la definición del objeto del proceso penal⁷⁷². La “parcialidad” del instructor por el mero de hecho de instruir, a la que aquellos dos primeros argumentos intentan aludir cuestionando la profesionalidad del Juez, ha sido desechada por el TC, por constituir la resolución cautelar un contenido típico de la fase de instrucción. La tesis del TC consiste en negar que la instrucción sea incompatible con toda *decisión* del juez, sino que sólo lo es con la decisión que *falla* la causa. Se admite entonces que el órgano instructor lleva a cabo, en el ejercicio de su función, “actividades de enjuiciamiento”⁷⁷³. El Alto Tribunal completa esta tesis advirtiendo la distinta naturaleza, finalidad, y contenido de la resolución cautelar respecto a la resolución penal propiamente dicha. En definitiva, y con lo anterior, cabría sostener que si bien la jurisdicción es una exigencia de las medidas cautelares, la competencia funcional para acordarlas durante la instrucción es una cuestión de política legislativa⁷⁷⁴.

No quiere zanjarse esta explicación sin aportar un elemento con posible relevancia en las dudas acerca de la compatibilidad entre las funciones instructora y cautelar. En mi opinión (y ha de tomarse como hipótesis, puesto que el objeto del presente trabajo no permite desarrollarla) alguna relevancia puede tener el hecho que la adopción de medidas cautelares penales implique, como se ha expuesto en el capítulo precedente y se especificará en el siguiente, un juicio *valorativo*. Precisaré esta conjetura:

1) Hemos de retomar, en primer lugar, alguna de las consideraciones que respecto a la *valoración* del hecho objeto de enjuiciamiento se han formulado en este trabajo: Tras advertir que la cuestión de la desvalorización del acto y conducta del sujeto no termina en la creación de la norma penal sustantiva, sino que se extiende a la realización del derecho en el caso concreto, se precisó: “dado que la valoración es una cuestión comúnmente conectada con los resultados que ha de reportar la prueba, a nivel

⁷⁷² Argumentos citados por GUTIERREZ DE CABIEDES, en *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 208.

⁷⁷³ A título de ejemplo, SSTC 98/1997, de 20 de mayo y 32/1994, de 31 de enero.

⁷⁷⁴ GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional*, *ob.cit*; p. 210.

de convicción judicial de la realidad del hecho y sujeto enjuiciados, el acto de valorar se afirma preferentemente como cometido o actividad del órgano enjuiciador”⁷⁷⁵.

2) ¿Significa lo anterior que el Juez de Instrucción (u otro órgano encargado de sustanciar dicha fase) no realiza *juicios valorativos*? Propongo, para aportar alguna luz al respecto, el planteamiento y la tesis sostenida por Jiménez de Asúa: “La instrucción *no* supone, en principio, *juicios valorativos* reservados a los jueces o tribunales de sentencia (...). El Juez de instrucción debe limitarse a probar la *existencia del tipo*, como carácter *descriptivo*, y a recoger con escrupulosa *imparcialidad* todas las pruebas sobre la *característica antijurídica* del hecho y sobre la *participación personal*, dolosa o culposa, del procesado, absteniéndose de valorar el primero, salvo en lo que toca a los elementos normativos y subjetivos del injusto⁷⁷⁶, incluso en ciertos tipos legales; no pudiendo entrar en la última⁷⁷⁷, que requiere un juicio de culpabilidad (...). Yo resumiría así la función del instructor: probar la existencia de la tipicidad, haciendo una subsunción rigurosa del hecho de la vida real, en el tipo de la Ley, y establecer los indicios racionales de que una persona ha participado en el acontecimiento y que por ello debe serle atribuido (...). Ahora bien, esta función, meramente cognoscitiva cambia (...) si existen elementos normativos en el tipo, en cuyo caso el juez precisa valorar; pero no varía cuando sólo se presentan elementos subjetivos de lo injusto, aunque entonces la tarea del instructor ha de ser más honda”⁷⁷⁸.

3) Con lo anterior, sostiene dicho autor, en referencia a la redacción del art. 384 LECrim (relativo al auto de procesamiento), que el término “criminalidad” se toma como sinónimo de *imputación o atribución*, no como imputabilidad ni culpabilidad que

⁷⁷⁵ Vid. *supra*, capítulo IV § II.4.

⁷⁷⁶ Significa lo del texto principal que, como norma general, el Juez no puede entrar a *valorar* (en el sentido de atribuir valor) la antijuridicidad del hecho; pero que habrá de hacerlo cuando el hecho típico (recuérdese, la existencia del tipo es lo que ha de ilustrarse en la instrucción) contenga elementos normativos y subjetivos del injusto, que van más allá de la mera descripción objetiva del hecho. Para facilitar la comprensión de esta idea, quizás convenga exponer que los elementos normativos de lo injusto son aquellos sobre los que el Juez ha de desentrañar su sentido antijurídico, o valorarlos jurídica o culturalmente. Los elementos subjetivos de lo injusto se refieren, en cambio, a estados anímicos del autor en relación al dolo (con lo que se conectan a la culpabilidad), al fin o al propio injusto (con lo que se conecta con la antijuridicidad). Constituye un elemento subjetivo de lo injusto, por ejemplo, el ánimo de lucro exigido para la estafa). Según la tesis de ASÚA, el juez no podrá entrar a valorar aquellos elementos subjetivos que, referidos al dolo, impliquen un juicio de culpabilidad.

⁷⁷⁷ Ha de tomarse como antecedente del pronombre la “participación dolosa o culposa”. Lo que quiere decirse es que el Juez de instrucción no ha de entrar a *valorar* el ánimo con que se realizó en delito. Con lo expuesto en la nota al pie anterior.

⁷⁷⁸ JIMENEZ DE ASÚA, *Lecciones de derecho penal, ob.cit;* pp.171 y 172.

son términos técnicos y valorativos que exigen prueba. De asumir la tesis de Jiménez de Asúa, no serían los actos de imputación ni la afirmación de un *FBI*, en principio, aquellos que habrían de generar recelos en cuanto a la imparcialidad del juez instructor⁷⁷⁹. La dirección de la instrucción y la atribución de las consideraciones generales que se afirman en ella pueden realizarse con un ánimo objetivo e imparcial, limitándose a afirmar (aunque provisionalmente) la tipicidad del hecho y la participación del sujeto, aunque con la señalada excepción respecto a los elementos normativos del injusto. Distinta sería la situación si, con la introducción del principio de oportunidad, se exigiera al Juez realizar algún acto *valorativo*, en el sentido de atribuir valor a la conducta, para imputar: obsérvese la diferencia señalada cuando, por ejemplo, para imputar, hubiera de valorar la “escasa reprochabilidad del hecho objeto de enjuiciamiento”.

4) Pero no puede negarse que el recurso a la tutela cautelar precisa de un juicio marcadamente valorativo: la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo del proceso. Si bien el riesgo de frustración procesal no presenta demasiados problemas respecto a la “actividad valorativa del juez”, sí ha de observarse ésta en la apreciación de la peligrosidad procesal propiamente dicha: habría de analizarse si la motivación de la disposición material en indicios como la “pertenencia del sujeto a una banda organizada”, o la “complejidad en la realización del hecho enjuiciado”, suponen juicios valorativos capaces de influir en el ánimo con que se dirige la instrucción. Lo mismo habría de cuestionarse respecto a la fundamentación, en determinados supuestos, de la disposición anímica⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ No obstante lo expresado en el texto principal, el “prejuzgamiento” que supone la apreciación de *FBI* ha motivado propuestas de *lege ferenda* en el sentido de atribuir la competencia para la adopción de estas medidas, a un juez distinto del que instruye la causa. Así lo hace, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V; en *Derecho Procesal Penal* (p. 472), *Los procesos penales* (tomo IV, p. 17), según la cita de MÁLAGA DIÉGUEZ, F; en *El fundamento de la tutela...; ob.cit.*; p. 166, nota al pie 97

⁷⁸⁰ En el capítulo anterior (§ I.2.C) se presentaron tres métodos de apreciación de la disposición anímica para materializar un riesgo de frustración procesal. Cada uno de ellos implica un distinto grado de “valoración” judicial. El primero supone un escaso juicio valorativo por parte del juez instructor, pues el ánimo se desprende directamente del que se apreció en un acto previamente realizado por el sujeto pasivo del proceso. El tercer método aducido constituye en sí un juicio eminentemente valorativo del juez: el cálculo coste-beneficio para pronosticar la disposición anímica a la materialización del riesgo. Tiene especial relevancia el segundo de los métodos propuestos, por el que, a partir de indicios tales como “el alto grado de desvalorización del hecho” o “la apreciación de determinados móviles”, se observa la necesidad de poner interés en las características psicológicas del sujeto. Ciertamente, el examen psicológico del sujeto (focalizado en su ánimo para frustrar el proceso) se realiza por un psicólogo forense, pero el dato, la chispa que propicia el recurso a ese profesional (la desvalorización del hecho objeto de enjuiciamiento, por ejemplo) se advierte por el Juez, que habría de requerir, en su caso, la intervención del psicólogo forense.

Pero, en el desarrollo de esta hipótesis (esto es, que la afirmación de la peligrosidad procesal implica juicios valorativos respecto al hecho y la participación del sujeto) habría de cuestionarse si esas valoraciones son contraproducentes, reprobables, para la buena marcha de la instrucción penal. Para ello habrían de integrarse, en el análisis, mecanismos de control de la imparcialidad tales como las causas de abstención y recusación, régimen de responsabilidad civil, penal y disciplinaria del juez y, de forma preeminente, el papel del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad ordinaria.

5) Por último, y aún admitiendo que la afirmación de peligrosidad procesal implica la realización de juicios valorativos, habrían de considerarse dos cuestiones más: (a) el distinto objeto de la resolución cautelar y de la resolución propiamente penal y (b) el hecho que las valoraciones realizadas para fundamentar la peligrosidad procesal no puedan ser utilizadas para motivar las distintas consideraciones generales que realiza el juez de instrucción (imputación, en el procedimiento ordinario y abreviado y apertura de juicio oral, en el abreviado). Obviamente, cobra a partir de aquí especial relevancia la calidad de la motivación y el control de la misma por los distintos sujetos que intervienen en el proceso. Y es que la cuestión formal tiene una gran relevancia en este asunto: parece inevitable, de acuerdo con la condición humana del juzgador, que éste realice juicios íntimos de carácter valorativo sobre lo que es objeto de la instrucción que dirige; el asunto es si esos juicios pueden fundamentar formalmente (y, en última instancia, materialmente, pues habría de advertirse tal extremo en la lógica de la argumentación) sus resoluciones sobre la cuestión penal.

d) Medidas cautelares y órgano enjuiciador: argumentos para el debate sobre la compatibilidad entre la función cautelar y la sentenciadora.

Pero los problemas entre imparcialidad y función cautelar no se agotan en el ejercicio del instructor, sino que el debate se extiende (y con carácter preeminente, podría afirmarse) a la compatibilidad entre las funciones cautelar y sentenciadora. Los extremos más relevantes que rodean dicho debate han sido presentados en páginas precedentes. A partir de los mismos, y en aplicación de la hipótesis formulada en subapartado precedente sobre la relevancia e la actividad valorativa realizada por el juez, quieren aportarse ahora algunas ideas con que contribuir al mismo. Procedo al efecto, sin más dilación:

En primer lugar, ha de recordarse que el órgano enjuiciador puede conocer de la cuestión cautelar por dos vías: mediante la resolución del recurso de apelación interpuesto contra el auto del instructor o resolviendo la cuestión cautelar en la propia fase de juicio oral (o en la intermedia, en el proceso ordinario). Un análisis de la compatibilidad entre las funciones cautelar y sentenciadora habría de advertir si esa distinción tiene incidencia alguna en la contravención de la imparcialidad.

Pese a que la causa de abstención y recusación recogida en el art. 210.11 LOPJ parece prever un criterio formal, y marcadamente vago cabría añadir, para advertir la imparcialidad (haber *participado* en la instrucción), el TC ha optado por la aplicación de un criterio sustancial o material que, según se ha expuesto *supra*, deriva en una doctrina tachada como excesivamente casuística⁷⁸¹. A una situación similar podría conducir la hipótesis sobre la “actividad valorativa” planteada *supra*, de manera que cabría “dudar” de la contravención al “derecho a un juez no prevenido” cuando el órgano enjuiciador:

1) en la resolución de un recurso de apelación contra el auto de procesamiento, haya tenido que pronunciarse acerca de algún elemento normativo o subjetivo del injusto⁷⁸².

2) en la resolución de un recurso de apelación contra el auto en materia cautelar dictado por el instructor, haya tenido que pronunciarse bien acerca de algún elemento normativo o subjetivo del injusto (recuérdese que se ha asimilado el *FBI* a la imputación); bien acerca de alguno de los elementos, o inferencias a partir de ellos realizados, fundamentadores de la peligrosidad procesal y de carácter marcadamente valorativo.

Con lo anterior, no se abandona el criterio material utilizado por nuestra jurisprudencia constitucional (y también por el TS) para examinar el respeto o contravención a la imparcialidad. No se abandona pero se limita bastante, reduciéndose la inseguridad motivo de crítica. La comprobación de esta hipótesis habría de pasar por analizar minuciosamente la casuística integrada en la doctrina constitucional y observar si los

⁷⁸¹ Sirvan como ejemplo las palabras de DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, escritas en “Artículo 24. Garantías...; *ob.cit.*, p. 97: “En vez de aplicar la doctrina del Juez no prevenido con un criterio formal, con arreglo al cual cualquier tipo de participación en la fase de instrucción debería conducir a la abstención o recusación del juez, se optó por un criterio material o sustancial, que, al exigir el análisis de si la concreta actividad desplegada por el juez en la fase de instrucción lo convierte o no en Juez no prevenido, desemboca en un notable casuismo y provoca incertidumbre”.

⁷⁸² Esta idea tiene como fundamento previo la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA sobre la actividad del Juez de Instrucción, expuesta sintéticamente en el subapartado precedente.

supuestos en que se estima la parcialidad del sentenciador coinciden con los aquí propuestos. El examen científico de esta cuestión habría de tener muy presente, por su íntima conexión, el objeto del recurso de apelación contra aquellos autos (¿qué se puede impugnar en materia cautelar penal? o ¿qué contenido de la imputación formal está sujeto a apelación?) y, además, el contenido de la pieza separada en la que se recogen las diligencias relativas a medidas cautelares. Al efecto, ha de tenerse presente que no todo el material de la instrucción, ni todos los datos en ella conocidos, son relevantes para el enjuiciamiento: no puede olvidarse el filtro al conocimiento del órgano enjuiciador que suponen el auto de conclusión del sumario y el de apertura del juicio oral, y la “brecha” que para ese filtro pueda suponer el contenido de la pieza separada de medidas cautelares. Obviamente, todo tiene sus riesgos: la seguridad generada por la precisión de los extremos que, de ser analizados, permitirían afirmar la parcialidad del juez o magistrado sentenciador, puede propiciar conductas fraudulentas encaminadas a apartar a un determinado juez del fallo⁷⁸³. Más allá de la interesante cuestión deontológica relacionada con los límites al ejercicio de la defensa colegiada, este último efecto, con muchos otros, habrían de ser observados en la previsión legislativa del medio de impugnación de la resolución que acuerda, deniega o modifica medidas cautelares. En parte, esta cuestión habrá de ser nuevamente apuntada al hilo de la exposición del siguiente presupuesto formal: la legalidad.

Antes, no obstante, quiero terminar el análisis sobre competencia aquí realizado, apuntando que cuando el órgano sentenciador ha de pronunciarse, en la fase de juicio oral (no ya en la de instrucción) sobre el régimen cautelar penal del acusado, los visos de “imparcialidad” o de “prevención para el enjuiciamiento” podrían referirse bien al contenido de la “pieza de medidas cautelares”, bien a la necesidad de pronunciamiento acerca del *FBI*, bien al examen de la peligrosidad procesal del sujeto pasivo.

En el análisis de la primera objeción, ha de tenerse en cuenta que si la tutela cautelar puede acordarse en cualquier momento del proceso, también en cualquier momento (y por cualquier órgano, en función del momento en que nos encontremos) pueden y han de conocerse los datos en que se basa el juicio cautelar. Pienso que compete al legislador valorar las razones favorables y perniciosas de atribuir la competencia

⁷⁸³ Piénsese en la interposición por la defensa de un recurso de apelación, fundado en uno de los motivos que se conoce implican un juicio valorativo por parte del que ha de resolver, con la intención de utilizar tal extremo para posteriormente apartar de la causa al concreto juzgador.

funcional que nos ocupa al órgano enjuiciador o mantenerla para el instructor a lo largo de todo el proceso.

Respecto a la segunda objeción, los extremos conflictivos han de ser ampliados respecto de los que se afirmaron cuando el órgano enjuiciador resuelve la apelación contra el auto del instructor: los “recelos” en cuanto a la imparcialidad no se limitan ya a los pronunciamientos relativos a elementos normativos y subjetivos del injusto, sino que se extienden también a la tipicidad del hecho y la atribución a un sujeto, puesto que estos dos extremos son también contenido de la sentencia que habrá de dictar. Para el análisis de esta situación puede resultar útil examinar la doctrina relativa a la decisión del órgano enjuiciador, en el procedimiento ordinario por delitos graves, de devolver los autos al instructor para la práctica de diligencias complementarias o para el procesamiento⁷⁸⁴, o la decisión relativa a la apertura del juicio oral⁷⁸⁵. En el procedimiento abreviado, la cuestión, de estimarse problemática, podría salvarse posibilitando que el órgano enjuiciador afirme el *FBI* por remisión a la última consideración general dictada por el instructor: el auto de apertura del juicio oral⁷⁸⁶. No obstante, esta opción ha de observar la posibilidad de interponer apelación precisamente contra una parte muy específica del contenido de dicho auto: la relativa a la situación personal del sujeto pasivo del proceso.

Con todo, en este epígrafe (1) se ha afirmado que el competente para acordar, alzar modificar y acordar una medida cautelar penal es un órgano jurisdiccional y (2) se han formulado algunas consideraciones sobre la competencia funcional para aquellos cometidos, que se estima de política criminal, aunque no desprovista de parámetros técnicos, como se ha intentado poner de manifiesto en las últimas páginas.

Cuestión distinta a las aquí tratadas es que, para dichos ejercicios sea necesaria la instancia de parte: el debate que la rodea ha de basarse en otros parámetros, tales como la vigencia del principio de oficialidad y el acusatorio. Por esto, dicha cuestión será abordada *infra*, cuando se analicen las exigencias forales provocadas por la vigencia de aquellos principios.

⁷⁸⁴ Art. 631 LECrim.

⁷⁸⁵ Art. 632 LECrim.

⁷⁸⁶ Art. 783.2 LECrim.

2. Legalidad y medidas cautelares penales: reserva, rango y contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal.

La exigencia de previsión legislativa de la tutela cautelar penal también se presenta, en este lugar, como una proyección técnica de la regla de tratamiento del imputado. En consecuencia procede recordar, de forma sintética, que «de acuerdo con la división de poderes, no es al órgano jurisdiccional a quien compete decidir, con carácter general, qué “tratamientos” cabe dispensar al individuo y qué consideración se exige para hacerlo: al juez corresponde aplicar, si procede, lo que el poder legislativo ha decidido. Así, debe afirmarse que tanto la consideración como el tratamiento asociado a ella deben reunir la nota de *legalidad*»⁷⁸⁷. Esta formulación, en cuyo respeto radica parte de la legitimidad formal de la tutela cautelar penal dispensada, contiene algunas ideas que permiten dirigir la exposición que sigue, centrada en contribuir modestamente al estudio de la relación entre la Ley penal y la tutela cautelar del mismo género. Aquellas ideas son:

1) “*De acuerdo con la división de poderes (...) al juez corresponde aplicar, si procede, lo que el poder legislativo ha decidido*”. División de poderes, derechos individuales y fundamentales, constitucionalismo... todos ellos producto de las grandes revoluciones liberales y del pensamiento iusnaturalista racionalista que, propugnando la limitación y control del poder político mediante el derecho, han asentado unos principios (como el de legalidad) de muy difícil dejación, aunque su progreso haya de calificarse a veces, paradójicamente, de involutivo⁷⁸⁸. El entramado hilvanado por esa evolución provoca que hoy la exigencia de legalidad no pueda desvincularse, por un lado, del sistema de derechos fundamentales y, por otro, de una serie de construcciones

⁷⁸⁷ Texto recuperado del capítulo I § II.4.C. La formulación trascrita en el texto principal parte de la aceptación de legitimación estatal para la previsión de medidas cautelares (lo que se enmarca en la teoría de los fines del Estado) y de la división de poderes constitucionalmente establecida en un determinado Estado.

⁷⁸⁸ La paradoja de la involución por efecto de la evolución (del principio de legalidad) se afirma tomando como punto de mira las garantías asociadas a dicho principio: la relajación de algunas de ellas, con la pretendida justificación del aumento de la seguridad pública, es causa de una mayor inseguridad jurídica respecto a los motivos que permiten la injerencia estatal en las libertades del hombre. Efectivamente, el principio de legalidad evoluciona (como todo aquello que pervive en el tiempo) pero dicho progreso ha de tildarse, en ocasiones, de involutivo en lo que respecta a las garantías de las libertades individuales. Ciertamente, dicha reducción de garantías se justifica principalmente en relación a determinados sectores o situaciones (delincuencia reincidente, pertenencia a banda organizada, etc.) pero en tanto destinatarios de la norma, todos los individuos somos potenciales “víctimas” de la relajación de garantías. Se observará este efecto, especialmente, en lo concerniente a la tutela preventiva (lo que implica tomar como motivo de la injerencia estatal un estado de peligrosidad del sujeto). *Vid.* nota al pie siguiente.

doctrinales entre las que se encuentran la de las fuentes formales del derecho penal, las exigencias de tipicidad, certeza y seguridad jurídica o la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables⁷⁸⁹.

2) “No es al órgano jurisdiccional a quien compete decidir, con carácter general, qué tratamientos cabe dispensar al individuo y qué consideración se exige para hacerlo”. De este enunciado interesa particularmente la precisión “con carácter general”. Avanzando una de las cuestiones que se abordarán en breve, ha de advertirse que la jurisdicción participa, con sus decisiones, tanto de la *delimitación* como de la *restricción* de los derechos fundamentales y que, pese a que lo hace de manera particular, esporádica, casuística en definitiva, la progresión en su actividad tiene como resultado una fijación, también progresiva pero esta vez general, del contenido de los derechos fundamentales⁷⁹⁰. No obstante esto, el principio de legalidad exige que la *restricción* particular de derechos se funde en una previa habilitación legal (arts. 103 y 117 CE)⁷⁹¹. En la aparente contradicción de lo afirmado hasta el momento subyace (entre otro motivo, cual es la cuestión relativa a la creación judicial de normas y el carácter general o particular de las mismas) la diferencia entre *delimitación* y *restricción* de derechos y, por consiguiente, la cuestión relativa a las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales.

⁷⁸⁹ No obstante, como se observará la “punición” no de hechos sino de estados peligrosos provoca una reducción considerable de las posibilidades de certeza jurídica, por lo que no es de extrañar que los primeros ataques a la rigidez de este principio provinieran de la escuela positivista. Se propuso incluso la “sustitución del principio de legalidad por el de jurisdiccionalidad, que vendría a ser el sucedáneo de aquél en el ámbito de la peligrosidad”. A este principio serían inherentes, de acuerdo con la tesis sostenida por NUVOLONE, dos notas: “a) derecho a la defensa, y b) obligación del juez de motivar sus providencias”. La idea, del jurista italiano (“Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziale e processuali della libertà del cittadino” en *Stato di Diritto e misure di sicurezza*, Padua, 1961, p. 167) citada por RODRIGUEZ MOURULLO, en “Legalidad...”, *ob.cit.*; p. 890. La propuesta conecta directamente con la segunda de las premisas que sigue en el texto principal.

⁷⁹⁰ La situación es expuesta por DÍEZ PICAZO, LM; en *ob.cit.* pp. 105 y 106. Se advertirá, más adelante, que la posibilidad de control por el TC, mediante el recurso de amparo, de la constitucionalidad de las decisiones judiciales con incidencia en los derechos fundamentales, y los dictados que aquel Tribunal lanza al legislador, mediante las sentencias admonitivas, completan la interrelación de los dos poderes estatales con mayor incidencia en la delimitación de los derechos fundamentales. Aunque su trabajo será mayormente relevante para el contenido del capítulo siguiente, quiere citarse la tesis sostenida por DE ASÍS ROIG, R; para quien “los jueces (en el ejercicio de su función jurisdiccional, añadido) *crean dos tipos de normas*, una *general* y otra *individual*, y que la *relevancia de la primera* es mucho mayor de lo que tradicionalmente se ha pensado, haciéndose necesario establecer mecanismos que permitan controlar esa producción o, en todo caso, su papel en decisiones anteriores (...)”, en *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, *ob.cit.*; *passim* (el texto transcrito, cuya cursiva es añadido mío, en p. 17).

⁷⁹¹ DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; *loc.cit* en nota al pie anterior.

Se reconoce que lo expuesto hasta el momento parece no tener un orden ni guardar la deseada coherencia en el tratamiento científico. Ambas sensaciones intentarán paliarse en los apartados siguientes.

A) Ordenando algunas nociones básicas para la previsión legal del tratamiento y la consideración (o los “-ismos” de la presunción de inocencia): constitucionalismo, liberalismo, racionalismo y otros hitos históricos.

La presunción de inocencia se ha identificado como una garantía de la libertad, por cuanto, partiendo de que lo digno para el hombre es este estado, todo “tratamiento” que implique una restricción de dicha libertad ha de tener una justificación distinta a la plena inocencia⁷⁹². Esta conclusión es fruto de una determinada evolución histórica, que quiere resumirse a continuación. Dicho ejercicio, lejos de pretender una manifestación de erudición (más bien habría de conducir al efecto contrario, por lo panorámico del excursus que sigue) quiere ilustrar los motivos (conglomerado de distintas corrientes de pensamiento y políticas) de las actuales reservas de ley y límites al legislador: ambos aspectos se consideran relevantes en el tratamiento de la legalidad de la tutela cautelar penal.

Ha de partirse de la idea que una medida cautelar penal es un tratamiento consistente en la restricción de un derecho individual en aras a la protección del proceso penal. Una de las claves para evaluar la posibilidad de injerencia estatal en las libertades del hombre es la necesaria “limitación y control del poder público por medio del derecho”: en eso consistió la reacción al absolutismo, el *constitucionalismo*⁷⁹³. Del constitucionalismo contemporáneo interesa destacar, ahora, su vinculación original con el *liberalismo*, que

⁷⁹² La idea ya fue expresada *supra*, en el capítulo I § II.2 y .3. La relación entre libertad e inocencia es ampliamente admitida. Sirva como ejemplo la cita de CAAMAÑO, F (en *La garantía constitucional...*; *ob.cit*; p. 82) a la máxima inglesa “*where coercitive law stops, there liberty begins*”: “si la libertad puede ser negativamente definida como ausencia de coerción legal y (...) si para el liberalismo democrático la libertad debe ser la norma y la coerción una excepción siempre necesitada de una especial justificación, sólo cabe concluir que, como norma, el hombre libre es inocente y que su culpabilidad siempre ha de estar justificada”.

⁷⁹³ Como la corriente de pensamiento que propugna lo entrecorillado en el texto principal, define DIEZ PICAZO al “constitucionalismo”, en *Sistema de derechos...*; *ob.cit*; p. 27. Para no aumentar excesivamente el número de citas, la exposición que sigue en el texto principal ha sido preparada principalmente a partir de la síntesis de ideas ilustradas por aquel autor (*ob. cit*; pp. 27 a 36) y de las que muy claramente exponen FOSSAS I ESPADER y PEREZ FRANCESCH en *Lliçons de dret constitucional*, *ob.cit*; pp. 19 a 44.

propugna una forma de organización del poder político dirigida a asegurar la *libertad* y los *derechos individuales*. La preeminencia de los derechos individuales o subjetivos en el constitucionalismo moderno (a diferencia del “constitucionalismo antiguo” en que la limitación jurídica del poder político se articuló en simples normas de derecho objetivo) se debe a la influencia de otra corriente de pensamiento, coetánea a las dos ya anunciadas: el *racionalismo iusnaturalista*. Por influencia del racionalismo se coloca al *individuo* en una posición preeminente, por encima de cualquier otra entidad colectiva. El calificativo de iusnaturalista añade, a la idea del racionalismo, la necesidad que el sometimiento del “estado natural” a una autoridad (el Estado) se lleve a cabo mediante el consentimiento y acuerdo o pacto de los hombres (idea última en que se asocian iusnaturalismo y *contractualismo*). Pero si hemos de referirnos a la legitimidad del poder ostentado, hoy es necesario hablar de *democracia* y, con ella, de poderes constituidos y división de los mismos⁷⁹⁴. Precisamente en la fórmula del Estado de Derecho confluye la evolución de las ideas expuestas⁷⁹⁵.

De lo anterior quieren destacarse dos ideas que serán los cauces en que se bifurca el análisis de las cuestiones que relacionan la tutela cautelar penal con la Ley:

a) La idea que el constitucionalismo moderno formula como límites al poder político los *derechos subjetivos*. Por este motivo, las declaraciones de derechos están íntimamente vinculadas al constitucionalismo y, en consecuencia, igualmente asociadas están sus respectivas evoluciones. Y, de igual modo que sucede con la democracia, también las declaraciones de derechos se *internacionalizan*, dando lugar al concepto de *derechos humanos* y, por asociación, cuando su reconocimiento proviene del

⁷⁹⁴ Relacionemos las últimas ideas expuestas: el *contractualismo* sirvió de “fundamento teórico al *constitucionalismo* porque se entendió (por pensadores como KANT o ROUSSEAU) que la fundación de una sociedad coincidía con la aprobación de una Constitución o, más bien dicho, que el establecimiento de una Constitución entre los ciudadanos era una forma de pacto social y político” (LOCKE). El *constitucionalismo* se relaciona con el *liberalismo* y el *racionalismo* porque aquél “propugna la racionalización de las relaciones de dominación política mediante el Derecho para así poder garantizar la libertad” que, por efecto del *iusnaturalismo*, se estima inherente al hombre con carácter previo a la formación del Estado. A la cuestión de los límites del poder (a la que responde la idea de liberalismo) ha de añadirse la relativa al origen del poder, a la que responde la de democracia (ORTEGA Y GASSET), invirtiendo el sentido del origen del poder propugnado por las monarquías absolutas. A dicho absolutismo, en definitiva, se reacciona con todo este entramado ideológico, al que sólo cabe añadir, como elemento esencialmente democrático, la división de poderes. Lo entrecomillado en esta nota al pie ha sido extraído de FOSSAS I ESPADER y PEREZ FRANCESCH en *Lliçons de dret constitucional*, *ob.cit.*; pp. 22 y 23.

⁷⁹⁵ Recuérdesse que ya en el primer capítulo de este trabajo se caracterizó el Estado de Derecho como aquél que responde a determinados presupuestos: legalidad, igualdad y división de poderes.

ordenamiento interno de un Estado, al de *derechos fundamentales*. A la relación entre derechos fundamentales y medidas cautelares penales se hará referencia para abordar los *límites* al legislador en esta materia.

b) La idea que, por la confluencia de un postulado liberal y otro democrático, la actuación de los poderes públicos está sometida a la Ley. El *principio de legalidad* será el parámetro para el análisis de los *requisitos* exigidos al legislador para la previsión de medidas cautelares penales.

Comencemos examinando, en el apartado siguiente, la primera veta argumental.

B) Tutela cautelar penal y derechos fundamentales.

¿Por qué se asocian tutela cautelar penal y derechos fundamentales? ¿Y qué efecto tiene esa vinculación sobre la Ley que regule la tutela de aquel tipo? Las medidas cautelares penales acostumbran a relacionarse con los derechos fundamentales por dos motivos: (1) de forma genérica, por efecto de la vigencia de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y, (2) de forma específica, por razón del contenido de cada una de las medidas cautelares penales que se prevean, esto es, por razón del derecho que es objeto de restricción por la medida. Ambos motivos inciden especialmente en el rango que haya de tener la Ley que regule la tutela cautelar penal.

Pero además, que la medida cautelar implique la restricción de un derecho obliga a poner énfasis en el tipo de *intervención* que realiza el legislador sobre los derechos fundamentales y los límites a dicho ejercicio. Con esto se formularán algunas indicaciones sobre los límites a la previsión legislativa de medidas cautelares penales.

a) Rango de la ley que regule la tutela cautelar penal.

En primer lugar ha de tenerse en cuenta que la Ley se ocupa de los derechos fundamentales, principalmente, por tres motivos: uno, porque ésta provee un mínimo de organización y procedimiento para la efectividad práctica de los derechos formalmente reconocidos en la CE; otro, porque delimita el contenido de los derechos fundamentales, que por lo general son enunciados por la CE de forma indeterminada y, el último motivo porque, por efecto de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales,

muchas leyes que no tienen como objeto directo un derecho fundamental, inciden indirectamente en él o en su ejercicio⁷⁹⁶.

Un problema distinto al de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales, aunque con un efecto similar, es la existencia de derechos de configuración legal, a que me referiré en breve. Pero centremos ahora el objeto de estudio, de acuerdo con lo dispuesto en líneas precedentes, para desarrollarlo posteriormente:

En una primera hipótesis, cabría plantear si la relación descrita entre tutela cautelar penal y derecho a la presunción de inocencia obliga a la previsión legal de este tipo de tutela reste sujeta a la reserva de Ley Orgánica, *ex art. 81 CE*.

La segunda hipótesis deja la presunción de inocencia como perspectiva de análisis y toma para ello el contenido de la cada una de las medidas cautelares penales: esto es, la restricción de derechos que la imposición de una medida de este género conlleva. Desde esta óptica habrá de atenderse alternativamente a la citada reserva de Ley Orgánica, si la medida cautelar implica la injerencia en un derecho fundamental o a la reserva de Ley Ordinaria, cuando restricción lo sea de un derecho constitucional distinto a los fundamentales⁷⁹⁷.

Además, ha de advertirse que el rango legal exigido también depende del objeto específico de la *intervención* legislativa practicada sobre un derecho fundamental: si la *intervención* legislativa entraña un «desarrollo directo» del derecho fundamental (no de todo derecho constitucional) o incide en «aspectos consustanciales» del mismo, habrá de hacerse mediante Ley Orgánica. De manera que la reserva de Ley Ordinaria se predica de toda intervención legislativa sobre derechos constitucionales pero no fundamentales y de toda intervención legislativa sobre derechos fundamentales que no suponga un «desarrollo directo» de los mismos ni incida sus «aspectos consustanciales». Obviamente, la dificultad radica en conocer cuándo una concreta intervención legislativa tiene como objeto el desarrollo directo o la regulación de aspectos consustanciales de un derecho fundamental (supuesto en que habría de exigirse Ley Orgánica) o cuando, por el contrario, sólo afecta a “elementos no necesarios sin incidir en el ámbito o los límites del derecho en cuestión” (STC 101/1991). Al respecto

⁷⁹⁶ DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; pp. 95 y 96. Para el contenido del apartado que nos ocupa, pueden leerse las páginas 95 a 116 de la obra citada en esta nota.

⁷⁹⁷ La materia reservada a Ley Ordinaria (art. 53.1 CE) incluye todos los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I CE. En cambio, la reserva de Ley Orgánica (art. 81 CE) se establece sólo para los de la Sección 1ª (del capítulo II, del Título I, CE).

se ha advertido que “si la jurisprudencia constitucional deja amplios márgenes de incertidumbre, tampoco parece que aquí las Cortes Generales sigan criterios claros y uniformes, de manera que a menudo es difícil prever si, en materia de derechos fundamentales, una Ley tendrá carácter orgánico”⁷⁹⁸.

A partir de este planteamiento hemos de preguntarnos acerca de la perspectiva desde la que aplicar las previsiones de los arts. 53 y 81 CE en relación con la tutela cautelar penal. En otras palabras: ¿el rango que haya de tener la Ley que regule las medidas cautelares penales ha de determinarse en función del concreto contenido de cada medida o de la inclusión de esta tutela en el contenido del derecho a la presunción de inocencia? Quiere señalarse que no se ofrecerá una posición unívoca a este interrogante, sino sólo algunas ideas a partir de las que desarrollar una posible respuesta.

Atendamos primero a la opción según la que el rango legal necesario para prever una medida cautelar se determina en función de su contenido. En tal supuesto habría de analizarse, por separado respecto de cada medida, el derecho que es objeto de intervención y la naturaleza de esa intervención (si incide o no en «aspectos consustanciales del derecho») para, a partir de ahí, aplicar los criterios expuestos en el precedente planteamiento. Parece ser que, en tanto la medida cautelar penal (como la sanción) consiste esencialmente en la restricción de un derecho, la posibilidad legal de acordarla ha de entenderse como un «desarrollo directo» (aunque no sistemático) del derecho (que se delimita así negativamente). Por lo tanto el juicio de aplicación de los arts. 53 y 81 CE se reduciría al carácter fundamental o no de ese derecho, exigiéndose respectivamente una ley orgánica o una ordinaria. En principio no parece que en la previsión de medidas cautelares penales haya de apreciarse el fenómeno denominado “fuerza expansiva de los derechos fundamentales” por el que, al encarnar tales derechos valores básicos sobre los que se asienta nuestro ordenamiento, determinadas leyes que no tienen por objeto directo regular ese derecho inciden indirectamente en el mismo: tal sería el caso, por ejemplo, de las leyes de reforma agraria que afectan a la propiedad, o de la incidencia de la regulación de la televisión en la libertad de expresión e información⁷⁹⁹. Es en los casos en que se aprecia esa fuerza expansiva de los derechos

⁷⁹⁸ DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; p. 99.

⁷⁹⁹ DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; p. 96 y 97.

fundamentales dónde mayores dudas surgen respecto al objeto (consustancial o no) de la intervención legislativa.

En términos distintos habría de abordarse la determinación del rango legal si se toma como fundamento de las medidas cautelares el derecho a la presunción de inocencia. Hacer esto último sería contradecir la propia tesis que defiende en este trabajo, dónde he cifrado el fundamento de la tutela cautelar penal en la noción de *peligro cautelar abstracto*⁸⁰⁰. El fundamento de las medidas cautelares no es la presunción de inocencia, pero aquél se relaciona con ésta. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, en los términos propuestos en el precedente Capítulo I, ha de entenderse no un derecho sino una garantía: la de que todo *tratamiento*, dispensado por el Estado al individuo, distinto al que corresponde a la plena inocencia (la plena libertad, por tanto) requiere afirmar una *consideración* que lo permita (a lo que han de añadirse las exigencias de racionalidad formal y material tanto de la *consideración* como del *tratamiento*)⁸⁰¹. Pero ello no implica que toda previsión legislativa de la *consideración* y del *tratamiento* (el motivo para la restricción de un derecho y la misma restricción, en definitiva) haya de considerarse materia reservada a Ley Orgánica. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado actuaría respecto a las medidas cautelares penales, del mismo modo que se ha entendido lo hace la presunción de inocencia como regla de juicio fáctico respecto a la sentencia penal: si por ésta última se exige una determinada *consideración* (la culpabilidad), afirmada con unas concretas garantías (las relativas a la prueba) para imponer un tratamiento asociado (la pena); por la primera también ha de entenderse necesaria una *consideración* (la peligrosidad procesal), afirmada de un determinado modo (que podría minimizarse en las proyecciones técnicas de la presunción de inocencia objeto de desarrollo en este título), para imponer el tratamiento asociado (una medida cautelar penal). Y si no se cuestiona que las reglas relativas a la prueba hayan de dictarse en una Ley cualificada, tampoco ha de hacerse lo propio con las reglas que permitan afirmar la peligrosidad procesal. Cuestión distinta es que la previsión legal *de la medida*, como la de la pena, haya de

⁸⁰⁰ Para su construcción *vid. supra*, capítulo II § III y IV.1.

⁸⁰¹ *Vid. supra*, capítulo I § II.4. Ciertamente, esta construcción no aporta nada nuevo (bastaría con haber dicho que toda limitación de derechos ha de tener un motivo), ni lo pretende: es simplemente una manera de *observar* y *explicar* las que habrían de ser, en mi opinión, exigencias para el tratamiento del individuo durante la sustanciación del proceso penal.

observar la cualificación parlamentaria: pero parece que tal posibilidad dependerá de cuál sea el derecho en que incide la medida⁸⁰².

En definitiva, parece plausible defender que el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado obliga *sólo* a que *legislativamente* se prevean (1) los *motivos* (cuya expresión subjetiva son las *consideraciones*) para imponer determinados tratamientos, (2) los mismos *tratamientos* (las medidas cautelares u otros que puedan darse en el seno del proceso), (3) el *fin* que los justifica (que no es otra cosa que la expresión teleológica del motivo) y, además, (4) la sujeción de todos estos extremos a los requisitos de *proporcionalidad, legalidad, jurisdiccionalidad y motivación*. Pero no parece tan plausible sostener que el *rango de la ley* que prevea el motivo, el fin y las medidas haya de desvincularse del concreto derecho (fundamental o constitucional) objeto de restricción⁸⁰³.

Subyace también, en el fondo de esta cuestión, el problema asociado a los llamados “derechos de configuración legal” y su efecto del denominado “desdoblamiento de los criterios de constitucionalidad o, mejor aún, de las normas de referencia”, lo que sin duda es causa de la mayor parte de los problemas con que el TC se encuentra en la resolución de recursos de amparo fundamentados en la vulneración del art. 24 CE⁸⁰⁴.

⁸⁰² “La práctica legislativa, consagrada por el Tribunal Constitucional, ha terminado por imponer que cualquier norma que tipifique un delito castigado con pena privativa de libertad ha de aprobarse por ley orgánica, ya que este es un aspecto consustancial de la libertad personal proclamada por el art. 17 CE”. DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; p. 99. La cursiva es mía, para señalar la vinculación del rango normativo con el contenido de la medida (de la pena, en este caso).

⁸⁰³ Al respecto quiere presentarse una posición con la que podría cuestionarse la propuesta formulada en el texto principal: Aquélla que entiende que la apreciación de un *FBI*, como presupuesto de adopción de las medidas cautelares, supone una *restricción* del derecho a la presunción de inocencia. En consecuencia, la adopción de una medida cautelar restringiría el derecho a la presunción de inocencia. Tal posición se basa en una determinada concepción del *contenido* del derecho a la presunción de inocencia, que lo limita a la mencionada regla de juicio fáctico de la sentencia penal. Algunos autores van más allá, consciente o inconscientemente, y afirman no una restricción sino una *contravención* de aquel derecho. En el fondo de esta cuestión subyace el vacío en la determinación (en la que habría de profundizar el TC) de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado: y es que para observar un acto de restricción de un derecho primero ha de estar clara la delimitación del mismo. La contravención del derecho a la presunción de inocencia exigiría, además, que la restricción exceda de los límites permitidos (al legislador por la Constitución, o al Juzgador por el legislador) o se haga sin las garantías formales necesarias. Si el TC no hubiera hecho referencia alguna a la regla de tratamiento del imputado, probablemente la cuestión del contenido del derecho a la presunción de inocencia habría quedado zanjada, en el plano político (probablemente no en el dogmático), con las exigencias para afirmar la condena. Al no ser así, conviene que el intérprete supremo, que no único, de la CE delimite con precisión el contenido de aquel derecho y exponga sus implicaciones.

⁸⁰⁴ Sobre la problemática asociada a los derechos de configuración legal, *vid.* DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; pp. 114 a 116. Cabe destacar como principales ideas de la cita que se acaba de hacer que en estos casos: “(1) Se trata siempre de derechos fundamentales y -por tanto- de derechos de

En las últimas líneas se incluyen algunas alusiones al *contenido* de la Ley que regule la tutela cautelar penal: si en ésta han de incluirse también los requisitos formales de adopción de estas medidas (como así se defenderá en este trabajo), la cuestión sobre el *rango legal* que nos ha ocupado habrá de reproducirse también respecto a la concreción legislativa de la competencia funcional para acordar medidas cautelares, lo que ha de vincularse, sin duda, al análisis del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). Pero al *contenido* de la Ley que regule la tutela cautelar penal me referiré en momentos posteriores. Ahora conviene centrarnos en una parte específica de ese contenido: las medidas cautelares penales.

b) Contenido de las medidas cautelares penales y límites al legislador en la restricción de derechos.

“Las medidas cautelares son un instrumento de protección procesal con un *contenido material*”. Esto se afirmó en una de las conclusiones al Capítulo II de este trabajo. Aquello significa que el contenido de las medidas cautelares es la *restricción* de un derecho sustantivo. En consecuencia, cuando el legislador prevé una o varias medidas cautelares penales está realizando un acto de injerencia en un derecho. Pero, ¿qué tipo

rango constitucional, no de derechos creados por el legislador; (2) La noción de derechos de configuración legal no designa una diferencia de cualidad, sino únicamente de cantidad –esto es, algunos derechos fundamentales están más necesitados de desarrollo legislativo que otros- y sólo tiene, por tanto, un valor descriptivo; (3) No obstante (...) esa idea de derechos de configuración legal, aún siendo predominantemente descriptiva, sirve para explicar un fenómeno que tiene lugar cada vez que la Ley completa el contenido de un derecho proclamado por la Constitución (...): el desdoblamiento de los criterios de la constitucionalidad o, mejor aún, de las normas de referencia: para enjuiciar si la ley respeta o no el derecho fundamental, el único criterio es la Constitución, que a menudo deja un amplio margen al legislador; pero para enjuiciar si la Administración o los jueces respetan o no ese mismo derecho fundamental, el criterio viene dado por el conjunto norma constitucional más normas legales de desarrollo; (4) Este fenómeno (...) plantea un problema ulterior: (...) sin duda, en algún punto hay que fijar la frontera entre lo que es derecho fundamental y lo que es simplemente derecho creado por la ley; y ello porque, de lo contrario, toda regulación legal que pudiera conectarse a algún derecho fundamental habría de ser aplicada por vía de recurso de amparo. Dicho crudamente, no tendría sentido considerar que a efectos del recurso de amparo, todo el derecho procesal ha sido constitucionalizado; (5) La determinación exacta de la mencionada frontera, que sólo puede ser hecha por el Tribunal Constitucional en sede del recurso de amparo, comporta cierto grado de discrecionalidad; pero la seguridad jurídica y el mantenimiento bajo control de la carga de trabajo que pesa sobre el propio Tribunal Constitucional exigen que se haga con nitidez; (6) A falta de esa nitidez, la única alternativa coherente sería prescindir del desdoblamiento de normas de referencia y de la propia idea de derecho de configuración legal, para volver al sistema primigenio y paliar, de paso, la avalancha de recursos de amparo”.

Sobre el sentido de la constitucionalización de los derechos recogidos en el art. 24 CE, la constitucionalización e internacionalización de los derechos fundamentales de naturaleza jurisdiccional y el “estrellato” del art. 24 CE y sus problemas tonel recurso de amparo *vid.* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I; “Artículo 24. Garantías...; *ob.cit.*, pp. 24 a 26.

de intervención? ¿Está *delimitando* o *restringiendo* el derecho? Y ¿*hasta dónde* puede llegar dicho ejercicio? Valorar el alcance y la naturaleza de la intervención practicada por el legislador requiere un análisis individualizado de cada una de las medidas cautelares penales. Dicho ejercicio excede en mucho del que puedo acometer en este trabajo, esencialmente destinado a proponer patrones de confección de una teoría general de medidas cautelares penales. Por esto, más que concluir el tipo de intervención que implica cada una de las medidas cautelares existentes en nuestro ordenamiento, interesa ahora apuntar algunas ideas para el análisis de los límites al legislador en la previsión de medidas cautelares penales.

a) En primer lugar, ha de admitirse que el derecho objeto de injerencia con la imposición de una medida cautelar (el contenido de la propia medida, en definitiva) se determinará en función de un juicio de *idoneidad* por parte del legislador: ¿qué medidas son aptas para conseguir un determinado fin? A fin de evitar reiteraciones remito, para profundizar un poco más en esta cuestión, al capítulo anterior⁸⁰⁵.

b) Identificado el derecho en cuya injerencia consiste la medida cautelar penal, ha de centrarse la atención en el posible alcance de esa injerencia. Para dicho análisis parece que habrá de tenerse en cuenta, por un lado el tipo de derecho y, por otro, el tipo de intervención.

El cuanto a la clase de *intervención* legislativa, cabe distinguir entre la *delimitación* de un derecho y su *restricción*. Por *delimitación* puede entenderse aquella “intervención tendente a completar la indeterminación del texto constitucional, fijando hasta dónde llega un derecho”. Se trata, en definitiva, de identificar el *contenido* de un derecho. Sólo cuando el contenido este delimitado, podemos observar los actos que suponen una *restricción* del mismo, asimilando este término a una “medida, de alcance general o particular, que reduce el ámbito de aplicabilidad de un derecho”⁸⁰⁶.

c) Sucede que se incurre en una cierta tautología a la hora de identificar el derecho en cuya injerencia consiste la medida cautela penal. Podemos afirmarlo a

⁸⁰⁵ Vid. *supra*, capítulo V § I.2.

⁸⁰⁶ La distinción entre los dos tipos de intervención y sus definiciones, entrecomilladas en el texto principal, pertenecen a DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit*; p. 103. La exposición que sigue en este subapartado asume en buena medida las ideas sostenidas por dicho autor en la obra citada, especialmente en las páginas 103 a 114.

priori, pero el resultado que obtengamos habrá de coherenciarse con el contenido definido de ese derecho. Esto es, habremos de ver si la situación generada por la imposición de una medida cautelar ha de verse cubierta por la protección que ofrece la previsión constitucional de un determinado derecho. Resulta además que, en ocasiones, no es tan sencilla la asociación entre una medida cautelar y un concreto derecho: una hipotética medida cautelar consistente en la prohibición de residir en determinado lugar, ¿ha de considerarse vinculada al derecho a la libertad (art. 17 CE) o al derecho a la libre elección de residencia y de circulación por el territorio nacional (art. 19.1 CE)? La libertad provisional sujeta a fianza ¿es una situación incardinable en la protección ofrecida por el derecho a la libertad? O, por el contrario, ¿ha de entenderse una medida incisiva en el derecho a la propiedad? Una medida que controlara telemáticamente la posición del individuo, ¿habría de evaluarse respecto al derecho a la libertad ambulatoria o respecto al derecho a la intimidad?⁸⁰⁷ De la posibilidad de incluir o no el contenido de una medida cautelar en la protección ofrecida por un concreto derecho fundamental dependerán cuestiones tan capitales como los límites al legislador para la restricción del derecho (pues la restricción, ya se ha dicho, depende de la previa delimitación), la mayoría parlamentaria necesaria para la previsión de la medida (como se ha tratado *supra*) o la concreta protección de una situación cautelar mediante el recurso de amparo.

En realidad la cuestión del contenido de las medidas cautelares se asocia a la dificultad de la *delimitación* de los derechos fundamentales, de la determinación de su contenido, en definitiva, frente a la indeterminación del texto constitucional que los proclama⁸⁰⁸.

⁸⁰⁷ Se han planteado por la doctrina ambas posibilidades. Probablemente cabría un doble juicio de constitucionalidad, respecto a la intimidad, por el envío electrónico de información acerca del paradero del sujeto y respecto al derecho a la libre circulación por el territorio nacional, cuando además ese control sirva para verificar una prohibición (o un obligación, si así se prevé) de residencia en un determinado lugar.

⁸⁰⁸ “La concepción predominante del contenido de los derechos fundamentales no traza una distinción neta entre lo incluido y lo excluido, sino que tiende a ver los derechos fundamentales, más bien, como el conjunto del *núcleo de certeza* y el *halo de incertidumbre*”. El *núcleo de certeza*, “más reducido, comprende aquellas situaciones que el ordenamiento inequívocamente protege como derecho fundamental” (por ejemplo, el no sometimiento de la libertad ambulatoria y de actuación a una institución penitenciaria en la que se está recluso). El *halo de incertidumbre*, más amplio, “tiene contornos difusos y abarca todas las situaciones potencialmente cubiertas por el valor o bien jurídico proclamado”. El texto entrecomillado es de DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; pp. 103 y 104. A partir de esta última, y tras preguntarse “¿de qué depende, entonces, que situaciones potencialmente cubiertas por el bien o valor constitucional queden efectivamente protegidas como derecho fundamental?”, expone las distintas formas de delimitación de los derechos fundamentales, que cabe resumir, de modo sintético, en las siguientes: (1) Excepcionalmente, la delimitación vendrá favorecida por los enunciados constitucionales que presentan un alto grado de determinación; (2) Por lo general los enunciados

d) Sea como sea, identificada en su caso una medida cautelar penal como situación incardinable o evaluable en la protección ofrecida por un derecho fundamental, y en tanto la medida tiene como objeto la injerencia estatal (general, con la previsión legal, particular, con la resolución judicial que la acuerda) es necesario preguntarse acerca de los *límites* del legislador a esa restricción. Esto es, ¿hasta dónde puede llegar el legislador en la restricción del contenido de los derechos fundamentales? Y, para lo que aquí interesa, ¿sobrepasa la concreta previsión legislativa de una medida cautelar esos límites? La evaluación de los límites a la restricción de derechos fundamentales discurre por un doble camino: (1) La identificación del *contenido esencial* de un derecho como límite infranqueable por la restricción⁸⁰⁹; identificación que se acometerá a partir de la imagen de dicho derecho en la cultura jurídica y el

constitucionales que prevén derechos fundamentales revisten un alto grado de indeterminación: ha de aplicarse una especie de “presunción a favor de la protección”, de manera que todo lo que *prima facie* pueda incluirse en el halo de incertidumbre ha de considerarse que forma parte del mismo y, por tanto, es también contenido del derecho fundamental. Ha de existir un motivo que justifique la exclusión, para que así suceda, de esa situación aparentemente del halo de incertidumbre; (3) Si el legislador no acomete la tarea de delimitación (positiva o negativamente) del contenido de los derechos fundamentales, lo harán en el caso concreto la jurisdicción o la administración mediante sus resoluciones. (4) En la mayoría de los casos será finalmente el TC (vía recurso de amparo contra las resoluciones de la jurisdicción), vía recurso o cuestión de inconstitucionalidad (contra o respecto a las leyes) el que termine perfilando el contenido de los derechos fundamentales (obligando a la adecuación legal a la constitución en caso de vulneración del derecho fundamental, aunque sea por omisión, como en la práctica terminó haciendo con el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad sobre los anteriores arts. 503 y 504 LECrim). La delimitación del contenido de los derechos fundamentales surge, en definitiva, de la interacción entre el legislador y el TC.

⁸⁰⁹ Ha de destacarse que el contenido esencial se predica de cada derecho individualmente considerado y designa el contenido mínimo, necesario e indisponible del mismo. La tesis del contenido esencial como límite a la actividad legislativa ha sido criticada por CRUZ VILLALÓN y JIMÉNEZ CAMPO, que conciben el tope al legislador en clave diacrónica: “serían las convicciones jurídicas básicas imperantes en cada momento las que establecerían lo que el legislador no puede hacer en materia de derechos fundamentales”. Con estas palabras lo explica Díez Pícazo, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit.*; pp. 109 y 110, ilustrando que dicha posición tiene el mérito de vindicar la importancia del legislador pero el desmérito de diluir el significado de contenido esencial como barrera infranqueable y, por tanto (se entenderá probablemente en breve), de despojar de todo este juicio la aplicación de la regla de proporcionalidad.

Cabe citar, de forma preeminente, la tesis de HÄBERLE, P; para quien la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales contemplada en el art. 19.2 de la *Grundgesetz* (o en el art. 53.1 de nuestra Constitución) es una norma constitucional vacía, pues la misma garantía se consigue mediante la aplicación de la regla de la ponderación de bienes, principio mediante el que hay que determinar el contenido y límites de los derechos fundamentales. Derechos que se encuentran en “recíproco condicionamiento con otros bienes jurídico-constitucionales”. A esta tesis ha de sumarse la idea haberleriana de “la jurisdicción constitucional como reguladora del proceso de garantía y actualización de la Constitución como contrato social” (el entrecomillado hay que atribuirlo a FERNÁNDEZ SEGADO, F; en el estudio preliminar de una de las últimas ediciones españolas de la obra de HÄBERLE, P; *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Dykinson, 2003 (traducción Joaquín Brage). Resulta de indudable interés, en esta materia, el trabajo de BRAGE CAMAZANO, J; *Los límites a los derechos...*; *ob.cit.*; *passim*.

funcionamiento efectivo del mismo⁸¹⁰, y (2) la aplicación de la regla de proporcionalidad, cuya tercera subregla (la proporcionalidad *strictu sensu*) vendría a coincidir con el respeto al contenido esencial del derecho. Así la aplicación de la regla de proporcionalidad a la actividad legislativa añade, a aquel primer límite del contenido esencial, la exigencia de idoneidad (ya señalada al inicio de este subapartado) y de necesidad (que obligaría al legislador a prever la posibilidad de defensa del proceso mediante mecanismos menos gravosos para el individuo: por este motivo la previsión de medidas cautelares no puede desvincularse del debate relativo a los medios disponibles para la realización de la función jurisdiccional, el plazo razonable de resolución de los procesos o la flexibilización de garantías procesales con el fin de acelerar la sustanciación de los mismos⁸¹¹). Pero no es el momento de reiterar lo dicho en el capítulo anterior sobre la exigencia de proporcionalidad. Únicamente quiero añadir, a lo dicho, que el grado de la injerencia estatal en las libertades individuales no vendrá informado sólo por el contenido-objeto de la medida sino también por su *duración*, así que parece necesario que la Ley que regule la tutela cautelar penal contenga también algunas indicaciones sobre dicho extremo.

Con esta última referencia retomamos nuevamente la cuestión del *contenido*, no ya de las medidas cautelares penales, sino de la ley que regule la tutela de este género. Y es que la cuestión de los *límites* a la restricción de derechos está íntimamente conectada a los *requisitos* para la misma, cambiando la interpelación de partida (con la que se inició este subapartado) por la que sigue: *¿cuándo y cómo* puede el legislador restringir el contenido de los derechos fundamentales? Habremos de pasar al siguiente epígrafe para ofrecer algunas posibles respuestas.

C) Tutela Cautelar Penal y principio de legalidad.

No obstante las dudas manifestadas respecto al *rango* de la Ley que regule la tutela cautelar penal y a los *límites* que ha de respetar el legislador en la previsión de medidas de este género, lo que sí resulta indiscutible (cuanto menos, indiscutido) es que existe una *reserva de ley en materia penal*. Esta afirmación nos conduce a uno de los “principios rectores del derecho penal moderno, al menos del configurado según los

⁸¹⁰ SSTC 11/1981; 13/1984; 196/1987; 71/1994, entre otras. Una exposición de esta doctrina en DÍEZ PICAZO, LM; *Sistema de derechos...*; *ob.cit*; pp. 107 y 108.

⁸¹¹ *Vid. supra*, capítulo I § II.2.C y 4.B.

cánones de índole liberal y al estilo continental europeo”⁸¹². Prescindiendo de su origen y evolución histórica⁸¹³, conviene en esta sede destacar su significado político y científico:

1) Por el primero ha de afirmarse que el principio de legalidad encarna una lucha contra el *ius incertum*⁸¹⁴. En esa lucha, supone una involución la punición de estados peligrosos, puesto que en su previsión no es posible alcanzar el mismo grado de concreción (ni de certeza en su apreciación, por tanto) que en la tipificación de conductas⁸¹⁵. El resultado esencialmente incierto generado por el juicio de prognosis (con que se aprecia la peligrosidad criminal, procesal o del orden que sea) ya ha sido advertido en lugares precedentes en este trabajo y habrá de ser objeto de referencia, nuevamente, también en momentos posteriores⁸¹⁶.

2) Por el segundo se instituye la máxima “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”⁸¹⁷ y, más tarde (en palabras de BETTIOL) su “precipitado técnico”: el concepto de *tipo* y la *teoría de la tipicidad de la vigencia del principio de legalidad*⁸¹⁸.

⁸¹² RODRIGUEZ MOURULLO, G; “Legalidad...”, *ob.cit*; p. 882.

⁸¹³ Conviene advertir, con DÍEZ PICAZO, que la visión ilustrada de la Ley “como máxima garantía de los derechos fundamentales se ha ido erosionando a medida que, en el contexto de la democracia de masas, se ha ido perdiendo la fe en la racionalidad del legislador” (en *Sistema de derechos...*; *ob.cit*; p. 98). Esto, no obstante, no justifica el abandono de lo exigido por este principio capital, como tampoco parecería justificable un abandono de la esencialidad del principio democrático y de la división de poderes. Los “reajustes” han de incidir, a mi parecer, en el modo en que se “fabrica” o produce la Ley.

⁸¹⁴ Expresión de SCHMIDT, citado por RODRIGUEZ MOURULLO en *Legalidad (...)*, *ob.cit*; p. 886. Añade este autor, en el mismo lugar, y siguiendo a LÓPEZ DE OÑATE, que “la lucha por el principio de legalidad representa, pues, una lucha por el Derecho, lo que entraña a su vez la máxima garantía política para los derechos individuales que sólo el Estado de Derecho puede otorgar. El iluminismo, o por lo menos una parte de él, deja en herencia el tema de la *securitas* hasta el pensamiento de la restauración, y el concepto de Estado de Derecho surge alimentándose en sus raíces de ese jugo vital”.

⁸¹⁵ Afirma RODRIGUEZ MOURULLO que “el primer ataque al principio de legalidad se operó en el plano científico y provino de la escuela positivista (...). La exigencia de que todo sujeto peligroso sea sometido a una medida de seguridad comenzó a conmovier la rigidez del principio de legalidad”. A lo que añade: “Si los positivistas no postularon expresamente su eliminación (del principio de legalidad), fue debido a que el ambiente no estaba aún preparado para aceptar pasivamente la desaparición de una regla tan fundamental en la civilización europea”. Pero en opinión de RODRIGUEZ MOURULLO “el principio de legalidad quedó privado de sentido en el marco de la doctrina de la nueva defensa social”, en *Legalidad (...)*, *ob.cit*; p. 884.

⁸¹⁶ *Vid.*, respectivamente, *supra*, en capítulo IV § I.2.A e *infra*, en capítulo VII § II.1.D y .E.c.

⁸¹⁷ Formulación que ha de atribuirse a FEUERBACH, como contenido y justificación de su teoría de la coacción psíquica. No obstante, cabe encontrar autores que derivan el principio de legalidad de la idea de retribución (GOETZLER) o los que niegan la vigencia de tal principio, bien basándose en la teorías de defensa social y peligrosidad del mismo tipo (GARÓFALO, FIORETTI), bien negando que la pena sea un mal (DORADO MONTERO). Por todos, *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones de Derecho...*; *ob.cit*; pp. 57 a 59, o RODRÍGUEZ MOURULLO, *Legalidad (...)*, *ob.cit*; pp. 886 y 887. Sobre el requisito *ex*

Uno y otro significados, como resulta razonable, se encuentran íntimamente ligados, lo que explica que algunas posiciones político-ideológicas sean más proclives al mantenimiento de la rigidez del principio y otras aboguen, expresa o tácitamente, por su supresión⁸¹⁹: ¿qué duda cabe hoy que las señaladas formulaciones científicas (aunque enunciada la primera con un objetivo distinto al de la lucha contra la incertidumbre) favorecen la seguridad jurídica?

El principio de legalidad proyecta determinadas exigencias de interés para el estudio que nos ocupa, a saber: (a) la limitación de las fuentes formales del Derecho Penal; (b) exigencias de técnica legislativa y (c) prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables. Examinaré la incidencia de cada una de estas implicaciones en las medidas cautelares penales.

a) Taxatividad de las medidas cautelares penales: necesaria previsión legal de las mismas.

La primera de las exigencias fruto de la vigencia del principio de legalidad, se acaba de afirmar, consiste en una limitación de las fuentes formales del Derecho Penal. Sólo por Ley podrán tipificarse conductas como delito o falta y asociar a las mismas una consecuencia (llámese pena, medida de seguridad o consecuencia accesoria). Esta “reserva de ley” se extiende también a la faceta adjetiva del derecho penal, de manera que “la función de garantía jurídica que despliega el principio de legalidad se proyecta también” al proceso y ejecución penales⁸²⁰. Así, se afirma que el principio de legalidad proyecta una garantía criminal, otra penal, otra jurisdiccional y otra de ejecución. Resulta indiscutible que la tutela cautelar penal puede esencialmente incluirse en la garantía *jurisdiccional* de legalidad, por lo que habríamos de concluir que no pueden imponerse más medidas cautelares penales que las previstas en la Ley, ni por motivos,

post facto (que la Ley sea previa a la comisión del hecho) léase la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, esta vez en *Tratado...*; *ob.cit*; Tomo II, p. 383 y ss.

⁸¹⁸ BELING, E; *Il significato del principio nulla pena sine lege poenali*” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale, en “Giustizia penale”, parte primera, 1931, pp. 319 y 320. También puede consultarse en *Esquema de Derecho Penal. Doctrina del delito-tipo* (trad. S.Soler), Buenos Aires, 1944.

⁸¹⁹ Sobre la relación entre principio de legalidad y sistemas totalitarios, puede comenzar consultándose a RODRIGUEZ MOURULLO, G; *Legalidad (...)*, *ob.cit*; pp. 884 a 886 y 888 (y la bibliografía allí citada).

⁸²⁰ RODRIGUEZ MOURULLO, G; *Legalidad (...)*, *ob.cit*; p. 888.

finés ni procedimiento distintos a los que esa misma disposición normativa establezca. Con esto el discurso se acerca, cada vez más, al contenido de la Ley que regule la tutela cautelar penal.

b) Contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal.

Por efecto del principio de legalidad, la ley penal ha de reunir una serie de características, cuyo cumplimiento constituye un deber inexorable en la tarea del poder legislativo. Aquellas características pueden resumirse en la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado, lo que equivale (invirtiendo la proposición normativa) a la obligación de *determinación* del contenido de la ley penal. Dicha determinación ha de asimilarse a la previsión *cierta y precisa* tanto de los *presupuestos* como de las *consecuencias* contenidos en la norma.

Siguiendo a Rodríguez Mourullo⁸²¹, quieren formularse dos precisiones al respecto: (1) La primera, que no es posible exigir el mismo grado de determinación respecto al supuesto que respecto a la consecuencia. En este sentido, la ley penal habrá de revestir las notas de claridad y exhaustividad en la descripción del primero y ser precisa al señalar la segunda. Además (2) “tampoco es posible alcanzar el mismo grado de precisión en una ley cuya finalidad es describir, como delito, un hecho y anudarle una pena que en aquella otra destinada a establecer, como supuesto, un estado peligroso y vincularle una medida de seguridad”, o una medida cautelar, para lo que aquí interesa. Tras estas advertencias, que influirán en el contenido de la exposición que sigue, se estima plausible formular ya, a modo de listado, algunas reflexiones respecto al contenido de la ley que regule la tutela cautelar penal.

1. *Previsión estatal de la consideración (peligrosidad procesal) y el tratamiento (medida cautelar penal) como exigencia de la vigencia de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado.* En el primer capítulo de este trabajo, al hilo de la propuesta de unas implicaciones de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, se afirmó que el Estado debe especificar (1) el contenido de la

⁸²¹ *Legalidad (...), ob.cit;* p. 888 y ss.

“consideración”, esto es, el “motivo” de la injerencia⁸²², (2) los “indicios” bajo los que esa consideración puede afirmarse y (3) cuál es el “tratamiento” asociado a la misma. No obstante, también se formuló en aquel lugar una advertencia acerca de la necesaria previsión legal de los indicios, que habrá de matizarse. El análisis de la previsión estatal de la “consideración” que permite imponer una medida cautelar y de la misma medida cautelar (que constituye lógicamente el “tratamiento” asociado a aquella “consideración”), habrá de tener en cuenta, especialmente, la distinta tarea que ocupa a las dos potestades que intervienen de modo preeminente en la tutela cautelar penal: el poder legislativo y el jurisdiccional.

2. *Medidas, fundamento, función, presupuestos y fines.* Antes de precisar el contenido mínimo de la ley que regule la tutela cautelar penal, quiero manifestar la eventual necesidad de rememorar las relaciones entre los conceptos resaltados en cursiva. Para ello, y con la intención de aligerar el discurso que nos ocupa, remito a lugares anteriores del trabajo⁸²³.

3. *La Ley y las medidas.* Las medidas cautelares penales consisten, ya se ha advertido en reiteradas ocasiones, en una injerencia en algún derecho del sujeto pasivo del proceso. Sea por efecto de la “reserva de Ley” en la delimitación y restricción general de derechos constitucionales, sea por efecto del principio de legalidad, lo indudable es que no pueden existir medidas cautelares penales innominadas: de modo contrario, se incumpliría el deber de precisión en la previsión legal de la consecuencia. Ciertamente, cabe formular algunas consideraciones respecto a ese deber de precisión y la duración de la medida cautelar penal, pero este extremo se acometerá más adelante. Por las mismas razones que no pueden imponerse penas que no estén previstas en la Ley penal, no pueden imponerse medidas cautelares penales que no se incluyan en un cuerpo normativo del mismo rango. No es posible, por la gravedad de las injerencias en los derechos que se practican, que en el orden penal se prevea una norma como la contenida en el art. 727 LEC. El listado legal de medidas cautelares ha de ser pues de carácter

⁸²² Los arts. 9 DUDH, 9 PIDCP y 5 CEDH exigen que los motivos que permiten limitar el ejercicio de los derechos y libertades estén previstos en la Ley, así como el procedimiento que debe seguirse para acordar tal limitación.

⁸²³ *Vid. supra*, capítulo II § IV.2; capítulo III § I.1 y, observado desde la perspectiva de la presunción de inocencia, capítulo I § II.4.B.

taxativo, *numerus clausus*. Dado que no pueden existir medidas cautelares innominadas, tampoco la doctrina de la homogeneidad resulta aplicable en materia cautelar penal. No obstante, las exigencias de idoneidad y de prohibición de identidad con la medida ejecutiva (la pena, en este caso) resultan vigentes, por efecto de la regla de proporcionalidad, en la tutela cautelar penal⁸²⁴.

Cabe hacer especial mención al tratamiento de la idoneidad en la ley que regule la tutela cautelar penal. Veamos: la medida cautelar penal (por ejemplo, la comparecencia periódica) es un instrumento para conseguir un fin (por ejemplo, evitar la huída del imputado). La vinculación entre las medidas cautelares y los fines para las que son aptas (idoneidad) puede hacerse (1) respecto de cada medida, asociando a cada una los posibles fines que puede cumplir; (2) respecto de cada uno de los fines, señalando las medidas idóneas para cumplirlos, o (3) de forma genérica, fijando por un lado los fines cautelares y por otro las medidas de este género). Sin que sea una cuestión esencial, en mi opinión es preferible la segunda opción: por un lado parece mejor desde el punto de vista sistemático (reduce la extensión de la Ley) y, por otro, en nada perjudica a la tarea del órgano jurisdiccional puesto que la idoneidad es una característica de la medida (una exigencia, por cuanto *ha* de observarse) de fácil (y quizás superior) apreciación en la práctica.

4. *La ley y los presupuestos materiales*. La norma que imponga una medida cautelar (o faculte su imposición, diríase de forma precisa) no observará, como presupuesto, un *hecho*, sino un *estado* del sujeto pasivo del proceso: la peligrosidad procesal. Obviamente, esta circunstancia incide en el grado de precisión que puede lograrse en la descripción legal del presupuesto: se advierte al respecto que “el principio de legalidad exige que nadie pueda ser declarado en estado peligroso si la situación personal en que se encuentra no ha sido calificada por la ley como situación de peligrosidad, *nulla periculositas sine lege*. Ciertamente, la tipificación de las situaciones de peligrosidad es mucho más difícil de llevar a cabo que la tipificación de hechos

⁸²⁴ *Vid. supra*, capítulo V § I y .III. Tampoco puede afirmarse que en la tutela cautelar penal se cumpla aquella idea (que aporta la lógica a la construcción de la doctrina de la homogeneidad) según la que, en el orden civil y para la concepción estricta de las medidas cautelares, “la manera más útil de conseguir el fin perseguido con su adopción es asegurando lo que la sentencia probablemente ordenará” (*vid. supra*, Capítulo I § III.1). Lo que se acaba de transcribir no puede mantenerse en esta sede porque (1) las medidas cautelares penales (al menos en la concepción que propone la tesis que defiende) no sólo están preordenadas al aseguramiento de la ejecución de la sentencia condenatoria sino porque, además, (2) aunque así fuera, existen determinadas penas cuya ejecución no puede ser asegurada, puesto que el sujeto pasivo tampoco puede frustrar la posibilidad de imponerla y realizar sus actos ejecutivos.

delictivos, pues por definición los tipos de peligrosidad han de ser *tipos de situaciones subjetivas*⁸²⁵. Se afirma, como contrapeso a la menor precisión con que pueden definirse los presupuestos consistentes en la peligrosidad de un sujeto, la necesidad de reunir en la ley las “cualidades indiciantes” de la comisión de un futuro acto de materialización del peligro. Pero antes de abordar la cuestión de los indicios, es de menester concluir la relativa a los presupuestos materiales.

De acuerdo con esta tesis, se han afirmado presupuestos materiales de las medidas cautelares penales, la *imputación*, el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo del proceso⁸²⁶.

La obligación de conseguir el mayor grado de precisión y exhaustividad en la previsión legal de los presupuestos obligaría, en primer lugar, a que la ley penal prevea un *acto expreso de imputación* para cada tipo de proceso, no garantizando la imputación tácita la necesaria seguridad jurídica. Ciertamente, existen determinados actos en el proceso que pueden ser considerados una suerte de imputación tácita, pues para su adopción el juez ha debido presuponer la participación del sujeto en el hecho enjuiciado. Pero no cabe duda que el dictado expreso de un acto de imputación favorece que se tome conciencia acerca del juicio específico que se está realizando, más allá de otros presupuestos que (como el tradicionalmente denominado *PIM*, en el caso de las medidas cautelares) justifican una determinada injerencia en las libertades individuales.

Respecto al *riesgo de frustración procesal*, cabría preguntarse si basta con presentar y requerir el concepto o debe el legislador precisar los riesgos que, respecto a nuestro proceso penal, pueden recibir ese calificativo. La segunda opción es la más acertada, en mi opinión, en tanto el riesgo de frustración procesal depende de la concreta configuración del proceso penal y el proceso penal, a su vez es un instituto sujeto al principio de legalidad. Por esto, el legislador conoce bien los parámetros que configuran el proceso, de manera que puede realizar ese ejercicio de precisión, indicando en la ley cuáles han de ser considerados riesgos de frustración procesal en nuestro ordenamiento penal. No se estima conveniente, en cambio, que el legislador precise esos riesgos respecto a cada tipo de proceso penal. Esa apreciación ha de dejarse en manos del juez,

⁸²⁵ RODRIGUEZ MOURULLO, G; *Legalidad (...)*, *ob.cit*; p. 890.

⁸²⁶ Para su concreción teórica, *vid. supra*, capítulo IV *passim*. Puede consultarse la § III del mismo para observar la correlación entre los conceptos que aquí se proponen como presupuestos materiales y los tradicionalmente afirmados, por efecto de la doctrina civilista de medidas cautelares: *FBI* y *PIM*.

que ha de examinar si alguno de aquellos riesgos puede afirmarse en el proceso que sustancia (y aún, en un momento procesal dado).

Queda, finalmente, ilustrar la certeza en la exigencia de *peligrosidad procesal*. Las dificultades para su precisión ya han sido advertidas, y también la propuesta para superarlas: “que el legislador reúna como presupuesto de aplicación de la respectiva medida aquellas cualidades indiciantes de futura comisión de delitos”⁸²⁷ (de futura materialización de un riesgo de frustración procesal, habríamos de decir para adecuar la propuesta a nuestro ámbito de estudio). No obstante, en mi opinión, la previsión de los indicios (cautelares, en nuestro caso) por la ley no ha de entenderse como parte integrante del presupuesto⁸²⁸, aunque la menor posibilidad de determinación de éste justifique la utilidad de prever legislativamente dichos motivos. La consideración especial que permite imponer una medida cautelar penal es la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo del proceso, y es ese concepto (de asumirse) el que habría de definir la ley. Cómo el Juez ha de estimar concurrente ese presupuesto, es de su competencia exclusiva: y es que, en mi opinión, en una posición coherente y sincera el legislador habría de asumir que con la “tipificación” de peligrosidades amplía el margen de discrecionalidad judicial. No puede el legislador pretender ensanchar el campo de la tutela preventiva y a la vez querer que los límites a la función jurisdiccional, motivados por la vigencia del principio de legalidad, permanezcan invariados. Desde esta óptica, el aumento de la tutela preventiva (del orden que sea, me atrevería a afirmar) habría de incidir en las políticas presupuestarias, obligando a una mayor inversión de las distintas instituciones a las que se encomienda la tarea preventiva (y a un profundo debate sobre la dejación estatal, por este mismo motivo, de funciones de este tipo a agentes particulares, tales como auditores de cuentas, técnicos en prevención de riesgos laborales, etc.).

En otro orden de consideraciones, y teniendo en cuenta que (1) la peligrosidad procesal es (observada desde la perspectiva de la presunción de inocencia) la consideración especial que permite la imposición de una medida cautelar o (desde la perspectiva interna de la tutela cautelar penal) el presupuesto con el que se verifica el elemento

⁸²⁷ *Ob. cit., loc cit* en dos notas al pie anteriores.

⁸²⁸ En referencia a la aserción formulada por RODRIGUEZ MOURULLO, quizás quepa entender que precisamente cuando se refiere a la peligrosidad *criminal*, la determinación indiciaria de los estados peligrosos devenga más relevante: la posibilidad de afirmar la peligrosidad procesal se ubica en un ámbito más limitado, el del proceso, con lo que el riesgo de indeterminación del presupuesto se reduce considerablemente.

subjetivo del fundamento cautelar; y que (2) el concepto de *peligrosidad procesal* se define en relación al *riesgo de frustración procesal*, posibilitando la integración de este último en el primero; cabría preguntarse: ¿puede limitarse, la ley, a exigir la peligrosidad procesal o habrá de requerir expresamente la apreciación de un riesgo de frustración procesal? En términos de necesidad, habría de concluirse que bastaría con prever legislativamente el presupuesto llamado peligrosidad procesal (por cuanto en su formulación pueden integrarse el riesgo de frustración procesal y la necesidad de imputación previa⁸²⁹). Pero más allá de la estricta necesidad, ha de estimarse conveniente la separación de estos elementos, en aras a favorecer la verificación judicial expresa de cada uno de ellos. En otras palabras, no pienso que las exigencias de *exhaustividad* y *precisión* se vieran vulneradas con la integración de todos los presupuestos materiales en uno, pero sin duda aquéllas se verían potenciadas con el ejercicio contrario: la previsión expresa e individualizada de cada uno de ellos.

Finalmente, quiere apuntarse que, en tanto los presupuestos son concreción del fundamento y medio de verificación del mismo en el caso concreto, la previsión legal de aquéllos podría ser sustituida por la expresión, también legal, del fundamento. En otras palabras, podría condicionarse la adopción de medidas cautelares penales a la apreciación de su fundamento en el caso concreto. Pero esta es una opción que no agota todas las posibilidades de precisión de que dispone el legislador y dificulta la tarea que haya de realizar el juez en el caso concreto. Ciertamente es que el legislador, al crear la norma, ha de generalizar, para que la misma abarque el mayor número de casos reales pretendidos. Ahora bien, la abstracción del legislador ha de ser la justa o precisa para que aquello suceda, no superior. La norma ha de ser, dentro de lo general, lo más precisa posible. Un excesivo grado de abstracción ha de estimarse contraproducente para la práctica forense (y a los “actores” de dicha práctica va dirigida esencialmente la ley que regule la tutela cautelar penal). Esta cuestión encuentra clara muestra en la previsión normativa de los presupuestos. Ciertamente, podría exigirse, para el recurso a la tutela cautelar, la verificación del fundamento⁸³⁰, sin separar cada uno de sus

⁸²⁹ Basta con conceptualarla, de acuerdo con la tesis sostenida en este trabajo, como “la *aptitud y actitud* del sujeto pasivo del proceso para materializar un *riesgo de frustración procesal*”. No obstante, esta formulación contiene un concepto jurídico indeterminado (*riesgo de frustración procesal*), que habría de ser definido también en la ley.

⁸³⁰ Que se ha cifrado en el concepto *peligro cautelar abstracto*, que ha su vez ha sido definido como el “riesgo que, proviniendo su posible materialización del sujeto pasivo del proceso, resulta apto para frustrar la vigencia del proceso y, por ende, la realización del derecho penal” (conclusión número 11 al capítulo II, incluida en su § IV.1)

elementos ni precisarlos en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, esa tarea prestaría escasa ayuda a la del juzgador. Pienso que el ejercicio de precisión legislativa puede llegar hasta la fijación de los peligros cautelares concretos existentes en nuestro ordenamiento. Lo dicho hasta el momento no impide que haya de considerarse la utilidad de explicar el fundamento de la tutela cautelar penal en la Exposición de Motivos de la ley que la regule: recuérdese que el propio fundamento es el motivo, el principio justificativo, de la existencia de estas medidas, de manera que su conocimiento puede ayudar a la interpretación del articulado.

5. *La Ley y los presupuestos formales.* Los presupuestos formales también son exigencias ineludibles para la válida adopción y vigencia de las medidas cautelares penales, así que también deberán estar previstos en la Ley. Dado que la precisión de los mismos es objeto del presente capítulo, omito su contenido esencial, a efectos de reducir la extensión del discurso.

6. *La Ley y los indicios.* Dado el grado de imprecisión con que cabe tachar la tipificación legal de estados peligrosos, resulta *conveniente* que los *posibles* indicios de peligrosidad estén enunciados en la ley, pues con ello se facilita la observación de la realidad por parte del juez (se facilita la elección de los elementos, circunstancias y comportamientos que pueden ayudar a resolver el juicio cautelar).

Pero la enumeración legal de los indicios no ha de tener un carácter taxativo o de *numerus clausus*. Si así fuera, se privaría al legislador de la tan deseada equidad y aplicación del derecho observando la realidad concreta. El legislador, en su labor de abstracción, no puede limitar la observación de la realidad ni el ejercicio de construcción que el juez realiza en la práctica. En ambas tareas radica, a mi parecer, lo esencial de la función jurisdiccional.

Además, la inferencia que el juez deduzca a partir de la *valoración* del indicio no ha de encontrarse, por regla general, en la ley. Ese es un ejercicio lógico que compete al juzgador, en su función de aplicación del derecho positivo. Puede admitirse que en supuestos donde la máxima de la experiencia parta de un acto de frustración procesal previo del sujeto pasivo del proceso⁸³¹, el texto legal prevea la inferencia lógica que ha

⁸³¹ Por ejemplo, que el imputado ya se haya fugado antes de un proceso judicial en que estaba imputado.

de asociarse a la observación de tal indicio⁸³². Pero incluso en estos casos ha de tratarse de una presunción *iuris tantum*, admitiendo por tanto alegación y prueba en contra⁸³³.

7. *La Ley y los fines*. Si el *fin* de las medidas cautelares (1) es la expresión teleológica y utilitarista del motivo o causa por la que se acuerdan y (2) evidencia la *intención* de la injerencia estatal en las libertades del hombre, no la *razón*, que se expresa con el fundamento o los presupuestos materiales, cabría cuestionar la necesidad que dicho fin se prevea expresamente en la ley que regule este tipo de tutela, o basta con la previsión de sus presupuestos materiales. Ciertamente, la duda puede parecer fuera de lugar si se atiende a la reiterada jurisprudencia de la prisión provisional, que hace depender la legitimidad de esta medida de la de sus fines⁸³⁴: no se ha cuestionado la constitucionalidad de la anterior regulación de la prisión provisional por la ausencia de fijación legal de los presupuestos, sino por la de sus fines, aunque, bien mirado, lo primero hubiera sido posible dada la complementariedad entre presupuestos y fines. En cualquier caso, la previsión legal de los fines se estima altamente recomendable en materia cautelar porque de ellos depende una parte fundamental del juicio cautelar: la aplicación de la regla de proporcionalidad. Además, parece que el razonamiento práctico (el utilizado comúnmente en la práctica jurídica) parte de la *intención*, aunque después haya de verificar la existencia de una *razón* para llevar cabo actos dirigidos a materializar aquella intención.

⁸³² El juez valorará los indicios concurrentes de acuerdo con las máximas de la experiencia. ¿Cuáles serán las máximas de la experiencia personal que posea el Juez? Teniendo en cuenta que es el parámetro de valoración tanto de la procedencia de la tutela cautelar como de la prueba practicada, habrá de pensarse en la relevancia que este dato habría de cobrar en el sistema de formación de jueces y acceso a la carrera judicial. No obstante, el Juez puede hacer uso de profesionales de otras disciplinas para complementar sus máximas de la experiencia y aumentar la justificación de la injerencia. El legislador, por su parte, tiene la necesidad de generalizar a la hora de dictar leyes, así que cuando quiera plasmar una inferencia lógica en la ley, habrá de servirse de profesionales de distintas disciplinas para ello. A nivel judicial, dado que el recurso a dictámenes de criminólogos, sociólogos, psicólogos, estadísticos, etc. tiene un coste económico y temporal elevado, quizás la clave radique en la investigación multidisciplinar y la aplicación de sus resultados.

⁸³³ Precisamente, la excepción al límite penológico de dos años por existencia de antecedentes penales no cancelados ni cancelables, por condena por delito doloso (art. 503.1.1º LECrim), ha sido criticada por algunos autores, por implicar una presunción *iuris et de iure* de mayor peligrosidad en todos los casos que existan antecedentes. (así, FARALDO CABANA, LANDROVE DÍAZ). Niega que esta previsión legal actúe como presunción, sino como indicio, GUTIERREZ DE CABIEDES, P; *La prisión provisional, ob.cit*; p. 137. En mi opinión, dicha norma es una opción político-criminal que exceptúa, en los casos descritos, la garantía de proporcionalidad *strictu sensu*. *Vid. supra*, capítulo V § II.2 y .III.

⁸³⁴ Por esto en otro lugar se ha advertido, con GUTIERREZ DE CABIEDES, que la prisión provisional tiene una legitimación funcional.

De distinto modo ha de valorarse la necesidad que la función de la tutela cautelar se encuentre en el articulado de la Ley. Dado que la función es a los fines lo que el fundamento a los presupuestos, por las mismas razones (y en los mismos términos) que se negó la necesidad de previsión legal del fundamento, ha de hacerse ahora lo propio con la función.

8. *La ley y la duración de las medidas cautelares penales.* En este estadio del trabajo no se han fijado todavía las cuestiones relativas a la duración de las medidas cautelares penales. Y tampoco este es el lugar indicado para acometerlas, aunque tenemos suficientes elementos para afirmar que la vigencia de las medidas cautelares penales, en el caso concreto, depende de la de sus presupuestos. Esta idea constituirá un lugar común en el título III del capítulo séptimo, dónde se acometerá el tratamiento de la vigencia y duración de las medidas cautelares penales⁸³⁵. Por ahora baste señalar que las referencias de la ley a la duración de las medidas y a la variabilidad no son estrictamente necesarias, precisamente porque pueden racionalmente inferirse de la vigencia de los presupuestos. No obstante, en tanto la duración de la tutela cautelar acordada incida en la proporcionalidad de la misma, cabrá hacer abstracción de esa incidencia y plasmarla en la Ley, a fin de facilitar tanto el análisis que haya de hacer el juzgador como las revisiones del “*status cautelar*” que pretendan las partes.

9. *La Ley y la ejecución de la medida.* La forma en que se ejecutará la medida cautelar también ha de estar contenida en la ley que regule este tipo de tutela. No obstante, como en la ejecución penal, el concreto procedimiento de ejecución y control de la medida, en tanto corresponda parcialmente al poder ejecutivo, podrá desarrollarse reglamentariamente. Sin embargo, tanto la ley como el reglamento han de ser especialmente cuidadosos en un extremo: que la forma en que se ejecuta la medida cautelar no limite el derecho más allá del contenido de la propia medida. Tómese como ejemplo (a evitar) la previsión del art. 530 LECrim: tras años de reiteradas peticiones (provenientes de la doctrina pero también y mayoritariamente de Fiscales) de previsión legal de la “retención del pasaporte” con fines cautelares, el legislador lo incorporó en el citado precepto, como parte de la ejecución de la medida cautelar de comparecencia

⁸³⁵ También al hilo del análisis de la exigencia de proporcionalidad (capítulo V) se han presentado algunas ideas relacionadas con la duración de las medidas cautelares penales.

periódica⁸³⁶. La previsión (en los términos realizados) es criticable porque el medio de ejecución de la medida (retención del pasaporte) implica una limitación de derechos superior a la que corresponde a la mera comparecencia periódica: si ésta consiste en la obligación de acudir a las dependencias judiciales cada cierto tiempo, para certificar la disposición física del sujeto pasivo; su “medio de control”, la retención del pasaporte, impide la salida del territorio comunitario: ¿acaso no puede viajar al extranjero (por el motivo que quiera) alguien sujeto a una comparecencia periódica, siempre y cuando los días en que debe comparecer ante la Justicia lo haga? Si lo que quiere impedirse es la salida del sujeto del territorio comunitario, entonces ese ha de ser el contenido de la medida cautelar (única o acompañada de otras, como por ejemplo la comparecencia periódica o la fianza) y la retención del pasaporte su acto de ejecución.

10. *Contenido esencial o mínimo de la Ley que regule la tutela cautelar penal y contenido contingente.* Las medidas cautelares son el *medio* para conseguir un *fin*, aunque su adopción se encuentra necesariamente condicionada a la apreciación de un *motivo*. Este último ejercicio se encuentra sometido a un conjunto de exigencias formales, derivadas de los principios que rigen el marco en que se produce la injerencia de derechos. Así, *medidas cautelares, fines y presupuestos materiales y formales* son el *contenido esencial* de la ley que regule la tutela cautelar penal. El argumento que se acaba de utilizar para fijar el contenido mínimo de la ley podría ser otro: de hecho, caben tantas formas argumentales como perspectivas desde las que observar el fenómeno de la tutela cautelar penal. Pero lo que aquí interesa es dejar sentado que la ley que regule este tipo de tutela ha de prever, *necesariamente*, en su articulado, las medidas, los fines y los presupuestos materiales y formales, en los términos expuestos en estas últimas páginas. Aunque la proporcionalidad no se haya caracterizado como un presupuesto material i formal de las medidas cautelares penales, su cumplimiento también ha de exigirse en la ley, en tanto límite al ejercicio del poder.

Con carácter no necesario, pero altamente conveniente para “mitigar” la menor precisión legal del presupuesto consistente en un estado peligroso, la ley puede señalar (de forma no taxativa) los *indicios* que permiten apreciar la peligrosidad procesal. En mi

⁸³⁶ “El imputado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo (...). Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte”. Si bien es cierto que esta último medio no se acuerda automáticamente y en todos los casos de comparecencia periódica, en los supuestos que así se haga se está imponiendo, en mi opinión, una medida añadida a la de comparecer periódicamente.

opinión, esos indicios no pueden comprenderse en el contenido esencial de la ley que regule la tutela cautelar penal, pues no forman parte del presupuesto, sino sólo (que no es poco) permiten inferirlo. Pero, definida legalmente la peligrosidad procesal, sólo habrá de exigirse, al Juez, que la fundamente en indicios (los que sea, no necesariamente los previstos legalmente) que *de forma lógica* permitan inferirla.

Finalmente quiere incluirse en esta recapitulación que tanto el *fundamento* como la *función* (de mayor abstracción conceptual que sus “derivados”: los presupuestos y los fines) pueden incluirse en la Exposición de Motivos, junto con las razones que se aduzcan para justificar determinadas opciones de política legislativa plasmadas en el articulado.

c) Aplicación en el tiempo de la Ley que regule la tutela cautelar penal.

Para indagar acerca de la aplicabilidad de la ley que regula la tutela cautelar penal va a resultar necesario, a mi parecer, atender a una doble caracterización de esta norma: es, por un lado, de signo procesal y por otro, sancionadora o penal. Por el primer carácter ha de atenderse a las particularidades de la aplicación de la ley procesal en el tiempo y, por el segundo, al principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables.

Para ilustrar la primera de aquellas implicaciones puede advertirse (con carácter general o sin distinción de orden jurisdiccional) que, a diferencia de la aplicación del derecho sustantivo en el proceso (cuya determinación depende de *la hora* de la relación o situación jurídica objeto de enjuiciamiento), la ley procesal aplicable se determina por *la hora del proceso* y, concretamente, es la vigente en el momento del acto procesal a que se refiere. En esta última cuestión tiene especial incidencia el desarrollo temporal sucesivo del proceso y la consiguiente necesidad de que la ley procesal incluya reglas de carácter transitorio⁸³⁷.

Así, en principio, en materia de medidas cautelares será aplicable la norma procesal vigente en el momento en que se lleva a cabo el concreto acto relativo a la tutela cautelar penal, habiéndose de atender especialmente, para determinar aquella vigencia, a las disposiciones de carácter transitorio que la informen, si las hay.

⁸³⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A. (con otros); *Derecho Procesal. Introducción, ob.cit*; p. 135.

Pero por efecto de su caracterización como norma penal (adjetiva, pero penal al fin y al cabo), ha de entrar en juego (o al menos ha de intentar valorarse si así es) el “principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable” o, expresado a *sensu contrario*, la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma penal más favorable al sujeto pasivo del proceso⁸³⁸. En efecto, lo que interesa en este momento es advertir si la “retroactividad *in bonus*” es aplicable en materia de medidas cautelares penales. Se avanza que la respuesta dependerá de si la “reforma favorable al reo” lo es de una ley procesal o de una ley sustantiva. Para justificar tal posición, quieren presentarse algunos ejemplos (simplistas, matizables, pero útiles para lo que se pretende ilustrar) de aplicación de la ley penal sustantiva y adjetiva en el tiempo:

1) Imagínese que un sujeto, al que llamaré Juan comete un hecho (por ejemplo, el robo de un vehículo), al que la Ley “A” (vigente en el momento de comisión del hecho) asocia una pena de prisión de 3 a 5 años. Imagínese ahora que durante la sustanciación del proceso penal se modifica la pena asignada al hecho, de manera que por la Ley “B” aquél se castiga ahora (y en el momento de dictar sentencia) con una pena de prisión de 2 a 3 años. Dado que la aplicación de la ley penal sustantiva se determina en función de la ley vigente en el momento de comisión del *hecho*, en principio, a Juan habría de imponérsele una pena, de proceder ésta, de 3 a 5 años: debería aplicársele la Ley “A”. Pero por efecto de la *retroactividad in bonus*, la Ley “B” sería aplicable al robo cometido por Juan, aunque dicha norma no estuviera vigente en el momento de comisión del hecho: el juez podrá, en consecuencia, imponer una pena de 2 a 3 años.

2) Supóngase ahora que, en el momento de imputar a Juan, la ley procesal penal (Ley “C”) contempla la posibilidad de acordar una medida cautelar siempre que (utilizaré los términos propuestos en esta tesis) el sujeto haya sido *imputado*, exista un riesgo de frustración procesal y se acredite la peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso. Imagínese que, verificados los presupuestos, el Juez acuerda una obligación de comparecencia periódica para Juan. Pero que, dos meses más tarde, se modifica la norma aplicada y pasa a exigirse (en la que llamaremos Ley “D”), como presupuesto para acordar una medida de este género, la *acusación* (sin que se establezca régimen transitorio alguno). La medida cautelar impuesta a Juan habrá de revisarse y, si todavía

⁸³⁸ La irretroactividad de la norma penal ha sido vinculada al principio de legalidad (así, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA o RODRIGUEZ MOURULLO), pero ha de advertirse que también se le atribuyen otros fundamentos.

no ha sido acusado, alzarse. Ese alzamiento no se debe a la aplicación de la “retroactividad de la norma penal más favorable”, sino a la aplicación de la norma penal vigente en el momento en que se realiza el acto procesal (que revisa la medida cautelar).

3) Quizás invirtiendo el contenido de las Leyes “C” y “D” se advierta el fenómeno más claramente: en el hipotético supuesto que ahora planteo, dado que la Ley “C” exige *acusación* para imponer una medida cautelar, el Juez no puede acordarla antes del escrito de acusación y consiguiente apertura del juicio oral. Pero si tal norma varía y por la Ley “D” pasa a exigirse, como presupuesto de esta tutela, la sola *imputación*, entonces la situación personal de Juan habrá de revisarse siendo posible, si concurren los demás presupuestos, que se le imponga una medida cautelar. Resulta claro que en este último supuesto, deja de aplicarse la ley más favorable al sujeto pasivo del proceso (la “C”). De pretender que esta se mantuviera vigente, habríamos de situar el análisis en un fenómeno distinto: la “ultraactividad”⁸³⁹.

La diferencia esencial entre la aplicación en el tiempo de la ley penal sustantiva (supuesto 1) y la ley procesal penal (supuesto 2) radica en la existencia, o no, de un intervalo de tiempo entre el momento que sirve para fijar la vigencia de la norma y el momento en que esa norma deviene efectiva (esto es, despliega su consecuencia, sea ésta una pena o una medida cautelar): la aplicabilidad de la norma penal sustantiva se fija en el momento de comisión del *hecho* en ella prevista, pero sus efectos (la consecuencia asociada a la comisión de ese hecho) no se realizan hasta un momento posterior: la sentencia. En cambio, la aplicabilidad de la norma penal adjetiva se determina por el momento en que el concreto acto que ésta regula haya de llevarse a cabo, coincidiendo temporalmente (o con una diferencia de tiempo considerablemente menor a la que media entre hecho y sentencia) con el despliegue de sus efectos. Puede observarse, además, que el momento que sirve para fijar la aplicabilidad de la norma coincide con el tiempo en que se produce o se advierte, respectivamente, el presupuesto material (el delito o la peligrosidad procesal) contenido en dicha norma. Por lo expuesto, a mi parecer, las exigencias de la irretroactividad de las normas penales desfavorables (o la correlativa retroactividad de las normas penales favorables) no es

⁸³⁹ “Constituye la ultraactividad el efecto opuesto de la retroactividad, e implica que la ley, pese a haber perdido su vigencia sigue teniendo eficacia, de tal manera que se aplica a hechos que se produjeron bajo su imperio, aunque en el momento del juicio ya esté en vigor otra ley” (SUÁREZ COLLÍA, JM; *El principio de irretroactividad...*; *ob.cit*; p. 84).

aplicable a las medidas cautelares de este género⁸⁴⁰. Lo dicho hasta el momento puede sintetizarse del siguiente modo:

a) La ley penal sustantiva aplicable es la vigente en el momento en que se cometió el hecho tipificado como delito o falta.

b) La ley procesal penal aplicable es la vigente en el momento en que se realiza el concreto acto procesal a que se refiere (entendiendo que la vigencia de la ley se determina también mediante las normas de derecho transitorio).

c) Sólo la vigencia del “principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables” (o la correlativa “retroactividad *in bonus*”) puede modificar los criterios anteriores.

d) La posibilidad de aplicar el principio enunciado en el punto anterior depende esencialmente de la intermediación de plazo de tiempo entre la comisión del presupuesto contenido en la norma y la aplicación de la consecuencia asociada a ese presupuesto.

e) Dado que entre la realización del presupuesto contenido en la norma penal (hecho tipificado como delito o falta) y la imposición de la consecuencia asociada a la verificación de ese presupuesto (la pena) media un espacio de tiempo considerable (el de la sustanciación del proceso penal), se entiende que el citado principio y la retroactividad *in bonus* son aplicables ante supuestos de modificación de la ley penal sustantiva.

f) El presupuesto contenido en la norma cautelar penal no se comete, sino que existe o no existe y, en consecuencia, se advierte o no: y esto porque no es un hecho, sino un estado peligroso (peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso). De manera que no media tiempo alguno entre la verificación del presupuesto (de su

⁸⁴⁰ No me atrevo a afirmar que esa conclusión sea aplicable a todo el proceso penal, pero sí a proponer un ejemplo distinto al de la tutela cautelar penal: imagínese que la Ley “A” exige unas determinadas condiciones para la práctica de una concreta diligencia de investigación (“B”) que, efectivamente, se practica de acuerdo con las formalidades prescritas por aquella Ley. Supóngase, por un lado, que meses más tarde la ley (que, reformada, llamaremos “C”) aumenta las exigencias para la práctica de esas diligencias de manera que, si se evaluara la legalidad de la diligencia “C” de acuerdo con las nuevas exigencias, ésta habría de calificarse de ilícita. Llegado el momento de admitir o denegar la práctica de la prueba basada en aquella diligencia de investigación (“B”), el juicio sobre su licitud o ilicitud, ¿ha de tomar como parámetro el contenido de la Ley “A” (vigente en el momento de la práctica de la diligencia de investigación) o el de la Ley “C” (vigente en el momento de admisión de la prueba)? En mi opinión, y sin que la conclusión sea fruto del merecido análisis, el juicio de licitud ha de realizarse conforme a los requisitos que se exigían en el momento de la práctica de la diligencia respecto a la que aquéllos se exigían: no habría de aplicarse, pues, retroactivamente, la Ley “C” (más favorable al sujeto pasivo) a la diligencia “B”.

existencia, no de su comisión) y la imposición de la consecuencia asociada a dicho presupuesto (la medida cautelar penal). Esto me lleva a afirmar que el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables no es aplicable a las medidas cautelares penales: se aplica, en esta sede, la norma vigente en el momento de verificación de los presupuestos; presupuestos que, a su vez, están previstos en la norma.

g) En consecuencia, un cambio en la norma que regula la tutela cautelar penal puede provocar la revisión y, en su caso, la modificación del régimen cautelar vigente en un concreto proceso. Y esto porque el presupuesto no es un hecho, de carácter puntual, sino un estado del sujeto pasivo, que ha de perpetuarse como condición de validez de la medida⁸⁴¹.

h) En coherencia con lo anterior, para valorar la incidencia de la modificación de la ley penal que sirve de guía al proceso sobre el régimen cautelar penal vigente en ese mismo proceso, habrá de atenderse a los efectos de la aplicación de la “*retroactividad in bonus*”. En otras palabras, el principio de referencia sólo se relaciona con la tutela cautelar penal en la medida que la aplicación de dicho principio sobre la ley penal sustantiva incida en la apreciación de alguno de los presupuestos de las medidas cautelares. Desde otra perspectiva: la retroactividad de la norma penal más favorable puede ocasionar el alzamiento o modificación de las medidas cautelares penales, cuando la intensidad o adopción de las mismas dependían de las previsiones de la ley penal sustantiva⁸⁴².

⁸⁴¹ *El estado peligroso de un sujeto como presupuesto de adopción de las medidas* ha suscitado un debate acerca de la aplicación de la “*retroactividad in bonus*” a las medidas de seguridad. Negando que así deba ser, RODRIGUEZ MOURULLO explica que “*respetada esta condición (que la peligrosidad se revele inicialmente a través de la ejecución de hechos previstos como delictivos por la ley vigente en el momento de cometerlos), no vemos inconveniente, si en efecto la situación de peligrosidad perdura, en que se aplique una medida de seguridad distinta a la legalmente prevista en el momento de la comisión del hecho delictivo. Esta aplicación no representa, en contra de lo que comúnmente se piensa, una derogación de la prohibición de retroactividad, pues en realidad no se hace sino aplicar una consecuencia legal (medida de seguridad disciplinada en la ley posterior) a un presupuesto existente en el momento en que se aplica la nueva ley*” (“*Legalidad...*”, *ob.cit.*; p. 892). Pueden consultarse otras tesis (no centradas en la consecuencia contenida en la norma, sino en la aplicación general de la norma), aducidas al hilo de la derogada Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en SUAREZ COLLÍA, JM; *El principio de irretroactividad...*; *ob.cit.*; p. 80.

⁸⁴² Esta conclusión, más desarrollada, *infra*, en el capítulo VII § II.3. No obstante, observemos algunos ejemplos de lo que se afirma en el texto principal. Imagínese que el hecho enjuiciado en un concreto proceso tiene legalmente atribuida una pena de 3 a 4 años. Supongamos que (1) el riesgo de frustración procesal advertido es indisponibilidad física y jurídica del sujeto pasivo, (2) que se ha inferido una disposición material y anímica del sujeto a la materialización de dicho riesgo, y (3) que, aplicados los juicios que integran la exigencia de proporcionalidad, se concluye que la prisión provisional es, en el caso concreto, la medida idónea, menos gravosa y proporcionada para el fin perseguido. Ahora imagínese que

Con esto se da por concluida la exposición relativa a la exigencia de legalidad y se acomete la de otro presupuesto formal de notoria relevancia: la proporcionalidad.

3. Motivación de las resoluciones que imponen, alzan o modifican medidas cautelares penales.

A) Fundamentos del deber de motivar y su exigencia en la tesis de medidas cautelares penales propuesta.

Del deber de motivar se ha señalado que tiene un fundamento múltiple⁸⁴³. Con esto se está aduciendo que son varios los motivos o razones por los que ha de exigirse dicha motivación: (1) el interés por la protección directa de los derechos fundamentales⁸⁴⁴; (2) la exclusión de la arbitrariedad en la aplicación del derecho vigente⁸⁴⁵; (3) posibilitar el control de la actividad jurisdiccional⁸⁴⁶; (4) lograr el convencimiento de las partes y los

una reforma del Código Penal reduce la pena para el hecho enjuiciado pasando a ser de 1 a 2 años. La aplicación retroactiva de esta norma penal en el concreto proceso utilizado en este ejemplo: (1) Podría afectar al riesgo de frustración procesal apreciado, si por razón de la pena el juicio puede celebrarse en rebeldía y la pena es susceptible de suspensión o sustitución, (2) podría provocar una revisión de la disposición anímica advertida, si la cuantía de la pena fue un criterio en que aquélla se fundamentó y (3) habría de afectar a la proporcionalidad *strictu sensu* de la medida, pues se estaría protegiendo al proceso con una medida más gravosa que la pena que eventualmente va a imponerse. Puede intentarse un jercicio parecido con otros ejemplos (piénsese en una reforma legal que modifica la pena asociada a un hecho, de privación de libertad a multa). Pero no sólo la modificación de la pena puede afectar a la tutela cautelar dispensada en el proceso: también cabe analizar dichos efectos cuando cambia la tipificación de los elementos del delito, o cuando se despenaliza una conducta. Además de la referencia expresada al inicio de esta nota al pie, sobre la incidencia de la norma penal sustantiva en la determinación de los peligros cautelares concretos, *vid. supra*, capítulo III § III.3.

⁸⁴³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; p. 141.

⁸⁴⁴ Lo que conduce a GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO a calificar, desde la perspectiva de la proporcionalidad, el deber de motivación como un “requisito extrínseco formal” para la constitucionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales, en *ob.cit*; p. 141.

⁸⁴⁵ Entre muchas otras, STC 55/1987, de 13 de mayo. Entre la doctrina científica este es un motivo comúnmente aducido, por lo que se estimaría incompleta cualquier referencia específica. Pese al consenso en la atribución de este fundamento al deber de motivación, existen importantes diferencias en lo que respecta al alcance de la misma.

⁸⁴⁶ Lo que enlaza directamente con el sistema de recursos establecido. Sobre la relación entre el deber de motivación y el sistema de recursos, ORTELLS RAMOS, M; “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, 1977, nº 4. Desde la perspectiva del control de la producción normativa del juez, DE ASÍS ROIG, R; *Jueces y normas. La decisión judicial...*; *ob.cit*; *passim*.

ciudadanos acerca de la corrección y justicia de la actividad jurisdiccional⁸⁴⁷; (5) permitir el conocimiento de la doctrina jurisprudencial⁸⁴⁸ y (6) contribuir al logro de una mayor perfección técnica de las resoluciones judiciales⁸⁴⁹.

Constituye un común denominador en los argumentos aducidos para justificar el deber de motivación, la necesidad de observar cierto grado racionalidad de las decisiones judiciales, esto es, de que en las mismas se exprese el motivo, causa o razón de la concreta decisión. Precisamente se señaló, en este trabajo, que la exigencia de motivación como exigencia técnica para el respeto a la presunción de inocencia, consiste en una obligación estatal de exponer el “motivo” que justifica un determinado “tratamiento” al individuo. Desde esta óptica, ha de exigirse la motivación de todas aquellas resoluciones que, en el proceso penal, afirmen una consideración contraria a la plena inocencia que permita imponer (lo haga en ese momento o no) un determinado tratamiento al individuo. Con esto se acomete una primera aproximación, pero nada (o muy poco) se dice todavía sobre el alcance o contenido del deber de motivación.

Lo que sí se pone de manifiesto es la estrecha relación entre motivación, justificación y fundamento: mientras *motivar* implica “dar o *explicar* la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo”⁸⁵⁰, *justificar* se identifica con el acto (o el resultado) de “probar algo con razones convincentes”⁸⁵¹. Y si bien puede suceder que la imposición de un concreto tratamiento (por ejemplo, una medida cautelar) responda al motivo de su existencia (esto es, puedan observarse en la realidad los presupuestos de aquél tratamiento), cuando los mismos no han sido explicados en la resolución que impone aquel tratamiento, cabe denunciar la ausencia de un parámetro básico de justicia: la

⁸⁴⁷ Entre muchas otras, STC 55/1987, de 13 de mayo.

⁸⁴⁸ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit.*; p. 142.

⁸⁴⁹ Lo explica con paladina claridad DE ASÍS ROIG, R; siguiendo a ANDRÉS IBÁÑEZ, P: “la exigencia de motivación de toda actuación obligaría al juzgador a operar desde el principio con unos «parámetros de racionalidad expresa y de conciencia automática mucho más exigentes», ya que «no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados»”. Dirigiendo lo anterior al objeto de su exposición (la necesidad de control de los juicios valorativos), añade: “la exigencia de control lo que hará es perfeccionar la argumentación y, por ende, la motivación”, en *Jueces y normas. La decisión judicial...*; *ob.cit.*; p. 157. La idea de referencia de ANDRÉS IBÁÑEZ en “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, nº 15-16, 2, 1994, pp. 861 a 882. Más reciente, del mismo autor, “Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, en *Revista del poder judicial*, nº 57, 2000, pp. 155-186.

⁸⁵⁰ VOZ: “Motivar”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit.*; p.1545.

⁸⁵¹ VOZ: “Justificar”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit.*; p. 1333.

motivación. En otras palabras, los motivos para una determinada decisión pueden efectivamente existir, pero si éstos no se explican, cabe negar la *racionalidad formal* de aquella resolución. En mi opinión, la ausencia de motivación no equivale a la ausencia de justificación de la decisión judicial, pero sí constituye un *síntoma* de ésta última⁸⁵², por lo que ante la carencia de motivación ésta ha de poder exigirse por alguna vía: constituye la motivación, en consecuencia, una exigencia formal pero de clara repercusión en la legitimidad material del tratamiento al individuo.

En el intento de hallar un fundamento constitucional del deber de motivación, se ha recurrido al art. 120.3 CE, que la prevé como requisito de las sentencias y al artículo 24.1 CE, en referencia al «derecho a una resolución judicial sobre el fondo fundada en derecho». El contenido de la acción penal obliga a cuestionar que el art. 24.1 CE sea fundamento del deber de motivar las sentencias penales (por lo mismo que se negó la viabilidad de fundamentar la tutela cautelar penal en el derecho a la tutela judicial efectiva). En el proceso punitivo, el fundamento constitucional del deber de motivación se ha fijado en el art. 24.2 CE, como presupuesto inexcusable del derecho de defensa. Con esto, la obligación de motivar se ha conectado con la posibilidad de recurrir la resolución. En este punto, cabe apreciar disparidades en cuanto a la relación entre motivación y recursos contra la resolución: ¿acaso se ha de hacer depender la motivación de una resolución de la posibilidad legal de interponer un recurso contra la misma? No, en mi opinión. Pero sí ha de permitirse la impugnación de un acto por ausencia de la motivación debida, exigiéndola⁸⁵³. Sólo ante la reclamación de esta noción de justicia formal (esto es, sólo tras solicitar que el juez explique los motivos que le condujeron a su decisión) podrá valorarse la racionalidad material de la decisión. Si el juez no los explica ni siquiera tras habérselo requerido la parte, la irracionalidad formal habrá de extenderse al plano material. Si los explica, ha de entenderse salvado este requisito formal, lo que no conduce inexorablemente a que haya de entenderse, aquella decisión, racional desde el punto de vista material. Esto nos conduce al *contenido* del deber de motivación, que será objeto de análisis en el subapartado

⁸⁵² Lo expresa, respecto a la prohibición de exceso, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N; *Proporcionalidad y derechos...*; *ob.cit*; p. 146.

⁸⁵³ Dadas, de lado, las dificultades para acometer una buena motivación y, de otro, que la carencia de la misma constituye una práctica más que extendida, parece conveniente que la resolución cautelar pueda impugnarse por ausencia de motivación de la resolución. Dicho recurso habría de tener carácter no devolutivo, pues el único que puede motivar la resolución es el que la dictó.

siguiente. Antes de pasar al mismo, quiere formularse una interpelación que también nos traslada a él: ¿han de motivarse todas las resoluciones judiciales que se dictan en un proceso penal? Obviamente, la pregunta nos sitúa en el campo de la previsión legislativa de los actos procesales.

B) Contenido o alcance de la exigencia de motivación de la resolución que impone una medida cautelar.

Se ha negado que el deber de motivación haya de extenderse, por efecto del art. 24.1 CE y el derecho de defensa, a todas las resoluciones que se dictan en el proceso penal: por el contrario, tal exigencia se hace depender de que, con la ausencia de tal acto, “se vulnere manifiestamente o sin remedio un derecho constitucionalmente reconocido, produciendo indefensión o desamparo judicial”⁸⁵⁴. En una delimitación mayor, se ha afirmado que “toda resolución que limite o restrinja el ejercicio de un derecho fundamental ha de estar motivada”⁸⁵⁵. Ciertamente, indefensión y restricción del ejercicio de un derecho fundamental pueden resultar parámetros válidos para establecer la obligación de motivar. Pero la dificultad provocada por la necesaria definición tanto del concepto de indefensión como del contenido esencial de los derechos fundamentales entorpece una aplicación clara de dichos criterios en el plano procesal penal. Por este motivo propongo otro: la exigencia de motivación como proyección técnica de la «presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado». Desde esta perspectiva, habrían de motivarse todas aquellas resoluciones judiciales que:

1) Afirman una *consideración* del individuo distinta a la completa inocencia⁸⁵⁶: todas las *consideraciones generales* que se dictan en el proceso penal (imputación, apertura del juicio oral y sentencia condenatoria) habrán de aducir los motivos por los que se cuestiona (en las dos primeras) o niega (en la última) la inocencia del sujeto. Cuando una de aquéllas consideraciones sea lo único exigido para imponer un tratamiento (con lo que me refiero ahora a los llamados, en este trabajo, *tratamientos*

⁸⁵⁴ A título de ejemplo, STC 57/1987, de 14 de mayo.

⁸⁵⁵ *Ad exemplum* también, STC 62/1982, de 15 de octubre.

⁸⁵⁶ Afirma VEGAS TORRES que “en nuestro ordenamiento, la culpabilidad no puede considerarse legalmente declarada hasta la sentencia de instancia, por lo que, hasta el momento, *en todas las resoluciones que se dictan durante la sustanciación del proceso, los Tribunales han de partir de la inocencia del imputado*”, en *Presunción de inocencia y prueba..; ob.cit;* p. 41 (la cursiva del texto entrecomillado es mía).

generales) no se exigirá motivación adicional para la imposición de dicho tratamiento. Por ejemplo, la condición de imputado crea un estado de sujeción tal que obliga al sujeto a presentarse ante el órgano judicial cada vez que éste lo requiera. Por tanto, una vez justificada la condición de imputado, el juez no habrá de motivar su decisión de citarlo para comparecer.

Pero además habrán de motivarse las resoluciones judiciales que:

2) Impongan un concreto tratamiento para el que se exijan presupuestos adicionales a las consideraciones generales. En tal supuesto habríamos de situar todos aquellos *tratamientos (especiales)* que responden a una *consideración* también *especial* (por ejemplo, la imposición de medidas cautelares penales).

Para poder imponer un *tratamiento especial* habrá de motivarse la *consideración* que lo permite, que es, al cabo, la *expresión subjetiva del motivo*. Retomando el tema que nos ocupa, para imponer un medida cautelar penal habrá de motivarse la *peligrosidad procesal* del sujeto pasivo (lo que incluye conceptualmente la existencia de un *riesgo de frustración procesal*). Si dicha consideración posibilitara sólo un específico tratamiento (imagínese que sólo existiera una medida cautelar), con la motivación de aquélla tendríamos suficiente para la racionalidad material de éste. Pero, dado que ni existe una sola medida cautelar penal, ni las medidas cautelares son el único instrumento de defensa del proceso, también la *elección del concreto tratamiento especial* ha de motivarse. En definitiva, para imponer una medida cautelar han de explicarse (a) las *razones* por las que se estima *procedente* el recurso a la tutela de este género (ha de exponerse, en definitiva, porqué se entienden concurrentes los presupuestos de la tutela cautelar penal) y además (b) las razones por las que se estima *necesaria* la medida finalmente impuesta al sujeto (esto es, habrá de explicarse el juicio de proporcionalidad llevado a cabo).

Si la imposición de un tratamiento especial presupone el dictado previo de una consideración general, podemos preguntarnos: ¿cada vez que haya de acordar una medida cautelar penal habrá de motivarse la imputación del sujeto (o la consideración general que el mismo ostente)? Esto es, ¿la resolución que acuerde una medida cautelar, ha de motivar expresamente la existencia de *FBI*? En mi opinión, en tanto la *consideración general* (imputación, en este caso) fija un *status* tal que permite, entre otros extremos, la afirmación de una *especial*, el juez que decrete una medida cautelar puede partir de la condición de imputado (ya motivada con el acto de imputación), por

lo que no necesitará justificar nuevamente de forma expresa, sino que podrá acreditar tal condición por remisión al acto que lo hizo previamente. Cuestión distinta es si ha de permitirse que la defensa o el Ministerio Fiscal cuestionen aquella consideración general en el debate relativo a la procedencia de la tutela cautelar penal. En mi opinión, tal posibilidad no es requisito esencial de las medidas de este género (cuya imposición ha de permitir el debate previo de la consideración especial que las permite y la aplicación del principio de proporcionalidad); pero también entiendo que puede aprovecharse el momento para revisar el estado de la causa y la atribución provisional del hecho al sujeto, cuando entre el acto de imputación y la resolución cautelar haya mediado un plazo de tiempo considerable o se hayan practicado diligencias de investigación suficientes como para provocar una revisión de aquella atribución. Si ha de permitirse la revisión de la consideración general, si ha de sujetarse esa posibilidad a requisitos temporales “considerables” o a la práctica de diligencias “suficientes” para fundamentar dicha revisión, o si la misma ha de basarse en un criterio que aglutine los dos anteriores, son opciones de estricta política legislativa, a mi parecer. Si la determinación de los conceptos de “considerable” y “suficiente” han de dejarse a la estricta valoración judicial o han de concretarse por el juez a partir de la aplicación de criterios objetivos fijados (previa abstracción) por el legislador, constituye una cuestión de límites en el ejercicio del poder legislativo y judicial, a la seguridad jurídica en cuanto a las posibilidades de defensa en el seno del proceso y, en clara vinculación con esto, si se opta por la discrecionalidad judicial, a la vinculación del órgano jurisdiccional a su propio precedente.

Con esto último, la cuestión de la motivación enlaza con otra que, sin dejar completamente el campo de las justificaciones, se centra en el alcance de las mismas: me refiero a la explicitación en los autos y sentencias de la *lógica de los juicios de valor* o, concretamente, de lo que se ha dado en llamar *infraestructura racional del juicio de hecho*⁸⁵⁷ o *juicio sobre el juicio*⁸⁵⁸. Si ha de permitirse el *control* sobre los juicios valorativos del juez (en todo aquello que no dependa exclusivamente de la inmediación sino de la corrección del razonamiento lógico realizado a partir de las máximas de la

⁸⁵⁷ BACIGALUPO, E; “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 4, 2, 1988, pp. 365 a 388.

⁸⁵⁸ FERRAJOLI, L; “I valori del doppio grado e della nomofilachia”, en *Democrazia e Diritto*, Supplemento, nº1, 1992. Dicho autor distingue el “juicio sobre el juicio” del “juicio sobre el hecho” (el juicio sobre el hecho es para este autor un juicio de probabilidad con un alto margen de incertidumbre y de valoración, en *Diritto e ragione, ob.cit.*; pp. 29 y ss.), abogando por el control casacional del primero, como una cuestión de Derecho.

experiencia y, en su caso, de conocimientos científicos), habrá de extenderse el deber de motivación a los parámetros que son premisa del razonamiento lógico que preside los juicios valorativos. Esta posición adquiere mayor justificación, en mi opinión, si se asume la labor creadora⁸⁵⁹ o actividad de creación normativa del juez⁸⁶⁰ a través de sus actos valorativos, de los que ha de poderse controlar la *corrección formal* de sus argumentos, lo que no implica enjuiciar la *solidez* o *corrección material* de los mismos: es la lógica de sus inferencias la que ha de poder controlarse, no la mayor o menor adecuación a la realidad de su máxima de la experiencia, cuestión que ha de quedar reducida al campo de su “sana crítica” y enjuiciable sólo a partir de *su propio precedente* (no el de sus superiores, que no podrán pronunciarse tampoco sobre dicho extremo). En la no revisión de la máxima de la experiencia judicial radica, a mi entender, uno de los fueros de la independencia judicial.

II. Presupuestos formales derivados de algunos principios del proceso penal.

Más allá del derecho a la presunción de inocencia y del derecho de defensa, otros principios en los que se basa la construcción del proceso penal han de ser analizados, a fin de evaluar sus implicaciones en la adopción de medidas cautelares penales: se analizarán a continuación los presupuestos formales derivados de los principios oficialidad, acusatorio y audiencia o contradicción. Obviamente, el contenido y sentido dados a estos principios influirá en las consecuencias que de ellos quepa extraer para el sistema de medidas cautelares penales.

1. Principio de oficialidad, principio acusatorio y solicitud de medidas cautelares penales: ¿instancia de parte u oficialidad en la adopción de medidas cautelares penales?

El principio de oficialidad, “aceptado como principio jurídico inspirador de la estructura primaria del proceso penal”, tiene como fundamento la necesidad de tutela de un interés público: el de realización del *ius puniendi*. Precisamente el carácter público de dicho interés, que se pone de manifiesto con la *notitia criminis*, contrapone el principio de

⁸⁵⁹ PUIG BRUTAU, J; *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial, ob.cit; passim.*

⁸⁶⁰ DE ASÍS ROIG, R; *Jueces y normas. La decisión judicial..; ob.cit; passim.*

oficialidad al dispositivo, y justifica la exclusión de este último en el proceso penal. En definitiva, el principio contrario al de oficialidad es el dispositivo y también contrarios son sus fundamentos: la tutela de un interés público, por el primero; la de un interés privado, por el segundo.

Formal y unánimemente admitida la vigencia del principio de *oficialidad* en el proceso penal (no conozco jurista que defienda hoy la existencia de un derecho subjetivo al castigo ni, por tanto, que aluda al principio dispositivo como mejor criterio informador del proceso penal), no cabe duda que su relación y necesaria distinción conceptual con los principios *acusatorio* y de *audiencia o contradicción* constituye la clave para el posicionamiento en cuestiones tan capitales como la prueba sobre los hechos, la congruencia penal, la prohibición de *reformatio in peius* o la solicitud de medidas cautelares penales. En realidad, la cuestión de fondo se reduce (que no es poco) al posicionamiento sobre la extensión de las facultades judiciales en el proceso penal en respuesta, a su vez, a concepciones políticas distintas⁸⁶¹. En lo que ahora nos ocupa, hemos de preguntarnos: ¿puede el Juez, de oficio, imponer una medida cautelar o necesita de instancia de parte para ello?

La respuesta a este interrogante pasará por la descripción del actual régimen legal de solicitud de medidas cautelares penales e, ineludiblemente, por tomar posición acerca del significado e implicaciones del principio acusatorio.

El régimen legal vigente en el momento que se escriben estas líneas exige instancia de parte para la adopción de la prisión provisional y de la libertad provisional sujeta a fianza⁸⁶². En cambio, puede acordarse de oficio la libertad provisional sujeta a comparecencia periódica. Esta situación es deudora de la reforma introducida mediante la LOTJ. En su Exposición de Motivos, el legislador justificaba la exclusión de la oficialidad en la adopción de aquellas dos primeras medidas en un “reforzamiento del principio acusatorio”⁸⁶³. Este argumento se obvia en el mantenimiento de la instancia de

⁸⁶¹ MONTERO AROCA, J; *Los principios del proceso...*; *ob.cit*; p. 191.

⁸⁶² Arts. 505.1, .2, .3 y, especialmente, .4, que establece: “si ninguna de las partes las instare (la prisión provisional o la libertad provisional con fianza), (el Juez) acordará necesariamente la inmediata puesta en libertad del imputado que estuviere detenido. También art. 539 LECrim.

⁸⁶³ JORGE BARREIRO, A; “Prisión provisional: una reforma, para qué”, en *Jueces para la democracia*, nº 2, 1994, pp. 8 a 13; FERNÁNDEZ ENTRALGO, F; “Prisión provisional ‘a la carta’ ”, en *Jueces para la democracia*, noviembre, 1995, pp. 7 a 11. En sentido contrario, lo valora positivamente (aunque advierte algunos supuestos problemáticos) BELLIDO PENADÉS, R; “Poderes del órgano jurisdiccional y

parte en la adopción de la prisión provisional y de la libertad provisional sujeta a fianza, tras la reforma de aquella primera medida, operada por LO 13/2003⁸⁶⁴. Se da, no obstante, en esta materia, una situación un tanto paradójica: si bien se exige instancia de parte para adoptar la prisión provisional, no es necesaria dicha rogación para que la situación de prisión provisional sea *modificada*. La única mención, en este sentido, que realiza la LECrim sobre modificación o reforma de las medidas cautelares, se encuentra en el art. 539, cuyos apartados 3º y 4º también fueron reformados por la LO 13/2003. De este precepto se desprende que sólo es necesaria instancia de parte para acordar la prisión de quien estuviere en libertad, o para agravar (no atenuar) las condiciones de la libertad provisional ya acordada. Con esto, se dan algunas situaciones chocantes, difícilmente justificables en la vigencia del principio acusatorio: El Juez resta sujeto a la instancia de parte para acordar la prisión provisional, pero después puede alzarla sin que nadie lo solicite; se requiere instancia de parte para acordar, a partir de una situación de libertad, la libertad provisional sujeta a fianza, pero el juez puede acordar esta última medida, de oficio, si la impone a alguien que está sujeto a una medida privativa de libertad. Parece, entonces, que el criterio que utiliza el legislador para exigir la instancia de parte es la agravación, con la medida impuesta, de la situación personal del imputado: sí así sucede, exige instancia de parte; si no, permite la adopción de oficio⁸⁶⁵. Pero por esta lógica no se explican otras situaciones, como la oficialidad en la adopción de la libertad provisional sujeta a comparecencia periódica: ¿acaso no se agrava con esta medida la situación personal del que se encuentra imputado pero libre de medida cautelar penal alguna? Se dan otras situaciones extrañas: No se establece previsión alguna respecto la oficialidad o instancia de parte en la prórroga de la prisión provisional tras sentencia recurrida (y aquí el criterio de la *agravación* o la *atenuación* de la situación personal del reo tiene dificultades de aplicación, puesto que aquella situación se *mantiene*) y, en algunos casos, la omisión de instancia de parte ha sido

garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y la libertad provisionales”, en *Actualidad Penal*, nº 18, 1998, pp. 363 a 378 (especialmente p. 368)

⁸⁶⁴ Probablemente se obvie porque no se introduce modificación respecto al régimen vigente pero, dadas las conocidas y manifiestas oposiciones en esta materia, habría sido positiva una justificación de dicho mantenimiento.

⁸⁶⁵ *Vid.* art. 539.III LECrim, referido a la reforma de los autos de prisión y libertad provisionales: “Para acordar la prisión provisional de quien estuviere en libertad o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza, se requerirá solicitud del Ministerio Fiscal o de alguna parte acusadora, resolviéndose previa celebración de la comparecencia a que se refiere el artículo 505”.

subsanada, de forma un tanto ambigua, por la “continuidad en la postulación del Ministerio Fiscal”⁸⁶⁶.

En lo que ahora nos ocupa, de la situación actual resultan criticables dos extremos, básicamente: la ausencia de un criterio único u homogéneo para el recurso a la tutela cautelar penal, y la justificación de la instancia de parte en el principio acusatorio.

De hecho, el *quid* de esta cuestión radica en el significado que deba darse (y las implicaciones que deban atribuirse) al principio acusatorio. Dado que de la posición que se tome depende la defensa de la oficialidad o la instancia de parte en la adopción, modificación o alzamiento de las medidas cautelares penales, he de pronunciarme al respecto: en este punto coincido plenamente con aquel sector doctrinal y jurisprudencial que fija la esencialidad de ese derecho en “la necesidad de un sujeto diverso enjuiciador que ejercite y sostenga la acción penal”, y su más importante implicación en la imposibilidad de “condena por hechos distintos de los acusados ni a persona diferente de aquella que figura en la acusación”⁸⁶⁷. La tesis a la que me sumo, y que distingue los efectos del principio acusatorio y del de contradicción⁸⁶⁸, pone sobre la mesa que una extensión del principio acusatorio, más allá de la esencialidad señalada, lo acerca al principio dispositivo, que responde a la disponibilidad de los derechos.

Siendo así las cosas, no puedo sino defender la oficialidad en la adopción de medidas cautelares penales, sin distinción (como hoy existe) en función de la medida. Los argumentos en los que baso dicha posición no son muy diferentes de los que sustentan la tesis descrita del contenido esencial del principio acusatorio: la naturaleza pública e

⁸⁶⁶ Así acaeció en la STC 108/1997, de 2 de junio: Alegaba el recurrente en amparo, entre otras cuestiones, que el Ministerio Fiscal no había solicitado, tras ser recurrida la sentencia condenatoria, la prórroga de la medida cautelar. El TC aduce, para denegar el amparo, que el Ministerio Fiscal solicitó la adopción o el mantenimiento de la medida en todos los trámites en que era posible o necesario, así que hubo “continuidad en su postulación, por lo que decae el sustrato fáctico del motivo” (FJ 3). Al no poder interpretar la legalidad ordinaria, omite otros motivos que podrían parecer más sostenibles jurídicamente: que el art. 504.V ALECRim no exige tal solicitud de parte, y que el antiguo 504-bis-2 tampoco preveía la comparecencia para esos casos de prórroga.

⁸⁶⁷ Los entrecomillados extraídos de ARMENTA DEU, T; “Principio acusatorio: realidad y utilización...”, *ob.cit.*; p. 271. En la misma línea, MONTERO AROCA, J; *Los principios del proceso...*; *ob.cit.*

⁸⁶⁸ Por lo que, en clara representación del título de la monografía en que la formula, estimo razonable la posición sostenida por MONTERO AROCA, quien distingue entre *objeto del proceso* y *objeto del debate*, en un intento de fundamentar algunas cuestiones con este debate relacionadas: contenido del objeto, limitación o extensión de determinadas las facultades judiciales, congruencia de la sentencia, etc (en *Los principios del proceso...*; *ob.cit.*; pp. 127 a 130).

indisponible del derecho penal, que informa el proceso y, en coherencia con esto, pienso, la vigencia del principio de necesidad: si las medidas cautelares ejercen una función de defensa del proceso (evitando su frustración), y el proceso es el único medio de realización del derecho penal, limitar la adopción de medidas cautelares penales a la necesaria instancia de parte equivale a dejar en manos de las mismas la vigencia del proceso y, en consecuencia, de un modo u otro, la realización del derecho penal. Y quiero advertir que en el trasfondo de esta posición no ha de buscarse una desconfianza en la profesionalidad de la acusación pública (ni en la asistencia técnica de la privada), como quizás tampoco la desconfianza en el órgano jurisdiccional informe la posición contraria⁸⁶⁹. Nada más lejos que esto: la coherencia con la naturaleza del derecho penal es el único motivo que sustenta mi postura. A esto (o precisamente por esto) quiero añadir que:

a) Sin que deba entenderse una contradicción con lo dicho respecto a la profesionalidad de los agentes (que lógicamente ha de juzgarse individualmente, no por el conjunto del oficio), parece que la opción que se tome (oficialidad o instancia de parte) tendrá alguna incidencia en el enjuiciamiento de la responsabilidad en materia cautelar penal: mientras que las razones de la actuación judicial pueden observarse en la motivación (y la reclamación de responsabilidad es el único motivo que se me ocurre para exigir la motivación de las resoluciones que acuerden la no imposición de una medida cautelar), no sucede así con la decisión de la acusación que decide no solicitar la adopción de una medida cautelar.

b) La instauración de la instancia de parte en la adopción de medidas cautelares es, en mi opinión, una manifestación camuflada de oportunidad no reglada al Ministerio Fiscal y, por tanto, de dejación del principio de necesidad. Lo que no resulta nada extraño teniendo en cuenta el señalado acercamiento, con la extensión del acusatorio, al principio dispositivo.

Una muestra clara de las distintas implicaciones que han de atribuirse al principio acusatorio y al de contradicción se observa también en la materia que nos ocupa: las

⁸⁶⁹ No subyace en este debate, en mi opinión, una desconfianza en la profesionalidad de los distintos agentes que intervienen en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino una cuestión política: el reparto del poder en el seno del proceso penal. El carácter marcadamente político de este debate también lo pone de manifiesto, además de la propia evolución histórica, MONTERO AROCA, J; en *Los principios del proceso...*; *ob.cit*; p. 191.

medidas cautelares penales. Las del primero ya han sido objeto de pronunciamiento en este epígrafe. Las del segundo, lo serán en el siguiente.

2. Principio de audiencia, derecho de defensa y decisión sobre la adopción de una medida cautelar: ¿es necesario celebrar una audiencia previa a la imposición de una medida cautelar penal?

El principio de audiencia o contradicción encuentra apoyo constitucional en la prohibición de indefensión prevista en el art. 24.1 CE *if*. De acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, su respeto exige “que nadie sea *condenado* sin que haya tenido una *verdadera posibilidad* procesal de alegar (de palabra o por escrito) y de hacer (proponer y practicar prueba) lo que vea conveniente *dentro de los límites legales*”⁸⁷⁰. Apliquemos pormenorizadamente el contenido de esta idea a las medidas cautelares penales, con el fin de observar las exigencias que, para éstas, derivan de aquélla. Queremos preguntarnos, en definitiva, si el principio de audiencia obliga (y, en su caso, de qué modo y en qué tiempo) a escuchar al sujeto pasivo sobre el que eventualmente recaerá la medida cautelar penal. Al respecto:

1) Ha de centrarse la atención, en primer lugar, al inicio de aquella oración entrecomillada: “que nadie sea *condenado*...”, con lo que hemos de preguntarnos: ¿las exigencias del principio de audiencia limitan su ámbito objetivo *sólo* a la condena?

Si se contesta afirmativamente, esto es, si se anuda el principio de audiencia sólo a la condena, entonces no se deriva de este principio ninguna exigencia en materia de medidas cautelares y habría de observarse la intervención del sujeto pasivo desde la óptica, distinta, del derecho de defensa⁸⁷¹.

⁸⁷⁰ DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal, ob.cit*; p. 53.

⁸⁷¹ En mi opinión, la distinción conceptual entre principio de audiencia, derecho de defensa e indefensión depende, en gran medida, de la “resolución gravosa” respecto a la que se valore la posibilidad de intervención. Siguiendo a DE LA OLIVA, distingue ORMAZABAL SÁNCHEZ (y se le trascribe por la claridad del resumen que este último autor ofrece) aquellos tres conceptos: “En concreto, habría indefensión o lesión del derecho de defensa siempre y cuando alguien viera perjudicadas sus oportunidades de alegación y prueba. El principio que ahora nos ocupa (audiencia o contradicción), sin embargo, sólo resultaría vulnerado cuando aquellas oportunidades se negasen o ignorasen de forma absoluta, total. Si existe alguna posibilidad de influir en el sentido de la resolución judicial que ha de dictarse ya quedaría satisfecho el principio de audiencia o contradicción, lo que no excluye que se haya producido indefensión”. Pero también advierte que lo que se acaba de exponer “no es sino un intento de introducir una cierta racionalidad o sistema en el tratamiento científico del Derecho procesal, pero no significa que el legislador y la jurisprudencia sigan esta distinción, ni ninguna otra en particular.”, en

Por el contrario, si se extiende la obligación de posibilitar alegación y prueba para todos aquellos actos judiciales que supongan la aflicción de un mal, el principio de audiencia deviene exigible no sólo como requisito de la condena sino también de otros prejuicios o gravámenes. En tal caso, aquel principio habría de obligar a escuchar al sujeto pasivo sobre el que, en su caso, va a recaer la privación de derechos objeto de la medida cautelar penal.

En mi opinión (concordante con la generalmente manifestada por la doctrina, científica y jurisprudencial, en esta materia), ha de defenderse la segunda de las posiciones presentadas: admitiendo la idea que el principio de audiencia “trata de impedir que una resolución judicial pueda infligir un mal (condena, perjuicio o gravamen de otro tipo) a un sujeto jurídico que no haya tenido, dentro del proceso de que se trate, la oportunidad de decir y hacer en su defensa aquello que sea razonable y oportuno”⁸⁷²; la audiencia, como garantía defensiva frente al ejercicio del poder estatal, habría de exigirse también para la imposición de medidas cautelares penales⁸⁷³.

2) Del anterior apartado ha de precisarse una cuestión: *¿cualquier* perjuicio o gravamen que, para el sujeto pasivo del proceso, se produzca en el proceso penal, ha de poder encontrar cobijo en las exigencias del principio de audiencia? Y, las medidas cautelares ¿han de incluirse dichos prejuicios o gravámenes? Ha de observarse que pocas actuaciones en el proceso penal implican una injerencia del Estado en los derechos individuales y las medidas cautelares son, sin duda, una de aquellas⁸⁷⁴.

Introducción al derecho procesal, ob.cit; p. 127. La formulación de DE LA OLIVA, puede leerse en la obra de este autor: *Derecho Procesal. Introducción, ob.cit;* pp. 53 y 54.

⁸⁷² DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Penal, ob.cit;* p. 52.

⁸⁷³ Con esto, se reconoce, se dota de cierta autonomía, que no independencia, al género cautelar penal: el objeto del juicio cautelar es distinto al principal del objeto penal y los presupuestos de la medida cautelar, distintos a los de la pena. La vinculación a dicho proceso principal es, no obstante, incuestionable: la exigencia de *FBI* o de una consideración general para poder recurrir, en su caso, al género cautelar, constituye el lazo de unión de la tutela cautelar penal con el proceso a cuya protección se encuentra preordenada. Qué duda cabe que, al afirmar que se contraviene el principio de audiencia con la negación absoluta de posibilidad de alegación y prueba durante el “proceso cautelar”, se le dota de cierta autonomía. El debate sobre la “autonomía” del procedimiento cautelar penal habría, no obstante, de enmarcarse en términos distintos al que se ha asociado en la teoría civil: no pienso que el debate sobre la autonomía del procedimiento cautelar haya de centrarse en el alcance de esa tutela (defensa del proceso o del derecho sustantivo) sino en la existencia de un mínima ordenación de los actos y principios que rigen la eventual imposición de una medida cautelar penal.

⁸⁷⁴ Quizás la exigencia básica del principio de audiencia podría vincularse a las distintas consideraciones, generales y especiales, que expresamente (desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado expuesta en este trabajo) se dictan en el proceso penal.

La cuestión probablemente deba relacionarse con el alcance de las posibilidades de alegación y prueba que haya de prever la Ley y ofrecer el Juez⁸⁷⁵. Con esto, el análisis se centra en la continuación de la frase que, transcrita al inicio del epígrafe, nos sirve de guía: “...sin que haya tenido una verdadera *posibilidad...*”. Ciertamente, dicha posibilidad, en la realidad, viene marcada por los *límites legales*. ¿Pero hasta dónde ha de extender la Ley el ámbito de aplicación de este principio? Con esto volveríamos a lo tratado en momentos anteriores respecto a los límites al legislador en la restricción de derechos y, en última instancia, a lo valorativo de las decisiones en última instancia políticas⁸⁷⁶: En el plano normativo, se considera respetado el principio de audiencia si las limitaciones (o definición de posibilidades en negativo) de actuación previstas por la norma son, además de *legales, justas*, siendo necesario, para afirmar este último calificativo “comparar la onerosidad (real o potencial) de la resolución gravosa con las oportunidades (o la ausencia de oportunidades) de defensa por parte del sujeto jurídico real o potencialmente perjudicado”. En otras palabras, el principio de audiencia es violado “cuando la parte sólo dispone de posibilidades de actuación que, por su naturaleza, por su contenido, por el momento procesal, etc., son de eficacia desproporcionadamente inferior a la importancia del contenido de la resolución y al gravamen que ésta acarree”⁸⁷⁷. Quizás por esto nuestro legislador haya limitado la necesidad de practicar una audiencia a la imposición de la prisión provisional o de la libertad provisional sujeta a fianza, siempre que dicha imposición suponga una agravación de la situación personal en que se encuentra el sujeto pasivo. Al respecto habría de volver a cuestionar, como hice en el análisis de la exclusión de oficialidad para acordar estas medidas: ¿acaso la comparecencia periódica no implica una agravación en la situación personal de quien no está sujeto a ninguna medida cautelar? Podría objetarse, a mi interpelación, que los efectos del juicio de proporcionalidad permitirían excluir la audiencia en una medida “tan poco gravosa”. Además de lo dudoso y relativo de la valoración que se acaba de entrecomillar, los motivos por los

⁸⁷⁵ Habríamos de encontrar aquí una diferencia entre el principio de audiencia y el derecho de defensa: si bien por el segundo el Juez puede obligar al imputado a servirse de asistencia letrada; el primero se garantiza sólo con el ofrecimiento a la parte de la práctica de actos de alegación y prueba, no pudiendo obligar el Juez a que se haga uso de los mismos.

⁸⁷⁶ *Vid. supra*, en este mismo capítulo, § I.2.B.b.

⁸⁷⁷ Las dos últimas citas son de DE LA OLIVA SANTOS, *ob.cit*; *loc.cit*.

que he de descartar la validez de esa diferencia de trato apriorística serán expuestos *infra*, en el punto que sigue.

3) Centrémonos en una de las ideas expuestas *supra* según la que “la *proporcionalidad* de las posibilidades (legales y reales) de actuación del sujeto pasivo depende, en parte, de lo gravosa que sea la resolución a cuyo dictado se incardina la audiencia”. Dicha aserción topa con una objeción teórica: si nos tomamos en serio la verificación del fundamento cautelar en el caso concreto, sucede que *a priori* no sabemos cuán gravosa va a ser la medida que se imponga, si se impone. De existir sólo una medida cautelar penal, la valoración del respeto al principio de audiencia, en los términos señalados sería más sencilla ya que la aplicación de la regla de proporcionalidad se vería normalmente reducida a la proporcionalidad *strictu sensu* (por lo que, de ser la única medida cautelar la prisión provisional, sólo los procesos “más graves” podrían ser objeto de legítima protección). Pero, y pese a la denunciada ausencia de alternativas suficientes a la prisión provisional, ésta no es la única medida cautelar penal en nuestro ordenamiento, por lo que (1) la imposición de cualquiera de ellas ha de ir necesariamente precedida de los juicios de *idoneidad* y *necesidad* (o alternativa menos gravosa) y (2) el resultado de esos juicios se encuentra condicionado por la calidad y cantidad del *riesgo* que las *justifica*. En consecuencia, ¿cómo podemos afirmar lo gravosa que será la resolución a cuyo dictado se destina la audiencia, antes de que dicha resolución sea dictada? Reconozco que el obstáculo lógico aducido encuentra en la práctica un elemento para superarlo: el *razonamiento práctico* con que, normalmente, actúan los jueces y que les permite aproximarse, *a priori*, y por efecto de la *experiencia* y *conocimiento* calificables con el mismo adjetivo, al contenido del acto que está por venir. Pero dicha circunstancia sólo justifica, en mi opinión, la posibilidad de *diferir* en determinados casos la audiencia al sujeto pasivo, no la de *excluir*la legalmente para algún tipo de medidas cautelares.

4) Con lo anterior, hemos de preguntarnos acerca de la posibilidad de diferir la audiencia, asociada a una resolución, a momentos posteriores al dictado de esa resolución. Podemos referirnos, para identificar esta situación, a la “modalización del principio de audiencia”⁸⁷⁸.

⁸⁷⁸ ORMAZABAL SÁNCHEZ, G; *Introducción al derecho procesal, ob.cit*; p. 128.

Si la posibilidad de audiencia a las “partes” se prevé legalmente para favorecer la exposición y debate de los elementos que racionalmente justifican el recurso al género cautelar, parece claro que cuando se acuerda una medida de este género sin audiencia previa, en dicha decisión no habrán influido los particulares argumentos de sujetos distintos al juez. Lo que justifica la adopción *inaudita parte* de una medida cautelar penal es sólo el temor a que, de esperar a la práctica de dicha audiencia, la medida que intuitivamente se cree ha de adoptarse, devenga disfuncional. Así, la posibilidad de diferir audiencia depende básicamente de dos parámetros: el *momento* de la decisión y la *funcionalidad* de la medida⁸⁷⁹.

Para desarrollar esta última aserción deviene necesario determinar el momento en que debe procurarse dicha audiencia. Lógicamente, cuando las medidas cautelares vayan a acordarse, lo que permite reconducir la explicación a un momento posterior de este trabajo: en aquél se dirá, aunque ya se ha apuntado en otras sedes, que la imputación constituye el punto de partida para el análisis del recurso a la tutela cautelar penal⁸⁸⁰. Así que probablemente el momento más idóneo para analizar el recurso al género cautelar sea el de la imputación. Dicha imputación habría de producirse, en su caso, a partir de una situación de detención (antes de que transcurra el plazo máximo de duración de la misma) o mediante la comparecencia ante el órgano judicial prevista en el art. 775 LECrim. En ambos supuestos se da la circunstancia de que el sujeto pasivo del proceso se encuentra *físicamente presente* ante un órgano público. Dicha presencia constituye un motivo de peso para que el análisis de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales se acometa en ese mismo momento⁸⁸¹. Pero para justificar esto habrá de atenderse al otro dato que informa la posibilidad de audiencia diferida: la funcionalidad de la medida cautelar.

⁸⁷⁹ La relación entre fin y función no será reiterada aquí, puesto que constituye una constante en este trabajo. Han de añadirse, no obstante, otros extremos a esta relación: el principio de proporcionalidad (en la que se ha visto tiene especial incidencia el fin) y el razonamiento práctico con que, se precisará, actúan los jueces y constituye el elemento que les *impulsa* a sus actuaciones.

⁸⁸⁰ Para deducir lo afirmado en el texto principal a partir de la determinación del *FBI*, *vid. supra*, capítulo IV § II.1 y .3. Para hacerlo desde la perspectiva específica del momento de adopción de las medidas cautelares penales, *vid. infra*, capítulo VII § II.1.

⁸⁸¹ Se conoce que, a diferencia de la imputación en el procedimiento abreviado, la que se dicta en el ordinario es un acto escrito. Esto plantea algún problema a la extensión de lo propuesto en el texto principal a este tipo de procesos. Por ello parece recomendable que el auto de procesamiento (si no se ha dictado c audiencia previa o coetánea al mismo), sea comunicado de forma personal, mediante una citación del sujeto, aprovechándose esta comparecencia para alegar y probar todo aquello relativo a las medidas cautelares.

De acuerdo con la tesis propuesta, la *funcionalidad* de la medida cautelar penal ha de observarse respecto al objeto específico que pretende protegerse: el sujeto pasivo (cuya presencia ha de asegurarse), los medios que pretendan determinar el hecho y el sujeto (cuya destrucción, ocultación o manipulación ha de evitarse), o aquello que haya de ser objeto de la pena (el dinero, para la ejecución de una eventual pena de multa; los instrumentos y efectos del delito, para la consecuencia accesoria de comiso).

Las necesidades de *audiencia diferida* se reducen respecto a las que en el proceso civil se alegan: en aquél ámbito la mayoría de audiencias diferidas se justifican por la efectividad del derecho sustantivo⁸⁸². En cambio, parece que en el proceso penal la posibilidad de diferir la audiencia se reduce a los siguientes casos, que tienen dos premisas comunes:

a) Las dos condiciones para diferir audiencia son: (1) que la audiencia no pueda celebrarse momento legalmente previsto⁸⁸³, (2) el juez observe, por efecto del conocimiento práctico, la necesidad de adoptar alguna medida de aseguramiento del proceso y (3) lógicamente, que se estime necesario acordar inmediatamente la medida, en aras a procurar su mayor funcionalidad. A partir de aquí, y como concreción de esta tercera condición:

b) Si la medida cautelar que se intuye ha de acordarse es de carácter personal, podrá diferirse la audiencia si (1) se dispone físicamente del sujeto pasivo del proceso⁸⁸⁴

⁸⁸² Vid. arts. 733 y 739 a 742 LEC.

⁸⁸³ Los motivos por los que no pueda celebrarse también son dignos de mención: parece que difícilmente constituirá uno de ellos la ausencia del sujeto pasivo, puesto que normalmente se encuentra a disposición del tribunal. Pero, ¿constituyen motivos para la no celebración de la audiencia la ausencia del abogado defensor, del Ministerio Fiscal, del querellante o aquél que se haya constituido en parte activa del proceso? Parece que, si el Juez ha de garantizar el derecho de defensa, la ausencia de abogado defensor constituye un motivo de peso para no celebrar la audiencia, situación que habría de valorarse particularmente en función de si ya se ha solicitado asistencia letrada de oficio, si el sujeto ya dispone de la misma por encontrarse en situación de detención, el plazo de que dispone el abogado del turno de oficio para presentarse en el Juzgado y, en definitiva, cuál sea el propio sistema en que se articula la asistencia letrada de oficio en nuestro Estado. Obviamente, la presencia de la acusación (pública o particular) deviene un requisito especialmente ineludible si se requiere instancia de parte para la adopción de medidas cautelares penales. Abogando por la oficialidad en la adopción de estas medidas, habría de centrarse el análisis de los efectos de su ausencia en las repercusiones del principio de audiencia sobre la actuación de la posición activa en el proceso penal: en mi opinión, habiéndosele advertido de la celebración de la audiencia, el rechazo de la posibilidad de actuar no habría de ser óbice para entender respetado el principio de contradicción. El derecho de defensa no impediría, en estos casos, la celebración de la audiencia, ya que aquel derecho es predicable sólo del sujeto pasivo. También podría constituir un supuesto justificante del aplazamiento de la ausencia, la falta de competencia funcional (valorada a partir de la objetiva) del juez ante el que se encuentra presente el sujeto detenido o imputado: dicha situación puede salvarse bien mediante el mecanismo de la audiencia diferida, bien creando una norma que asigne competencia funcional al juez de instrucción ante el que se presente al detenido.

y, además, (2) esa medida consiste en aplicar un grado de sujeción inmediato del imputado⁸⁸⁵. En cambio,

c) Si la medida cautelar que intuye ha de acordarse es de naturaleza real, la presencia del sujeto pasivo deja de ser una condición necesaria para acordar la medida *inaudita parte*, justificándose esta modulación del principio de audiencia sólo por el fin de asegurar la mayor funcionalidad de la medida.

En cualquier caso, la audiencia diferida habría de celebrarse tan pronto como el motivo que justificó su no celebración haya sido perfeccionado. Dada la naturaleza de aquellos posibles motivos⁸⁸⁶, la demora no habría de alargarse más de una jornada diaria, jugando en dicha posibilidad de celebración un papel relevante tanto la profesionalidad como la responsabilidad de los sujetos que intervienen en dicha audiencia y cuya ausencia motiva su no celebración con carácter previo a la adopción de la medida.

5) Queda todavía una última cuestión sobre la que incidir: la *forma*, oral o escrita, en que se satisfaga el principio de audiencia o contradicción. Quizás hasta el momento se haya tenido la sensación que en este trabajo se defiende la celebración de un acto oral para la resolución de la cuestión cautelar. Si se ha tenido esa percepción (probablemente por el continuo uso del término “audiencia”, que alude al acto de oír) es correcta. Pienso que el planteamiento de los argumentos, la presentación de las circunstancias a las que he dado en llamar «indicios cautelares», el intercambio de opiniones en cuanto a las necesidades de defensa del proceso, ha de realizarse en un acto oral, por los siguientes motivos básicos: el primero, porque fomenta la (tan deseada) rapidez en la resolución de la cuestión cautelar (obviamente, si no se da

⁸⁸⁴ Precisamente, por la actual disponibilidad del sujeto y el temor fundado a que dicha disponibilidad no pueda tenerse en momentos futuros, se justifica la adopción de la medida sin contradicción previa.

⁸⁸⁵ Y en este sentido se estima acertada la posibilidad legal, en la LECrim hoy vigente, de acordar con audiencia diferida prisión provisional o libertad provisional sujeta a fianza. La inmediatez de la sujeción lo justifica. En cambio, la utilidad de acordar una comparecencia periódica mediante este mecanismo sólo podría afirmarse, en mi opinión, si dicha obligación de comparecer se fija de forma horaria, no diaria: por ejemplo, si se acuerda a las 9 de la mañana, estableciendo el cumplimiento de dicha obligación a las dos del mediodía y a las nueve de la noche (o cualquier otra franja horaria que permitiera cohonestar el necesario control de sujeción del imputado y sus obligaciones, como mínimo laborales). Por el contrario, si el mecanismo de control que supone la comparecencia periódica no se verificará hasta pasados unos días, ¿qué justificación tiene acordarla de forma urgente? Imponer, mediante el mecanismo de la audiencia diferida, una comparecencia periódica diaria o superior sólo llevaría, en mi opinión, a una mayor relajación en la celebración posterior de la audiencia, inicialmente omitida.

⁸⁸⁶ *Vid. supra* nota 883.

audiencia, dicha resolución es todavía más rápida, pero si se da, la oral permite mayor celeridad que la escrita). El segundo, porque posibilita el debate de fondo y la mejor observación de la exigencia de necesidad o alternativa menos gravosa, lo cual depende en parte de la concreta realidad del sujeto pasivo. El tercero, porque la *inmediación* (aunque también se dé en el plano documental) permite una mejor *valoración* de los indicios por parte del juez. No puede aducirse, como argumento válido para negar la oralidad como mejor opción para la resolución cautelar, el carácter eminentemente escrito de la fase de investigación, porque: (1) la instrucción no es totalmente escrita, sino mayoritariamente escrita; (2) las medidas cautelares pueden acordarse o revisarse en cualquier momento del proceso, no sólo en aquella primera fase y (3) en el acto oral propuesto se llevarían a cabo las alegaciones para resolver la cuestión cautelar, del mismo modo que en la vista oral se practican las actuaciones cuya valoración permitirá resolver la cuestión penal. La correspondencia entre uno y otro actos orales, aunque con un objeto distinto de resolución, pienso, no requiere mayor explicación.

En estas últimas páginas me centrado en el acto formal en que habría de resolverse la cuestión cautelar. Pero ¿cuál es el contenido relevante de lo que en ese acto oral se practique? ¿Qué habrá de discutirse en él? ¿Qué elementos interesará poner de relieve a los sujetos que en el mismo intervienen? Y ¿qué juicio se realiza, en definitiva, para resolver la cuestión cautelar? Habremos de pasar al capítulo siguiente para observar las respuestas que propongo para estas preguntas. Respuestas que no hacen más que detallar, desde una perspectiva eminentemente metódico-práctica, lo dicho a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO SÉPTIMO

CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO: MÉTODO Y MOMENTOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES. VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS.

CAPÍTULO SÉPTIMO.- CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO: MÉTODO Y MOMENTOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES. VIGENCIA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ACORDADAS.

Hasta el momento se ha planteado y desarrollado la tesis según la que *las medidas cautelares penales son un instrumento de protección del proceso frente a eventuales conductas del imputado dirigidas a la frustración de aquél*. Con esto, (1) se ha defendido un fundamento estrictamente procesal de la tutela cautelar penal, (2) se han definido la función y fines de las medidas de este género, (3) se ha concretado aquel fundamento en nuestro ordenamiento jurídico-penal y (4) se han formulado teóricamente los presupuestos y exigencias de adopción de las medidas cautelares penales. Medidas, fundamento, función, fines y presupuestos. Hasta aquí, por cierto, el contenido mínimo que el legislador ha de prever⁸⁸⁷.

Pero, obviamente, el instrumento no actúa por sí sólo. Además, la previsión legislativa de las medidas cautelares no tiene ese efecto preventivo-psicológico sobre la voluntad y conducta del sujeto, sino que esa conducta intenta evitarse mediante la *imposición* de la propia medida cautelar⁸⁸⁸. En otras palabras, el efecto disuasorio de una medida cautelar no radica en su previsión normativa sino en su aplicación. Es más, la función de la medida cautelar no es *disuadir* sino *impedir* la realización de la conducta que se estima pernicioso para la válida realización del proceso: la medida cautelar ni actúa convenciendo de las razones para actuar ni se dirige a modificar la intención o propósito del sujeto pasivo. Impide, mediante una injerencia real en alguna de las libertades individuales, la realización de una determinada conducta. Con esto quiere señalarse que en la *eficacia* de las medidas cautelares penales juega un papel trascendental, no sólo la previsión legislativa de cada uno de los extremos que justifican la tutela de este género, sino su *aplicación* en el caso concreto. Y proceder a su aplicación es cuestión que

⁸⁸⁷ Sobre el contenido mínimo de la ley que regule la tutela cautelar penal, *vid. supra*, capítulo V § I.2.C.b.

⁸⁸⁸ Ese efecto de coacción psíquica que se predica de la ley penal podría intentarse, respecto a la previsión legislativa de la tutela cautelar, con la propuesta de régimen situacional presentada en el capítulo anterior: la amenaza, certera, de la privación provisional de libertad ante la realización de un acto de frustración del proceso, puede ayudar a que el sujeto no intente incumplir una medida cautelar menos gravosa, cuando ésta ha sido impuesta. En realidad, con esto se trata de influir en la disposición anímica del sujeto pasivo, aumentando los perjuicios asociados a la materialización del riesgo de frustración procesal.

compete al órgano jurisdiccional (aunque abogados y Fiscales tienen, como no, su cuota de responsabilidad en el buen funcionamiento de la función jurisdiccional).

Dada la relevancia de lo que se acaba de señalar, no ha querido terminarse este trabajo sin antes acometer unas *cuestiones de procedimiento*, unas cuestiones, pues, relativas a cómo y cuándo proceder a la imposición y mantenimiento de esa injerencia estatal en las libertades del hombre, que son las medidas cautelares⁸⁸⁹.

Finalmente quiere advertirse que nada se añade, en este último capítulo, a las formulaciones teóricas acometidas en las páginas que lo preceden: el método sólo ofrece pautas ordenadas para la verificación del fundamento en el caso concreto, para la aplicación de los presupuestos, pero no los modifica. Señala *cómo* proceder, en definitiva⁸⁹⁰. Las cuestiones relativas al momento, vigencia y duración, al *cuándo*, son conclusiones también derivadas del mismo fundamento⁸⁹¹. Extremos, todos ellos, que pueden ser omitidos en la previsión legislativa de la tutela cautelar penal (pues con la vigencia del fundamento basta para inferirlos), pero que no pueden ser desconocidos por el Juez encargado de dispensar tal tutela, ni por el letrado que ha de defender en el proceso los derechos e intereses del imputado, ni por el Ministerio Fiscal, en su función de garante de la legalidad.

I. Método de adopción de las medidas cautelares penales.

Se acaba de señalar: el método propuesto no es más que una suerte de procedimiento para intentar verificar el fundamento de la tutela cautelar en el caso concreto y aplicar las exigencias que la proporcionalidad vierte en la decisión final acerca de la adopción de una concreta medida cautelar penal. Al efecto, se ha intentado que el análisis en que consiste este método distinga entre *procedencia* y *necesidad* de adopción de una medida cautelar. Dado que los términos señalados en cursiva son utilizados en un sentido

⁸⁸⁹ Como en otras ocasiones, la atención al significado de las palabras empleadas, permite, sino obtener una idea más clara, al menos completar lo que se pretende con su uso: *Procedimiento* es, en su primera acepción, “la acción de proceder” y, en la segunda, el “método de ejecutar algunas cosas”. Al verbo *proceder*, por su parte, se le asignan significados relacionados tanto con la conformidad de un acto a la razón que lo justifica como con el inicio y continuación de la ejecución de ese algo procedente. *Procedente*, en consecuencia, es aquello arreglado a la razón o al fin que se persigue. VOCES: “Procedimiento”, “Proceder” y “Procedente”, extraídas del *Diccionario de la Lengua ...; ob.cit;* p. 1837.

⁸⁹⁰ El ejercicio que se acaba de describir, *infra*, en este mismo capítulo, § I.

⁸⁹¹ Sobre las mismas, *vid. infra*, en este mismo capítulo, § II.

específico, quiere hacerse una breve referencia al respecto (que será ampliada en los epígrafes que siguen): *procede* (o podría decirse que “conviene”) el recurso a la tutela cautelar cuando puede afirmarse la concurrencia de los *presupuestos materiales*. Esto es, cuando el fundamento cautelar, el que justifica las medidas de este género, se observa en la caso concreto. Pero además las medidas cautelares, por un lado, están preordenadas a un *fin* que se comparte con otros instrumentos procesales y, por otro, son plurales (no hay una sola medida cautelar). Ambas circunstancias obligan a que, en aplicación de la regla de proporcionalidad, se analice ya no la procedencia sino la *necesidad* de recurrir a tal forma de injerencia estatal: se determina, pues, la necesidad de recurrir a una concreta tutela cautelar.

Así, el método propuesto distingue entre la *procedencia*, o el *poder recurrir* a la tutela cautelar y la *necesidad*, o el *deber imponer* una medida de este género. Lo primero, premisa para el análisis de lo segundo. Este es un mecanismo que podría asimilarse, salvando una gran diferencia, a la incoación del proceso mediante, por ejemplo, la admisión de la denuncia: si el hecho denunciado no es imposible ni puede negarse de entrada su carácter delictivo, *procede* la incoación del proceso. Pero, en virtud del *principio de necesidad*, *si procede es necesario*, por lo que ha de incoarse. Y esto porque, hoy por hoy, la realización del derecho penal es necesaria y no hay alternativa al proceso para esa realización. En cambio, en materia cautelar, la procedencia puede no ir seguida de la necesidad si existe una alternativa menos gravosa con que intentar el mismo fin o si, aún aplicando el medio menos gravoso, todavía éste es excesivo para el fin perseguido.

Advertida la diferencia entre “procedencia” y “necesidad”, quieren presentarse las pautas de ordenación del método propuesto para resolver la cuestión cautelar. Los pasos que se sugieren son los siguientes:

1º.- Tomar el acto de *imputación* como punto de partida para el análisis de la necesidad de defensa del proceso.

2º.- Celebración, en su caso, de la *audiencia* para resolver la cuestión relativa a la defensa del proceso⁸⁹². Contenido de la misma: alegaciones, solicitud y práctica de

⁸⁹² La audiencia se celebrará siempre y cuando el Juez no opte por diferirla. Tal decisión puede venir propiciada por el análisis al inicio de la audiencia (celebrada de oficio), (1) de la competencia funcional del órgano, (2) de la presencia del sujeto y su abogado y (3) de la presencia del Ministerio Fiscal. Es interesante que con carácter previo a la misma el Juez tenga conocimiento de los extremos del proceso y

diligencias encaminadas al examen y comprobación de la concurrencia de los presupuestos materiales y de la aplicación de la regla de proporcionalidad.

3º. Examen de los presupuestos materiales (I): análisis del (o los) *riesgo(s) de frustración procesal*.

4º. Examen de los presupuestos materiales (II): análisis de la *disposición material* del sujeto pasivo del proceso para materializar el riesgo de frustración procesal advertido en el ejercicio precedente.

5º. Examen de los presupuestos materiales (III): análisis de la *disposición anímica* del sujeto a utilizar la disposición material advertida en el ejercicio precedente.

6º. Cambio de paradigma: deducción del fin a partir de lo advertido en el examen de los presupuestos materiales.

7º. Observación de la regla de proporcionalidad (I): confección de un listado de medidas (cautelares o no) penales *idóneas* para el fin perseguido.

8º. Observación de la regla de proporcionalidad (II): ordenación de las medidas idóneas incluidas en la lista confeccionada en el ejercicio precedente y elección de la medida suficiente para el fin perseguido.

9º. Observación de la regla de proporcionalidad (III): ponderación entre el medio de protección elegido en el ejercicio precedente y el objeto que ha de proteger ese medio.

10º. Comprobación de la concurrencia de otros requisitos específicos de la medida sometida al juicio precedente.

Obviamente, el método propuesto no es más que un intento de racionalizar teóricamente el análisis del recurso a la tutela cautelar penal⁸⁹³. Pero que un Juez siga o no este método, invierta o no su orden, es irrelevante a efectos de la validez de la resolución que se dicte. El órgano jurisdiccional puede integrar de la forma que quiera el análisis de los requisitos materiales y formales de las medidas cautelares penales: lo realmente importante es que todos estos presupuestos se respeten en la decisión final relativa a la tutela cautelar.

haya hecho un acopio inicial de los datos de que dispone para resolver la cuestión de defensa del proceso. Esto facilitará la dirección de la audiencia.

⁸⁹³ El carácter teórico de la racionalización aducida se percibe en el propio orden de análisis: se propone comenzar por la verificación del fundamento en el caso concreto, del motivo. La estructura del razonamiento práctico no partiría del motivo sino del fin. Pero, en cualquier caso, habríamos de llegar a los mismos resultados.

1. Procedencia del recurso a la tutela cautelar penal: la verificación del fundamento en el caso concreto.

Al inicio del capítulo cuarto se explicó por qué ha de apreciarse la concurrencia de presupuestos materiales para adoptar una medida cautelar. En breve síntesis, se expuso que si el género cautelar se explica, en abstracto, por lo que el fundamento manifiesta, entonces el recurso a las medidas cautelares, en el caso concreto, ha de estar sujeto a la vigencia del fundamento en ese caso concreto. Y que la comprobación del fundamento se hace a través del análisis de los presupuestos materiales⁸⁹⁴. En la aproximación a la realización forense de dicho análisis quiere observarse, en primer lugar, el orden en que se examinarán los presupuestos; en segundo término, quiere acometerse la determinación del sujeto sobre el que recaerá el «juicio cautelar». Acto seguido, se identificarán los elementos en que se basa aquel «juicio» y las fases de que se compone, así como los tipos de razonamiento que permiten abordar cada uno de los dos elementos (objetivo y subjetivo) del fundamento. Todo lo que acabo de describir constituye el contenido de las páginas que siguen.

A) El orden de análisis de los presupuestos materiales.

Si para la determinación teórica de los presupuestos se abordó primero el *PIM* y después el *FBI*, para su apreciación en la práctica ha de invertirse el orden de análisis: primero habrá de verificarse el *FBI* y después el *PIM*. Los motivos para el orden escogido en el plano estrictamente teórico ya fueron aducidos en el momento oportuno⁸⁹⁵. Convendría ahora explicar que la inversión del orden con que se verifican en la práctica los requisitos de procedencia del recurso a la tutela cautelar penal, responde a la escala de presuposiciones con que puede construirse el fundamento: (1) lo primero que éste presupone es la existencia de un proceso (el objeto genérico de la protección cautelar) y de un sujeto pasivo del mismo (respecto al que valorar la peligrosidad procesal). Con este contenido se identifica el presupuesto tradicionalmente denominado *FBI* (o imputación, en la tesis que propongo). (2) Lo segundo, que ese proceso, por su configuración, es susceptible de necesitar protección (observaremos, con esto, el *riesgo de frustración procesal* en el caso concreto, lo que nos indicará el *objeto específico* de la

⁸⁹⁴ Más detalladamente, *supra*, en capítulo IV § I.

⁸⁹⁵ *Vid. supra*, capítulo IV § I.2.A.

protección a dispensar, en su caso, con la tutela cautelar). (3) Lo tercero, que la materialización del riesgo que justifica la protección puede provenir del sujeto pasivo del proceso (fijaremos la atención, en este estadio, en la *peligrosidad procesal* de aquel sujeto). Con los dos últimos ejercicios, el análisis aborda la concurrencia del presupuesto tradicionalmente llamado *PIM*⁸⁹⁶.

Se habrá advertido que en el párrafo precedente se mezclan los nombres con que usualmente se identifican los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales y los que en este trabajo se han defendido como elementos integrantes del fundamento cautelar penal. Habrá de recordarse, para una lectura autónoma de este quinto capítulo, que el requisito llamado *FBI* se asimila en esta tesis a la exigencia de *imputación*, mientras que aquél denominado *PIM* se divide aquí en dos, el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo*⁸⁹⁷. Identificados dichos conceptos, la exposición que sigue empleará mayoritariamente la denominación propuesta en esta tesis.

El orden de análisis de los presupuestos puede también explicarse desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, la distinción entre “consideraciones generales” y “especiales” y los correlativos “tratamientos” que éstas permiten: sólo habiéndose dictado una “consideración general” respecto del sujeto pasivo (la *imputación*, en esta tesis) podrá observarse, en su caso, la “consideración especial” (la *peligrosidad procesal*) que permite el “tratamiento”, también especial, identificado con la *imposición de una medida cautelar*⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ De hecho el fundamento de la tutela cautelar se compone de distintos elementos cuyo contenido y estructura es asimilable, recurriendo a un ejemplo gráfico, a aquellas muñecas rusas llamadas «*matrioshkas*»: la más pequeña es la *imputación*, que identifica la existencia de *proceso* y de *sujeto pasivo*; la mediana el *riesgo de frustración procesal*, que se construye a partir de la posibilidad abstracta que el *proceso* sea frustrado por el *sujeto pasivo*. La más grande es la *peligrosidad procesal*, expresiva de la disposición material y anímica a la materialización del riesgo de frustración procesal. Se observa, entonces, que el “concepto mayor” integra los menores o inferiores, puesto que se identifica en función de aquellos.

⁸⁹⁷ Sobre el nombre con que se identifican los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales, *vid. supra*, Capítulo IV § I.4

⁸⁹⁸ Lógicamente, para afirmar en el caso concreto la *peligrosidad procesal* del sujeto habrá de advertirse un *riesgo de frustración procesal*, en tanto aquélla se define en relación a éste.

En síntesis, para valorar el recurso a la tutela cautelar penal habremos de verificar, por este orden, que:

1) Existe un sujeto *imputado*. Este es el primer e ineludible requisito para imponer una medida cautelar a ese sujeto⁸⁹⁹.

2) Existe un *riesgo de frustración procesal*. Para esto, habrá de observarse el tipo de proceso en que nos encontramos (ordinario, abreviado, faltas, rápido⁹⁰⁰) y, a partir de las normas que lo regulan, qué elementos sustantivos se exigen, y en que extensión, para la válida resolución del proceso penal. Pese a que el principal parámetro de apreciación de este presupuesto son las normas que regulan el proceso, este ejercicio (como la apreciación de los demás presupuestos materiales) se acomete y afirma de forma *puntual*, por lo que habrá de atenderse, para valorar la posibilidad de frustración, al momento procesal en que nos encontramos⁹⁰¹. Además, para saber si existe riesgo de indeterminación del hecho o del sujeto, habrá de atenderse a la concreta realidad que enjuicia el proceso y a la introducción de hechos en el mismo.

3) El sujeto pasivo del proceso es *peligroso procesalmente*. De acuerdo con la tesis propuesta, habrá de observarse la *potencialidad* del sujeto pasivo para materializar el *riesgo de frustración procesal* advertido como presupuesto anterior. Dicha potencialidad integra la *disposición material* (identificada con la capacidad de acceso y alteración al objeto específico de la protección cautelar) y la *disposición anímica* (actitud favorable a la materialización del riesgo). Puede observarse que el contenido de la *peligrosidad procesal potencial* se determina en relación al *riesgo de frustración procesal*, lo que justifica sobradamente la necesidad de apreciar aquél previamente: además, ha de advertirse que el análisis de la peligrosidad procesal es el más difícil de todos los requisitos materiales de las medidas cautelares penales, no sólo por consistir su apreciación en un razonamiento inductivo, sino por integrar aquel concepto los

⁸⁹⁹ Sobre si la imputación ha de ser previa, o puede ser coetánea, a la adopción de una medida cautelar, *vid. infra*, en este mismo capítulo § II.3

⁹⁰⁰ Dado el carácter general de la sistematización propuesta en esta tesis, se han obviado aquellos procesos comúnmente denominados especiales (por ejemplo, el proceso penal de menores, el proceso ante el Tribunal del Jurado, el procedimiento de extradición, etc.). Las variaciones que en esta teoría general deban introducirse por razón del tipo de proceso pasan por observar (1) qué exige el proceso para su válida realización, (2) si dichas exigencias pueden ser frustradas por el sujeto pasivo del mismo y (3) si, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, si rige en el proceso algún principio específico que deba hacer matizar el tratamiento dispensado al sujeto pasivo,

⁹⁰¹ Ya se dijo, en el capítulo precedente, que “el tiempo de duración del proceso es la *ocasión* para materializar un riesgo de frustración procesal”.

demás presupuestos materiales de las medidas cautelares penales. De manera que la división conceptual asegura, por lo menos, el análisis individualizado de cada uno de dichos presupuestos. Pero una consideración más ilustra la utilidad de analizar, previamente a la peligrosidad procesal, el riesgo de frustración procesal: observándolo primero, limitamos el juicio de peligrosidad que ha de realizar el juez, de manera que éste no habrá de valorar la peligrosidad para materializar todos y cada uno de los riesgos de frustración procesal advertidos en el capítulo III, sino sólo aquél o aquéllos que hayan sido apreciados en el caso concreto⁹⁰².

Para el análisis de la peligrosidad procesal habrán de tenerse en cuenta aquellos elementos, circunstancias o conductas objetivos (en tanto existentes en la realidad y constatables) que relacionen de algún modo al sujeto con el objeto específico de la protección cautelar (y ahí otro motivo “económico” para potenciar el análisis previo del riesgo de frustración procesal), o que sean indicativos de una determinada posición personal a la materialización del riesgo.

Advertido el orden con que han de analizarse los presupuestos, y mostrados de modo muy genérico el contenido que permite afirmarlos, la exposición que sigue hará algunas referencias al papel de las partes en el examen de estos requisitos, así como a la actividad que ha de realizar el Juez para poder, o no, estimarlos concurrentes. Para la misma, se cuestionará el interés en separar el proceso de análisis en una fase de diagnóstico y otra de pronóstico. No obstante lo anterior, más allá de estas fases, se acomete el análisis del razonamiento lógico que conduce a cada uno de los elementos que integran el peligro cautelar. Previamente, habremos diferenciado los elementos con que normalmente se formulan las premisas de ese razonamiento, distinguiendo al efecto entre parámetros, indicios y máximas de la experiencia judicial.

⁹⁰² Como se expondrá en el apartado siguiente, el análisis del *riesgo de frustración procesal* permite obtener una panorámica acerca de las necesidades de investigación y aseguramiento, funciones propias de la fase de instrucción. El hábito en el análisis del *riesgo de frustración procesal* puede ser, en mi opinión, un buen método de racionalización de la tarea de instruir.

B) Delimitación subjetiva del «juicio cautelar»: jurisdiccionalidad y sujeto pasivo del proceso.

¿Cuál es el ámbito subjetivo de la resolución cautelar? Y ¿quién la dicta? ¿Es necesario que algún sujeto inste la adopción de una medida de este género? La respuesta a estas interpelaciones ya ha sido deducida en momentos anteriores de este trabajo, pero aquellas ideas van a recopilarse en este momento.

De acuerdo con lo expuesto en el capítulo sexto, el órgano competente para decretar una medida cautelar es el órgano jurisdiccional con competencia funcional. El sujeto sobre el que podrá imponerse una medida de este género es el pasivo del proceso: esto, que también se ha justificado en distintos lugares de esta tesis, tiene entre sus principales implicaciones prácticas, la necesidad de haber imputado al sujeto para imponer una medida cautelar⁹⁰³ y la limitación (por sistema) del análisis de la *peligrosidad procesal* respecto de dicho sujeto. Pese a lo que acaba de afirmarse, han de recordarse las dudas existentes en lo que a la peligrosidad procesal de sujetos distintos al pasivo se refiere, y la consiguiente imposición de medidas que afectan, aunque indirectamente en la mayoría de los casos, a derechos de terceros.

Con lo anterior se ha presentado el cuadro de “actores principales” que representan el «juicio cautelar»: el Juez, que ejerce el poder de decretar una injerencia en los derechos y libertades individuales de una persona con el fin de defender el proceso, y el sujeto pasivo del proceso, que “sufre” dicha injerencia.

Pero no puede negarse que otros “actores secundarios” (no simples figurantes) participan en aquel juicio: los abogados (que en interés de sus representados) o el Ministerio Fiscal (que en interés de la legalidad) aportan datos a fin que sean integrados en el razonamiento del Juez; alegan, con el mismo fin, consideraciones respecto a la interpretación de las normas jurídicas aplicables al caso, o formulan apreciaciones acerca de la conexión lógica entre las premisas que integran los distintos juicios de la resolución cautelar. Al papel de tales sujetos se hará mención en momentos posteriores de este capítulo. Por el momento procede es seguramente especificar, mediante la distinción entre «parámetros» e «indicios», los elementos normativos y fácticos con que el Juez cuenta para basar su convicción (o negarla) sobre la concurrencia de los presupuestos materiales. Además no podremos olvidar, en lo que sigue, un elemento de

⁹⁰³ Y por esto las modificaciones legales que en materia de imputación se realicen, tendrán incidencia en el momento en que pueda comenzar a utilizarse la tutela cautelar.

especial relevancia en la valoración judicial de los indicios: las «máximas de la experiencia» judicial.

C) Elementos utilizados para analizar los presupuestos: parámetros, indicios y máximas de la experiencia.

Ha de comenzar advirtiéndose que el contenido de este apartado (y el de los siguientes) se centrará básicamente en lo relativo al análisis y apreciación del *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal*, los dos elementos que integran el fundamento cautelar y que, con la denominación tradicional, habrían de afirmarse contenido del *PIM*.

¿Por qué se olvida, en lo que sigue, el primer presupuesto material de la tutela cautelar penal (*FBI* o *imputación*)? Ciertamente, la *imputación* es, en la tesis sostenida, el primer presupuesto de las medidas cautelares penales. Pero se da la circunstancia que, a diferencia de lo que sucede en el orden civil, este es un acto que tiene autonomía propia en la legislación y la dogmática penal. El estudio de su contenido, de los elementos que han de tenerse en cuenta para dictarlo, de cada una de sus vicisitudes, en definitiva, ha de remitirse a los trabajos que específicamente se hayan dedicado a ello. En este, lo único que cabe afirmar con certeza es el lazo que une imputación y medidas cautelares penales: aquélla es la “consideración general” necesaria para poder apreciar la “consideración especial” que permite la imposición de medidas de este género. Sin imputación no podrá apreciarse la peligrosidad procesal del sujeto ni, por tanto, imponer una medida cautelar. Este es el juego por el que ha de afirmarse que la medida cautelar penal sólo podrá imponerse sobre el sujeto pasivo del proceso. Sobre un sujeto, por tanto (y como mínimo), imputado. En definitiva, la imputación actúa como una especie de punto de partida a partir del cual está justificado plantearse la “cuestión cautelar”. Obviamente, la intención que guíe al Juez puede ser inversa: puede querer proteger el proceso, pero para ello va a tener que imputar. Respetando, indiscutiblemente, las prescripciones legales relativas a este acto, e integrando, en su caso, los distintos productos discursivos de carácter jurídico (jurisprudencia, doctrina, etc.) que a la imputación se refieren⁹⁰⁴.

⁹⁰⁴ En este trabajo se ha fijado la *imputación* como aquel acto judicial que identifica la *posibilidad* de atribución del hecho objeto de enjuiciamiento al sujeto. Se ha advertido que el carácter autónomo del acto de imputación obliga a que su estudio se complemente con los trabajos que se han dedicado a ello. Sí quiere recordarse la necesidad de requerir la previsión legislativa de actos de imputación expresa, a

De manera que presentaré, a continuación, los elementos que se utilizan para apreciar el *riesgo de frustración procesal* y la *peligrosidad procesal*. Entre aquellos, cabe distinguir lo que se ha convenido en llamar «parámetros» y lo que se ha definido como «indicio cautelar». Ha de hacerse especial mención, además, a las «máximas de la experiencia judicial».

¿Por qué estos tres elementos? Como podrá observarse con mayor claridad en breve, el razonamiento que conduce permite afirmar o negar cada uno de los elementos del peligro cautelar se basa en unas premisas que son (1) bien aplicación previa e interpretación, en su caso, de normas relativas al proceso y circunstancias o características del propio proceso (conceptos que englobo en el sustantivo «parámetros»); (2) bien circunstancias personales del sujeto, de distinta naturaleza (lo que se ha dado en llamar «indicios cautelares»); (3) bien distintos tipos de generalizaciones, de carácter valorativo, a las que llamamos «máximas de la experiencia judicial».

Distingamos un poco más cada uno de estos elementos.

a) El parámetro.

Un parámetro es aquel “dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación”⁹⁰⁵. Bajo el concepto parámetro quieren incluirse, a efectos del presente trabajo, elementos normativos que permiten analizar la existencia de un riesgo de frustración del concreto proceso: ya se dijo que los *riesgos de frustración procesal* han de ser apreciados atendiendo a la configuración y características del concreto proceso respecto al que se analiza la tutela cautelar⁹⁰⁶. En definitiva, constituyen «parámetros» para analizar la existencia de un *riesgo de frustración procesal* las normas procesales relativas a la presencia del sujeto pasivo y las penales relativas (a) a la pena asociada a un hecho, (b) a los elementos configuradores del tipo o (c) a las posibilidades de suspensión y sustitución de la consecuencia jurídica del delito o falta. En tanto las normas han de ser aplicadas, la realidad sobre la que se aplican o que les sirve de

efectos de seguridad jurídica y también con el fin que la posibilidad de injerencias estatales o sujeción al proceso vaya acompañada de un conjunto mínimo de garantías.

⁹⁰⁵ VOZ: “Parámetro”, en el *Diccionario de la Lengua...*; *ob.cit*; p. 1678.

⁹⁰⁶ Así se hizo, en la medida de lo posible y de forma abstracta o genérica por tipos de procesos, en otro momento de este trabajo.

referencia, condiciona la ocasión existente para la materialización del riesgo, también ha de tenerse en cuenta⁹⁰⁷.

La observar estos parámetros (analizar el *riesgo de frustración procesal*, en consecuencia) permite obtener una visión general o panorámica de cuáles son las necesidades para la válida sustanciación del proceso (pues sólo por los efectos de su ausencia se afirma aquel riesgo) y puede facilitar, en mi opinión, una previsión de los posibles contratiempos, actos de comunicación y apercebimientos a practicar, necesidades de preconstitución de prueba o de anticipación de su práctica, actos de reacción ante los impedimentos que efectivamente existan ya para la sustanciación del proceso (dictado de requisitorias, de “euroordenes”⁹⁰⁸, etc.), necesidad de practicar determinadas diligencias de investigación, etc. En definitiva, el análisis de un *riesgo de frustración procesal* racionaliza, concentrando en un solo “juicio” (que obviamente habrá de repetirse en distintos momentos del proceso) el cumplimiento de las funciones encomendadas a la fase de instrucción: resumibles en la averiguación de las circunstancias del hecho enjuiciado y el aseguramiento de los medios que permitan probar tales circunstancias.

b) El indicio cautelar.

El «indicio cautelar», en cambio, fue definido como “aquel *elemento, conducta o circunstancia objetiva, existente por tanto en la realidad, en que se basa la apreciación de la peligrosidad procesal*”⁹⁰⁹. De un modo más preciso cabe exponer que el «indicio cautelar» (1) sirve, en primer lugar, para juzgar con equidad, esto es, para aplicar el derecho teniendo en cuenta las circunstancias concretas del sujeto; (2) en segundo término, permite acercar la apreciación subjetiva (en tanto realizada por un sujeto, el

⁹⁰⁷ Así, ha de observarse que el análisis del *riesgo de frustración procesal* no se basa sólo en parámetros normativos, sino también en una realidad fáctica relativa al propio proceso (momento procedimental en que nos encontramos, así como cantidad y calidad de las fuentes y medios de prueba recabados entre los que se cree pueden todavía ser hallados y practicados) y en aquéllos elementos intelectivos que constituyen criterios de interpretación de las normas.

⁹⁰⁸ Vid. ORMAZABAL SÁNCHEZ, G; *La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana: especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005*, en *La Ley*, nº 1, 2006, pp. 1184 a 1193. Del mismo autor, *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2006, así como un apunte específico a la extradición en el ámbito de la Unión Europea, publicado en la obra colectiva *Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006.

⁹⁰⁹ *Supra*, capítulo IV § I.1.B.b.

juez) de los presupuestos al campo de lo objetivo, de lo existente en la realidad y (3) finalmente, pretende que lo incierto del juicio cautelar no se cofunda con la arbitrariedad, dado que la apreciación del peligrosidad procesal por parte del juez se encuentra sujeta a una base fáctica.

De lo anterior puede comenzar a advertirse que la relevancia del indicio se sostiene, con mayor claridad, en los elementos del fundamento preeminentemente subjetivos e hipotéticos. Precisamente, contrarrestando el carácter *subjetivo* e *hipotético* de la peligrosidad procesal, se señala el *objetivo* y *real* del indicio cautelar. Por esto se ha afirmado que el «indicio» es el elemento que sirve de base para analizar y valorar el elemento subjetivo del fundamento: la *peligrosidad procesal potencial*. En este sentido, también cabe decir que el «indicio cautelar» es un «parámetro» y, siendo esto cierto habría de justificarse la distinción efectuada *supra*: pese a que lo definido como *indicio* o *parámetro* son datos utilizados para analizar o valorar una situación, el juicio en que consisten la apreciación de los presupuestos es distinto cuando se toma como base uno u otro elemento. Esto será abordado en breve, pero conviene antes terminar de caracterizar el «indicio cautelar».

Situados en el campo de la *peligrosidad procesal*, y asumiendo que el indicio cobra una mayor relevancia cuánto más *íntima* e *hipotética* sea la inferencia que permite apreciar el presupuesto, ha de precisarse que: (1) la disposición material y la disposición anímica son dos suposiciones referidas a un momento *actual* (pues el contenido de los presupuestos se afirma de modo puntual, en el concreto momento que se analizan). Por lo anterior, la apreciación de la peligrosidad procesal indicará la capacidad o disposición *presente* del sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal, una capacidad existente en el momento en que se afirma. Además (2) la peligrosidad procesal que, de acuerdo con esta tesis, justifica el recurso al género cautelar es *potencial*, dado que el sujeto respecto al que se afirma no ha accedido ni alterado todavía el objeto específico de protección cautelar. Más allá de las semejanzas advertidas entre ambos tipos de disposición (material y anímica), cabe apuntar una diferencia: y es que (3) mientras la disposición material es observable externamente, si se tienen los elementos para ello, no sucede así en la mayoría de los casos con la disposición anímica, que normalmente habrá de ser inferida de circunstancias exclusivas del sujeto, no ya del hecho⁹¹⁰: la

⁹¹⁰ Una exposición de las circunstancias a partir de las que es posible valorar la peligrosidad procesal, así como las posibles inferencias que de esas circunstancias cabe extraer, *supra*, en el capítulo IV § I.1.B.c.

disposición anímica requiere, excepto cuando su afirmación se base en una presunción legal, un mayor grado de *predicción*, de *vaticinio*, en su juicio (pues es actual y potencial, pero no se afirma ya sólo la posibilidad de acceso y alteración, sino que el sujeto *intentará* acceder y alterar el objeto específico de protección cautelar). Pero, y más importante todavía, no puede negarse que cuando se está afirmando la *disposición anímica* se está formulando un juicio de contenido marcadamente *íntimo*, pues la *intención* (para materializar un riesgo de frustración procesal) es un hecho mental.

Ha de presentarse, a continuación, el tercer elemento en que se basa el «juicio cautelar»: las «máximas de la experiencia» judicial. Pero se observará que en su exposición no se abandona el tratamiento del «indicio cautelar». El motivo de esta prolongación habría de advertirse claramente en el subapartado siguiente, pero puede ya anunciarse: las máximas de la experiencia son el parámetro con que el juez acomete la valoración del indicio cautelar.

c) Las máximas de la experiencia judicial.

Es el juez quien examina y afirma, en su caso, la concurrencia de los presupuestos de adopción de las medidas cautelares penales. En consecuencia, tanto la interpretación y aplicación de los parámetros como la valoración de los indicios ha de ser realizada por dicho órgano, pudiendo influir en su decisión las alegaciones formuladas por los letrados y el Ministerio Fiscal, pero no pudiendo, en ningún caso, delegar a aquéllos tales actos.

En breve apunte, cuya completud habrá de esperar al apartado siguiente, ha de observarse que mientras las normas jurídicas reguladoras del proceso (y las penales que se han descrito supra, al hilo de la exposición de los parámetros) han de ser *aplicadas* y, en su caso, interpretadas; los indicios han de ser *interpretados* y, además, *valorados*. Centrémonos, para lo que ahora interesa, en la *valoración del indicio*: Ya se advirtió una diferencia esencial entre el «indicio cautelar» y el indicio en materia probatoria (que el primero es la base de una *predicción* mientras que el segundo lo es de una *comprobación*)⁹¹¹. Pero también se señaló una semejanza entre ambos tipos de hechos

⁹¹¹ Para mayores detalles sobre el «indicio cautelar» *vid. supra*, capítulo IV § I.1.B.b

indiciarios: y es que ambos han de ser *objetivamente interpretados y libremente valorados* por el Juez. Así como el juez ha de *interpretar* la prueba practicada de modo que afirme un resultado *objetivo*⁹¹² y, sobre ese resultado, *valorar* la prueba *en conciencia*⁹¹³, según las reglas de la sana crítica; del mismo modo ha de entenderse la *interpretación y valoración* de los hechos en el juicio cautelar. Así, en materia cautelar, el hecho reporta un contenido objetivo⁹¹⁴ que también ha de ser objeto de *valoración libre por parte del juez*⁹¹⁵. Libre que no arbitraria, puesto que, como en el ámbito probatorio, esa valoración ha de consistir en la apreciación lógica del indicio mediante un silogismo en que la premisa mayor es una *máxima de la experiencia* y la menor la propia circunstancia del sujeto. La conclusión de ese silogismo será, no la existencia o inexistencia de un hecho pasado, sino la credibilidad o no que acaezca un hecho futuro.

De este modo ha de entenderse la especial relevancia de las «máximas de la experiencia» en la resolución cautelar. Dichas máximas constituyen en realidad el elemento valorativo de los hechos o circunstancias personales del sujeto pasivo⁹¹⁶. De ellas depende el juicio de valor sobre una concreta realidad, y a partir de un juicio de valor (mejor varios) se realiza la prognosis de peligrosidad procesal. Precisamente la incidencia de este elemento “subjetivo” (las máximas de la experiencia) es lo que en mayor medida fundamenta una de las principales críticas a la “punición” de la peligrosidad: ¿tiene el juez suficientes elementos para formular, a partir de la aplicación

⁹¹² Por ejemplo, el testigo ha dicho que vio al imputado, en cierto lugar, dos horas antes de haberse cometido el hecho objeto de enjuiciamiento.

⁹¹³ Por ejemplo, poca credibilidad del testimonio, por manifestar contradicciones en su declaración y estar manifiestamente enemistado con el acusado por asuntos ajenos al hecho enjuiciado. Sobre la exigencia expuesta en el texto principal, *vid.* STC 31/1981: la misma marca un punto de inflexión en la doctrina constitucional, por la que se exige que el juez al valorar la prueba, justifique el origen de su convicción, lo que debe hacer apreciando lógicamente la prueba mediante un silogismo, en el que la premisa mayor es una máxima de la experiencia y la premisa menor la fuente o medio de prueba.

⁹¹⁴ Por ejemplo, “el imputado no tiene vinculación familiar en el país puesto que es un inmigrante que ha obtenido el permiso de trabajo hace tres meses y toda su familia reside, por ejemplo, en Senegal”.

⁹¹⁵ Siguiendo con el ejemplo anterior: “como no tiene arraigo familiar en el país, es probable que se fugue”; pero también “con lo que le ha costado llegar al territorio español y habiendo obtenido un permiso de trabajo, no es probable que se fugue”. Obviamente, cuantos más datos objetivos sean objeto de valoración, más razonado será el juicio de prognosis. Como dicho juicio es esencialmente incierto, es importantísimo recabar cuantos más datos posibles acerca de las circunstancias del sujeto pasivo.

⁹¹⁶ Estos hechos o circunstancias llegarán a conocimiento judicial por distintas vías: bien mediante las alegaciones de los abogados y el Ministerio Fiscal, bien con la práctica de determinadas diligencias de investigación, bien como resultado de diligencias directamente encaminadas a aportar datos para la resolución de la cuestión cautelar.

de sus máximas de la experiencia, una predicción acerca de la futura conducta del sujeto pasivo del proceso? Y, aunque los tenga, al tratarse de una predicción ¿no existe siempre un grado de incertidumbre en el resultado? Y, en un plano distinto, ¿de dónde obtiene el juez esas máximas? Obviamente, de su experiencia vital, tanto práctica como intelectual. Al respecto, y pasará a formar parte de su acervo cultural, el juez puede haberse servido de los resultados aportados por el método estadístico, por determinadas ciencias que analizan el individuo en particular o en sociedad (psicología, sociología, antropología, filosofía, biología, etc.), de las que se ocupan preferentemente del fenómeno delictivo (criminología, psicología forense, etc.) o de determinadas ciencias médicas (psiquiatría, neurología, etc.). Y esto dejando de lado que, como se apreciará, la predicción que a partir de los indicios formula el juez requiere “imitar” la estructura del razonamiento práctico del sujeto respecto al que quiere vaticinarse la *intención* de frustrar el proceso, lo que reconduce la cuestión a las ciencias cognitivas.

Por consiguiente, deviene un elemento trascendental, si quiere asegurarse al máximo la racionalidad del Estado en la toma de decisiones judiciales, la formación del órgano que ha de dictarlas en varios campos científicos. Pero también es harto interesante que el juez sea ducho en relaciones humanas, versado en el conocimiento de la condición humana. Obviamente, demasiado para un solo sujeto. Ciertamente las pretensiones actuales del legislador sobre la “administración de justicia” sitúan al juez en una posición compleja: le obligan a ser, si quiere desarrollar su tarea con garantías, además de un buen jurista (y cada vez, diría yo, más necesitado de conocer el método jurídico, que no las normas o leyes jurídicas, que proliferan a un ritmo vertiginoso, a menos que se opte por el camino de la especialización judicial), un sujeto “multidisciplinado”⁹¹⁷ y con una determinada experiencia vital y empatía. Obviamente, demasiadas exigencias para una sola persona que además, no lo olvidemos, ha de despachar asuntos al ritmo que la sociedad, cada vez más litigiosa, demanda. Por eso la cuestión ha de conectarse

⁹¹⁷ La multidisciplinaria es una exigencia de hoy. La evolución y especialización científica requieren hacer uso de aquellos conocimientos adquiridos a lo largo de la historia. Las relaciones humanas, comerciales, etc. son cada vez más complejas, y sólo el recurso a las disciplinas que las analizan permite una aproximación a realidades inabarcables por una sola persona. Se percibe tal tendencia, por ejemplo, en el “campo” del derecho administrativo (institucionalización del conocimiento científico en la sociedad global del riesgo), en que los técnicos especialistas se alternan en la escala funcional con los directivos y políticos. Qué duda cabe: también para el juez se vuelve más complejo observar, analizar y valorar una sociedad cambiante a altas velocidades y con tan dispares perspectivas. Su visión y entendimiento de la sociedad es la que cuenta, por supuesto, pero cuanto más cualificado sea su conocimiento, y más cualificada su formación, más completa será la valoración que pueda realizar en el ejercicio de su función jurisdiccional.

nuevamente con las pretensiones del Estado y los recursos de que dispone para cumplirlas.

Ciertamente, las máximas de la experiencia judicial pueden ser sustituidas por las valoraciones efectuadas por servicios científicos especializados (cuando el juez acude a un dato estadístico hace en parte uso de un elemento científico para valorar la concreta circunstancia). Pero eso plantea otros retos para la estructura de la “administración de justicia”: integración o no dentro de la sede del órgano jurisdiccional, protocolos de funcionamiento, etc. Este aumento de recursos para atender a las necesidades de la «predicción» habría de tenerse en cuenta en el ámbito político a la hora de “sancionar” no conductas sino peligrosidades.

En definitiva, parámetros, indicios y máximas de la experiencia son los elementos que integran los distintos razonamientos lógicos con que se verifica el fundamento en el caso concreto. Por esto el papel que cada uno de estos elementos juega en la apreciación del *riesgo de frustración procesal* y de la *peligrosidad procesal* habrá de ser complementado con lo que *infra* se dirá, al hilo de la “apreciación de los elementos que conforman el peligro cautelar”. Antes, no obstante, quiere hacerse una breve mención a las posibilidades de clasificar los actos con que se realiza dicha tarea.

D) Posibles fases del «juicio cautelar»: diagnosis y prognosis. Especial mención al acopio y selección de datos sobre los que valorar la peligrosidad procesal.

Para el desarrollo de este apartado se toma en consideración la exposición que Romeo Casabona formula, siguiendo a Mantovani y a Nuvolone, sobre los dos momentos en que se desenvuelve el juicio de peligrosidad (criminal, de acuerdo con el objeto de la obra de aquel autor): “la comprobación de la cualidad sintomática de peligroso (el *diagnóstico de la peligrosidad*), por un lado, y la comprobación de la relación entre dicha cualidad y el futuro criminal del sujeto (*prognosis criminal*)”⁹¹⁸. A pesar de venir referida a un tipo de peligrosidad (la criminal) que ha sido descartada, en esta tesis, como fundamento de las medidas cautelares⁹¹⁹, quiere aprovecharse la distinción entre *diagnosis* y *prognosis* presentada. Los esfuerzos doctrinales y científicos relativos al

⁹¹⁸ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal.*; *ob.cit.*; p. 30. Sobre el “juicio de peligrosidad” ene. trabajo referenciado, *vid.* las páginas 30 a 39.

⁹¹⁹ Para la negación de un fundamento material de la tutela cautelar penal, *vid. supra*, capítulo II § II.

método de apreciación de la peligrosidad se han centrado en la prognosis criminal. Muchos de los resultados obtenidos en este ámbito pueden trasladarse al examen de la peligrosidad procesal. No obstante, algunas diferencias entre la peligrosidad criminal y la peligrosidad procesal justifican la introducción (o al menos el examen de dicha introducción) de variaciones en la apreciación de ambas “consideraciones especiales”.

Para el diagnóstico de la peligrosidad, Romeo Casabona expone datos considerados elementos indiciarios de dicha cualidad, entre los que cobra especial relevancia la comisión de un delito. Aquí encontramos una primera diferencia entre la apreciación de la peligrosidad criminal y la procesal: para la segunda, la comisión de un delito, el móvil del mismo, la desvalorización social del acto, su forma de ejecución (circunstancias todas ellas que se usan como elemento indiciario de primer grado para evaluar la peligrosidad criminal) son sólo circunstancias que pueden (1) servir como indicio para valorar la capacidad material de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar (en el supuesto de comisión de delitos complejos, básicamente) o (2) poner de manifiesto la necesidad de prestar atención a las circunstancias psíquicas del sujeto pasivo (por ejemplo, a partir de determinados móviles o de la comisión de delitos con un elevado grado de desvalorización del acto). Pero en ningún caso cabe afirmar que la comisión de un delito tenga, en la apreciación de la peligrosidad procesal, el papel primordial que juega en el de la criminal.

Pero incluso en el análisis de esta última se admite que la comisión de un delito ha de ir acompañada de otros “síntomas”, con los que normalmente se valorará la posibilidad de incluir al sujeto en alguno de los “modelos criminológicos” o “estados peligrosos” confeccionados básicamente a partir de la década de los cincuenta por alguna doctrina norteamericana⁹²⁰. Pero tal ejercicio (que se afirma como la gran “posibilidad” de acercar la punición de la peligrosidad a la seguridad jurídica) tampoco parece trasladable sin más al análisis de la peligrosidad procesal: y es que algunos de los más típicos y afirmados “factores determinantes del delito” (como la enfermedad mental o la toxicomanía⁹²¹) podrían conducir a una negación de la peligrosidad procesal, precisamente por su posible influencia en la capacidad material del sujeto para llevar a

⁹²⁰ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal...*; *ob.cit.*; p. 35. Sobre Los “estados peligrosos”, más específicamente, *ob.cit.*; pp. 24 a 29.

⁹²¹ *Íbidem.*

cabo determinados actos de frustración o, en el grado de dependencia del sujeto pasivo respecto su entorno familiar o social.

Se admite, por último, que “para llegar a obtener una visión global y más rigurosa de la personalidad del individuo el estudio de la misma debe completarse con la aportación de otros factores biológicos, psicológicos y ambientales del propio sujeto que puedan adquirir relevancia, en un sentido u otro, en el diagnóstico de la peligrosidad”⁹²². Entre estos otros factores, y siguiendo a Siclari, se mencionan las condiciones intelectuales y morales del sujeto, su forma de vida o el modo en que se procura medios de sustento.

También en este trabajo se ha hecho un ejercicio parecido respecto a los indicios que pueden guiar el examen de la disposición material y anímica: de la peligrosidad procesal, en definitiva. A ellos me remito, para suplir los que en este apartado se han afirmado como indicativos de la peligrosidad criminal⁹²³. Quiero sólo en este momento añadir una última consideración sobre el diagnóstico de la *peligrosidad procesal*: dado que ésta se observa en referencia al *riesgo de frustración procesal* previamente advertido, la recopilación de elementos indiciarios de la peligrosidad, al menos en lo referente a la disposición material, se encuentra por principio mucho más acotada de lo que cabría observar en la recopilación de indicios relativos a la peligrosidad criminal.

Tras la tarea precedente (identificada con el acto de diagnosticar) y a la vista de los “resultados” que haya reportado, se afirma que el juicio de peligrosidad (criminal, recordemos, en coherencia con el trabajo que nos sirve de guía) ha de seguir con una actividad imprescindible: el *pronóstico*. Tras definirlo como “una afirmación sobre la futura conducta de un individuo o de un grupo, referida a la observancia de la Ley”⁹²⁴, se plantea en la obra de referencia una de las cuestiones de mayor dificultad en el análisis de la peligrosidad criminal: el *método de prognosis* que permite emitir una afirmación de futuro. Entre los posibles métodos se cita el *intuitivo* como el susceptible de generar resultados más inciertos. Ganando credibilidad, se apunta el método *científico, clínico o experimental*, no sin advertir las dificultades de gestión e inversión de medios que su incorporación en la Administración de Justicia genera. Finalmente se

⁹²² ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal...*; *ob.cit*; p. 35.

⁹²³ Para la sistematización de estos elementos, *vid. supra*, capítulo IV § I.1.B.c

⁹²⁴ Siguiendo a GÖPPINGER, ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal...*; *ob.cit*; p. 37.

presenta el *método estadístico* y la utilidad (y sus limitaciones) de las tablas de predicción de las que se sirve⁹²⁵.

Para la apreciación de la peligrosidad procesal, en esta tesis, se ha querido distinguir el análisis de la disposición material y anímica. De hecho, sólo para la segunda se ha estimado conveniente la introducción de métodos científicos aplicados por profesionales específicos. La disposición material, en cambio, es perfectamente (salvo algunos casos de gran complejidad técnica en la obtención de pruebas) *valorable* desde el conocimiento y razonamiento práctico del juez.

Con lo anterior, se han presentado, parcialmente, algunos de los elementos que integran los juicios de diagnóstico y pronóstico, pero ¿cuál es el contenido de ambos ejercicios? Veámoslo someramente, ahora ya centrando la exposición únicamente en el diagnóstico y pronóstico del peligro que justifica la adopción de medidas cautelares: el peligro cautelar, genéricamente, y su expresión subjetiva, la peligrosidad procesal. En definitiva, ¿qué ha de hacerse en dichos juicios?

De querer aplicar estas dos fases al análisis de los presupuesto materiales de las medidas cautelares penales habrían de tenerse en cuenta (y aún desarrollar el método a partir de la discusión científica de las mismas) las especificidades señaladas en las líneas precedentes. Además de lo anterior, el método de verificación del fundamento cautelar en el caso concreto podría estructurarse en lo que sigue:

Si diagnosticar es “*recoger y analizar* datos para *evaluar* problemas de diversa naturaleza”⁹²⁶, son precisamente estos actos los que deberán llevarse a cabo en una eventual “fase de diagnóstico”. Recuérdese que los datos que sirven al análisis del peligro cautelar son los identificados *supra* como «parámetros», «indicios» y «máximas de la experiencia».

⁹²⁵ No obstante estos distintos métodos, la exposición de referencia concluye con una “crítica” general a las posibilidades de predicción que, pese a poder apoyarse en distintos métodos, siempre habrá de ser completada con el apoyo del método intuitivo. Esto lleva a ROMEO CASABONA a insistir en la necesidad que el juez posea unos conocimientos y formación sólidos en criminología “con independencia de que deba ser asistido por las distintas clases de especialistas (...) que sean necesarios” en *Peligrosidad y derecho penal.*; *ob.cit.*; p. 39.

⁹²⁶ VOZ: “diagnosticar”, en el *Diccionario de la lengua.*; *ob.cit.*; p. 814.

¿Cómo recabarlos? Y ¿por quién? Ha de prestarse una especial atención a la recogida de datos cuyo análisis ha de servir al examen de los presupuestos⁹²⁷. Parece que los «parámetros» necesarios para el análisis del *riesgo de frustración procesal* (normas procesales y penales) pueden ser percibidos directamente por el juez, sin la ayuda de otros sujetos. El conocimiento de lo que se ha dado en llamar «indicios cautelares», en cambio, habría de producirse por concurso de todas las “partes” (acusadores públicos y privados y defensores) y del propio órgano jurisdiccional: el juez puede requerir algunos datos, cuando éstos estén a su alcance (solicitar notificaciones a registros oficiales, obtener información del sujeto pasivo mediante el interrogatorio en cualidad de testimonio de sus allegados, etc.). A tal posibilidad se destinan algunas previsiones normativas, como el art. 292.II LECrim. Pero también la defensa habría de alegar todas aquellas circunstancias que, a su parecer, favorecerán la resolución cautelar de la manera más beneficiosa para su defendido. No parece observarse ningún impedimento en que la acusación particular o popular ponga de manifiesto datos o circunstancias del sujeto pasivo (que la defensa podría haber omitido) tendentes a fundamentar la vigencia de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales. El Ministerio Fiscal (en tanto garante de la legalidad), como habría de hacerlo el Juez, habrá de poner de manifiesto circunstancias con potencial signo tanto “positivo” como “negativo” en la resolución cautelar. Parece que la vista celebrada a tal efecto constituye un buen

⁹²⁷ ROMEO CASABONA, *Peligrosidad y derecho penal.*; *ob.cit.*; p. 36. En el mismo lugar, nota al pie 81, expone resumidamente una serie de reglas y criterios, cuya autoría cabe atribuir a MIDDENDORFF (*Teoría y práctica de la prognosis criminal*; Trad. por RODRIGUEZ DEVESA, Espasa Calpe, Madrid, 1983, p. 119 y ss.). Estima aquel primer autor que esas reglas y criterios pueden servir de modelo metodológico para la tarea de recogida y selección de datos. Por mi parte, he querido transcribir sólo seis de aquellas reglas (de posible aplicación al análisis de la peligrosidad procesal), desechando las que se destinan directamente al reconocimiento de sujetos reincidentes y no reincidentes, ya que la reincidencia, si bien es altamente relevante para el análisis de la peligrosidad criminal, lo es mucho menos para el de la peligrosidad criminal (a menos que la conducta en que se reincida sea la de frustrar el proceso, con los matices que he apuntado en el capítulo IV § I.2.E). Para nuestro estudio, cabe prestar atención a las siguientes:

“1. Los factores o datos tienen que ser lo más posiblemente objetivos e inequívocos, esto es, reconocibles y aplicables por diferentes personas.

2. La valoración de los factores constituye un problema especial. No todos los factores poseen igual importancia, mas en la valoración por quien los enjuicia radica un elemento fuertemente subjetivo.

3. Todos los sistemas de prognosis conocidos hasta ahora son sistemas de puntos malos. Habría que examinar si no daría mejor resultado el combinar puntos malos y puntos buenos.

4. No debe prescindirse de prestar atención a la personalidad del que elabora el material, pues es fácil que proyecte en él su subjetividad. Esta eventualidad puede corregirse si se trabaja en equipo en la investigación de la personalidad.

5. La importancia de un factor puede variar en el curso de la vida de un delincuente (*de un individuo, diríamos nosotros, puesto que no se ha acreditado la comisión del delito por su parte*).

6. La importancia de un factor no es idéntica para todos los hombres, razas y países.”

momento para poner de manifiesto todas las circunstancias relevantes para el examen de los presupuestos⁹²⁸.

En definitiva, puede afirmarse que el acopio de circunstancias objetivas con las que examinar la peligrosidad procesal⁹²⁹ ha de realizarse de manera que permita la máxima participación de los sujetos que pueden aportar datos relativos a esas circunstancias⁹³⁰: y esto porque, cuanto mayor sea la información que posee el Juez con mayor equidad y “descenso al caso concreto” podrá resolver la cuestión cautelar. También habría de procurarse que, a fin de favorecer la posterior valoración de esos datos, los mismos fueran obtenidos con la mayor inmediación posible (por ejemplo, interrogatorio de los testigos por parte del juez).

En la fase de recogida de datos, carece de relevancia toda referencia a las máximas de la experiencia: éstas, obviamente, no deberán ser halladas, al menos de manera formal. Esas máximas residen en la íntima convicción del juzgador, con independencia de dónde provenga la fuente que ha conducido a esa íntima convicción. A diferencia de los «indicios cautelares», esas máximas de la experiencia tampoco habrán de ser presentadas en la fase de diagnóstico, aunque nada impide que en la misma cualquiera de los sujetos identificados anteriormente realice apreciaciones acerca de cómo han de ser valoradas las circunstancias del sujeto o del hecho en el caso concreto, con el ánimo de modular o incidir en las máximas de la experiencia del juez.

Recogidos y observados los datos o factores determinantes para el examen del riesgo de frustración procesal y de la peligrosidad del mismo modo adjetivada, procede analizarlos. Cuando de *normas jurídicas* hablamos, el análisis pasa por (1) resolver, si las hay, cuestiones relativas a la *aplicabilidad e interpretación* de la norma y (2) deducir las exigencias para el concreto proceso a partir de dicha norma.

En cambio, el análisis de las circunstancias llamadas *indicios* pasa por (1) interpretarlas objetivamente y (2) aplicar las máximas de la experiencia judicial sobre el resultado que aquella interpretación reporte. Esto es, *interpretar objetivamente y valorar libremente*.

⁹²⁸ Sobre la conveniencia de celebrar una vista para la resolución de la cuestión cautelar, *vid. supra*, capítulo VI § II.2.

⁹²⁹ Recuérdese que el «indicio cautelar» se caracterizó como un elemento básico, de carácter fáctico y objetivo, en tanto existente en la realidad y constatable. *Vid.* la regla primera de las expuestas *supra*, en nota al pie 927.

⁹³⁰ *Vid.* la regla cuarta de las expuestas *supra*, en nota al pie 927.

De este ejercicio se extraerán algunas conclusiones sobre la disposición material del sujeto y, además, sobre si cada una de las circunstancias analizadas constituye un coste o un beneficio asociado a la materialización del riesgo.

Diagnosticados los riesgos para el proceso, las posibilidades de que tales riesgos sean materializados por el sujeto, y los distintos hechos indiciarios de la disposición anímica del sujeto, llega la hora de realizar una de las tareas más complicadas entre las que se atribuyen al órgano jurisdiccional: la prognosis.

Si pronosticar es “conocer por algunos indicios lo futuro”⁹³¹, parece que dicho juicio habrá de realizarse, preferentemente, en la apreciación de la *disposición anímica* del sujeto. Si bien riesgo de frustración procesal, disposición material y anímica son enunciados que, referidos a una situación actual, indican una potencialidad o eventualidad, sólo la disposición anímica afirma, aunque en grado de probabilidad, la realización de un acto futuro. No obstante, también se realiza otro juicio de prognosis en la apreciación del riesgo de frustración procesal, cuando se afirma la relevancia de una determinada fuente de prueba (de la que no se dispone, ni se conoce con certeza su existencia) para la resolución de la cuestión penal.

Intentemos observar cómo se verifican los elementos (objetivo y subjetivo) de fundamento cautelar, para conocer algunas características más de los juicios que implica la resolución cautelar.

E) La apreciación de los elementos que conforman el Peligro Cautelar.

El ejercicio que se acaba de proponer se acometerá separadamente respecto de cada uno de los elementos que conforman el fundamento cautelar y, además, desgranando el subjetivo. El carácter escalonado de la verificación del fundamento ya ha sido advertido en otro lugar: recuérdese que el peligro cautelar se configura como una construcción conceptual escalonada, asimilable, por ofrecer un ejemplo gráfico, a una pirámide desmontable cuyas tres bases cuadradas se superponen. La primera, más grande y básica, habría de asimilarse a la existencia de un riesgo de frustración procesal; la segunda, a la disposición material, y la tercera, más pequeña y terminada en forma de vértice, a la disposición anímica. Con esto ha de afirmarse que la pirámide no puede

⁹³¹ VOZ: “pronosticar”, en el *Diccionario de la lengua...*; *ob.cit*; p. 1844.

construirse de forma inversa y que, su estabilidad requiere que todos y cada uno de los elementos estén situados en su posición, descartando cualquier tipo de combinación aleatoria. Por esto:

1) Sin la existencia de un *riesgo de frustración procesal* no pueden apreciarse ni la disposición material ni la anímica. ¿De qué habría de servirnos enjuiciar el deseo del sujeto que el proceso no llegue a su fin si dicho proceso no tiene posibilidades de ser frustrado? En tal caso se desea lo que no se puede, por lo que la intención carece de importancia. Sólo conseguiríamos emplear un tiempo en un análisis infructífero y, además, altamente intromisivo en la intimidad del sujeto.

El riesgo de frustración procesal es el antecedente lógico del análisis de la disposición material. Buena muestra de ello es que la observación de esta última se centra en el objeto específico de protección cautelar, que a su vez se obtiene de la apreciación de un riesgo de frustración procesal.

2) Tras haber verificado la existencia de un riesgo de frustración procesal (que nos indica cuál ha de ser, en su caso, el *objeto específico* de la protección cautelar), ha de analizarse la *disposición material* o *capacidad de acceso y alteración* a ese objeto específico de la protección cautelar. Esta disposición expresa la *posibilidad material de hacer*. ¿Hacer qué? Frustrar el proceso. Esta aptitud es el primer pero insuficiente elemento de la peligrosidad procesal potencial, de acuerdo con el contenido que se le ha asignado en esta tesis.

3) Sólo cuando hemos verificado esa posibilidad de hacer tiene sentido analizar la *intención de ejercer esa posibilidad de hacer*. En otras palabras, sin la disposición material no puede apreciarse la disposición anímica. De hecho, si puede, pero no observaremos entonces una intención sino una esperanza, esto es, desear más de lo que se puede.

Ha de observarse, entonces, que en el proceso de verificación del peligro cautelar en el caso concreto, el juez realiza una serie de juicios escalonados, sirviendo el anterior como antecedente lógico del siguiente. La conclusión del primer juicio actuará como premisa el siguiente, y así sucesivamente, hasta que, afirmada la «*disposición anímica del sujeto para ejecutar su capacidad de acceso y alteración del objeto específico de protección cautelar*», pueda ésta subsumirse en la norma que permite la imponer una

medida cautelar penal. Veamos alguna de las particularidades de los juicios que aquí se han expuesto.

a) El análisis del riesgo de frustración procesal.

Apreciar el riesgo de frustración procesal consiste normalmente realizar un razonamiento *deductivo*, lo que supone obtener inferencias deductivamente válidas a partir de determinadas reglas facilitadas previamente.

Al respecto ha de precisarse que dichas *reglas* pueden venir dadas por la propia *ley* (tal o cual artículo que exige la presencia del sujeto pasivo para realizar juicio oral en determinados procesos) o por el *estado de las cosas* (la imposibilidad de encarcelar a alguien si éste no está presente).

Lógicamente, que las reglas vengan dadas no significa que haya de excluirse toda actividad intelectual del juez en este análisis: para comenzar, puede ocurrir (será lo más frecuente), que el juez haya de resolver cuestiones relativas a la aplicabilidad y sentido de la norma. En este instante se realiza, para dilucidar el significado de un determinado precepto, un juicio de derecho que precisa de la elección de un concreto criterio *interpretativo*⁹³². Para solucionar problemas de *aplicabilidad* de la norma, el juez habrá de suplir lagunas legales, realizar precomprensiones o juicios de relevancia del caso (que le permitan emplazarlo en un determinado ámbito jurídico). Actos todos ellos creativos y, por tanto, envueltos de una cierta discrecionalidad (aunque existan límites a la misma).

En la mayor parte de ocasiones, las premisas del razonamiento en que consiste el examen del riesgo de frustración procesal son normas creadas por el juez: sí, creada a partir de premisas legales, límites interpretativos, etc., pero creada al fin y al cabo. Obsérvese el siguiente ejemplo:

P₁.- *El hecho enjuiciado lleva asociada una pena privativa de libertad.*

P₂.- *Es necesaria la presencia del acusado para ejecutar una pena privativa de libertad.*

⁹³² ROIG DE ASÍS, R; *Jueces y normas. La decisión judicial.*; *ob.cit*; p. 220. Para este autor (siguiendo a Igartua Salaverría) “la misma determinación de la existencia de un problema de interpretación es algo valorativo”.

C.- *Para ejecutar la pena asociada al hecho enjuiciado es necesaria la presencia del acusado, o*

C.- *No puede ejecutarse la pena asociada al hecho enjuiciado sin la presencia del acusado.*

Por ejemplo, la primera premisa es una regla afirmada a partir de un juicio previo consistente en la precomprensión del caso (el juez observa los hechos sometidos a su jurisdicción y los ubica provisionalmente en un determinado contexto delictivo, afirmando que los mismos pueden ser constitutivos de tal o cual delito). Sólo de este modo puede entenderse aplicable la norma del código penal que prohíbe la conducta y asigna, a su comisión, una pena privativa de libertad. Dicho juicio se complica cuando, además, dicha pena puede ser sustituida o suspendida en función de circunstancias eventuales.

En este caso, para la primera premisa ha tenido que tomarse una posición respecto a la aplicabilidad de la norma, pero también habría tenido que producirse un acto interpretativo si la misma lo hubiera requerido. Sucede mayoritariamente (aunque no es excusable en mi opinión) que los jueces no tienen tiempo de interpretar la norma sino que actúan, se ha dicho, como un músico de jazz, por conocimiento práctico. Y, probablemente, en materia de interpretación y aplicabilidad de normas, el juez supla el ejercicio individual por la asunción de la doctrina jurisprudencial de su “superior” jerárquico o del Tribunal Supremo.

De dicho tipo de razonamiento ha de observarse la *conexión necesaria entre premisas* (por ejemplo, no se observaría dicha conexión si la premisa segunda anterior es sustituida por ésta: “*este es un proceso abreviado*”⁹³³). La conclusión que a partir de las reglas de formación y transformación lógica se infiera no expresa una relación de causalidad entre premisas y conclusión, sino simplemente una relación formal entre enunciados o cadenas de símbolos.

b) El análisis de la *disposición material*.

⁹³³ Sí existiría conexión necesaria entre esta premisa y una anterior que afirmara: “*el artículo 786.1.II LECrim exime la presencia del acusado para celebrar juicio oral en los procesos abreviados (...)*”.

El de la disposición material es un análisis también normalmente acometido mediante un razonamiento deductivo, aunque en este supuesto parece que las premisas estarán mayoritariamente conformadas por aserciones sobre el “estado de las cosas” que por reglas. Y, para las primeras, habría de exigirse, sin duda, la verdad de las mismas, esto es, la correspondencia de su contenido con la realidad que identifican. Obsérvese este razonamiento:

P 1.- Para poder huir es necesario tener libertad de movimiento.

P 2.- Juan tiene libertad de movimiento.

C.- Juan puede huir.

De la verdad de la segunda premisa depende la verdad de la conclusión y la solidez del argumento. La primera de las premisas es una regla que el juez habrá deducido de sus máximas de la experiencia y que constituye, en el supuesto planteado, la *ratio decidendi* de la disposición material. Obsérvese que la determinación de esta primera premisa en el caso concreto dependerá de cuál haya sido la conclusión del juicio anterior, relativo al riesgo de frustración procesal. En ocasiones, el mismo diagnóstico del riesgo de frustración procesal favorecerá la formulación de la primera premisa del razonamiento dirigido a apreciar la disposición material. Así sucedería en un supuesto como el que sigue:

(Razonamiento para concluir el riesgo de frustración procesal)

P 1.- La comisión por Juan del hecho enjuiciado se prueba con A + B + C.

P 2.- Ahora disponemos de A y B ⁽⁹³⁴⁾.

C.- Es necesario disponer de C para probar que Juan cometió el hecho enjuiciado.

(Razonamiento para concluir la disposición material)

P 1.- Es posible que C se encuentre en el ordenador de la empresa dónde trabaja Juan.

⁹³⁴ Fíjese que la primera premisa es en realidad una ratio construida por el juez a partir de la norma penal que tipifica el hecho y la segunda es, en este caso, una premisa basada en el estado de las cosas (por lo que ha de ser verdadera para que el argumento sea válido).

P 2.- *Juan tiene acceso al ordenador de la empresa.*

C.- *Juan tiene acceso a una prueba inculpatoria.*

En otras ocasiones, se producirá en esta fase del análisis la integración en el juicio cautelar de un argumento que implica a terceros, lo que me lleva a cuestionar si, en determinados supuestos, el juez realiza también juicios valorativos respecto a la conducta de terceros⁹³⁵. Observemos un ejemplo, para el que hemos de imaginar que el razonamiento del riesgo de frustración procesal concluye así: “*para ejecutar la pena asociada al hecho enjuiciado es necesario que Juan disponga de dinero*”. Y que, en el análisis de la disposición material, se argumenta del siguiente modo:

P 1.- *Para poder acceder y ocultar el dinero es necesario disponer libremente de él.*

P 2.- *Juan no dispone libremente de su dinero.*

C.- *Juan no puede acceder ni ocultar su dinero.*

Pero si, además...

P 1.- *Juan necesita el consentimiento de su madre para disponer del dinero.*

P 2.- *La madre de Juan dará/daría su permiso a Juan.*

C.- *Juan puede/podrá disponer de su dinero* ⁽⁹³⁶⁾.

En el ejemplo que acabo de utilizar he integrado, además, un elemento relativo a la disposición anímica (la madre de Juan le dará –daría, en determinadas condiciones, que son en realidad los hechos que integran el juicio de peligrosidad procesal- su consentimiento) de ahí lo incierto del resultado. Obviamente, si lo hará o no depende del análisis de la disposición anímica, cuya estructura expongo a continuación.

c) El análisis de la *disposición anímica*.

⁹³⁵ Lo que me lleva a la espinosa cuestión apuntada en la introducción de este trabajo y no abordada finalmente en el mismo: la relativa a la afección de derechos de terceros y la consideración que de éstos terceros se tiene.

⁹³⁶ Siguiendo con la cuestión que ocupa la nota al pie anterior, ha de observarse que en este razonamiento se realiza un juicio sobre la disposición material y anímica del tercero.

A diferencia de lo que sucede con el razonamiento que conduce a afirmar o negar el riesgo de frustración procesal y con el que se infiere la disposición material, el que concluye la disposición anímica es un razonamiento *inductivo*.

En consecuencia, el mismo no se limita a la demostración formal de la conclusión, sino que provoca una generalización: no se trata de un argumento lógicamente concluyente sino contingente y, por tanto, no puede tener esquemas con reglas de transformación en sentido lógico. En otras palabras, *no es deductivamente válido* pero pretende que las premisas hagan *razonable* la conclusión⁹³⁷. Efectivamente, la inducción permite la predicción de un hecho futuro a partir de un conocimiento previo ya adquirido. Observemos un ejemplo de razonamiento inductivo:

P₁.- *El 95% de los imputados que pueden disponer de su dinero lo ocultan.*

P₂.- *Juan puede disponer de su dinero.*

C.- *Juan ocultará su dinero.*

Puede observarse que la inferencia no se desprende necesariamente de las premisas: la predicción habría de expresarse en términos de *probabilidad*, puesto que la realidad de un hecho futuro está sujeto a numerosas contingencias. Precisamente porque la inferencia es contingente, un mayor acercamiento a la realidad obliga a integrar en el juicio el mayor número de circunstancias posibles. Por ejemplo, si al anterior añadimos:

P₁.- *Juan conoce que, de no satisfacer la multa, se le impondrá una pena privativa de libertad sustitutoria.*

P₂.- *Juan tiene un trabajo al que debe acudir todos los días.*

P₃.- *Juan acostumbra a pagar sus deudas* ⁽⁹³⁸⁾.

P₄.- *Juan satisfizo voluntariamente una pena de multa.*

C.- *Juan no ocultará su dinero.*

⁹³⁷ Si la mera razonabilidad de la conclusión es suficiente (o no lo es) para permitir la injerencia estatal en un derecho subjetivo es, como se ha apuntado *supra*, la mayor objeción a la punición de estados peligrosos.

⁹³⁸ Lo que puede deducirse, de un modo tampoco concluyente, de la ausencia de demandas civiles dirigidas contra él, o de la declaración de testigos aportados al efecto

Lógicamente el argumento continúa sin ser concluyente. Y así será siempre que la inferencia buscada sea una predicción. Observemos otro ejemplo de razonamiento inductivo para el análisis de la disposición anímica:

P₁.- *Los que no tienen arraigo en el territorio español huyen para evitar el proceso.*

P₂.- *Juan no tiene arraigo en el territorio español.*

C.- *Juan huirá para evitar el proceso.*

En este caso, la premisa mayor o *ratio decidendi* no se obtiene a partir del método estadístico, como en el ejemplo anterior, aunque ello no reporta diferencias sustanciales entre uno y otro. Provenza de dónde provenga la máxima sobre la que se aplica la circunstancia predicada del sujeto pasivo, permite sólo un juicio de probabilidad, cuya certeza resta sujeta a eventualidades no comprobables *a priori*. Que la conclusión que se acaba de inferir sea suficiente para imponer una medida cautelar es cuestión discutible. En mi opinión, aquélla constituye sólo un parámetro para el cálculo coste-beneficio asociado a la materialización del riesgo. Pero han de añadirse, en mi opinión, otras valoraciones. Si no es así, o ha de negarse la disposición anímica o, si se afirma ésta, tiene un carácter tan débil que permitiría la imposición de una medida cautelar muy suave, permitiría, en definitiva, una injerencia mínima.

Comparemos los anteriores razonamientos con el siguiente:

P₁.- *Juan tenía dos hijos, un trabajo, una casa y una mujer y huyó para evitar el proceso.*

P₂.- *Juan tiene dos hijos, un trabajo, una casa y una mujer.*

C.- *Juan huirá para evitar el proceso.*

La conclusión continúa siendo contingente, por futura, pero parece mucho más razonable: y ello por la calidad de la primera premisa. Ante iguales circunstancias, ¿qué habría de hacernos pensar que el sujeto actuará de modo distinto? Poner de manifiesto esas razones para que sean integradas en el razonamiento del juez es tarea que compete a la defensa (y al Ministerio Fiscal si en virtud del principio de legalidad que rige su

actuación así considera que ha de hacerlo). Con este último razonamiento se identifica el primero de los métodos de apreciación de la disposición anímica, propuestos en el capítulo IV. La cualificación de este razonamiento justificaría, en la tesis que propongo, la posibilidad de incluir la prisión provisional en el listado de medidas idóneas y de estimarla necesaria, en virtud de la calidad del riesgo (lo que no exime, en esencia, el respeto a la proporcionalidad *strictu sensu*).

Si la cualidad de la disposición anímica se mide por la razonabilidad de la inferencia, y ésta por el carácter de sus premisas, por fuerza hará de admitirse una mayor fuerza de aquella *ratio decidendi* cuyo contenido sea un acto previo del sujeto, algo que en realidad sucedió y es, por tanto, comprobable. Y menor ha de serlo cuando aquella primera premisa consiste en una regla de carácter general afirmada como máxima de la experiencia judicial: que dicha máxima de la experiencia haya sido obtenida a través de medios estadísticos no cambia en nada, a mi parecer, la razonabilidad de la conclusión. Lógicamente, cuanto mayores sean las máximas de la experiencia, y sobre mayor número de circunstancias se aplique (conocimiento añadido), más razonable deviene la conclusión. En este sentido, constituye un conocimiento añadido el que el Juez pueda obtener a partir del informe de un profesional en psicología forense o experto en las ciencias de la cognición. Pero ha de advertirse que si dicho profesional no sólo aporta la premisa mayor sino que, previo examen del sujeto sobre quien versa el juicio clínico, concluye también la inferencia, el juicio sobre la disposición anímica no lo realiza ya el juez sino aquel otro profesional.

Lo expuesto en momentos precedentes de este trabajo sobre la interpretación y valoración del indicio cautelar, puede ejemplificarse aquí: el indicio o circunstancia del sujeto o del caso han de ser objetivamente interpretados (por ejemplo, “Juan tiene dos hijos, una casa, un trabajo y una mujer”) y libremente valorados. Para valorar libremente el juez formulará una norma general a partir de su máxima de la experiencia, que constituirá la premisa mayor del razonamiento inductivo, y tomará como premisa menor el resultado de la interpretación objetiva de la circunstancia. La conclusión será siempre, sí, una probabilidad, pero su razonabilidad (y la calidad de la disposición anímica aducida) dependerán tanto del contenido de las premisas, como del número de las mismas (conocimientos añadidos). La naturaleza del caso sirve normalmente al juez para seleccionar en su fuero interno (y probablemente inconscientemente o por

conocimiento práctico) las máximas de la experiencia aplicables. Pero dicha naturaleza, si bien puede justificar determinadas inferencias acreditativas de la peligrosidad criminal, no parece válida para hacer lo propio con la peligrosidad procesal.

Con todo, de las conclusiones de estos razonamientos dependerá la posibilidad de entender existentes un riesgo de frustración procesal, la disposición material y la disposición anímica. ¿Cuáles son los efectos asociados a este resultado? Lo señalaremos en el apartado siguiente.

F) Efectos derivados de la apreciación de los presupuestos. Posibilidad de imponer medidas cautelares y limitación en cuanto a la gravedad de esta medida.

En términos expuestos al inicio de este título, la apreciación de los presupuestos materiales permite afirmar la *procedencia* del recurso a la tutela cautelar. Verificado su fundamento en el caso concreto, ha de admitirse que concurren aquellas circunstancias que justifican la tutela de este tipo. Pero no que dichas medidas, siendo posibles, sean necesarias. Así que el paso siguiente consiste en aplicar sobre esta procedencia un “juicio de *necesidad*”, que viene informado por la regla de proporcionalidad y sus tres sub-reglas: idoneidad, intervención mínima (o “alternativa menos gravosa”) y proporcionalidad *strictu sensu*. Ha de observarse que el “juicio de *necesidad*” se encuentra directamente vinculado al contenido del “juicio de procedencia previo”. Tal vinculación puede advertirse a nivel teórico, pero también son visibles sus efectos prácticos. Aquella vinculación se observará al hilo de la exposición de la aplicación práctica de las tres sub-reglas de la proporcionalidad.

2. Necesidad de adoptar una medida cautelar en el caso concreto: aplicación de la regla de proporcionalidad.

Ciertamente, la regla de proporcionalidad constituye esencialmente un medio de *control* de la actividad de los poderes públicos⁹³⁹. Si esa actividad ha respetado o no las

⁹³⁹ Aquí interesa observar la regla de proporcionalidad como medio de control de las decisiones de los poderes públicos limitativas de derechos y de la ejecución de dichas decisiones. No en cambio como mecanismo de evaluación de la *eficacia* de las mismas.

El control a posteriori de la medida acordada e impuesta incluye los siguientes juicios: A grandes rasgos, se afirmará que la medida acordada es cuantitativa y cualitativamente adecuada “si con su ayuda la

exigencias de dicha regla se observará mejor *a posteriori*, escogida ya la medida (en lo que incluimos su contenido cualitativo y extensión cuantitativa) a imponer en un determinado supuesto de hecho. No obstante, quiere en este momento presentarse un método para que la regla de proporcionalidad guíe también la actividad del órgano que ha de decidir, a partir de la concurrencia de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales, si (1) ha de acordarse una medida cautelar penal y (2) qué medida cautelar penal ha de imponerse.

Los motivos por los que el *juicio de procedencia* de la tutela cautelar penal (que se resuelve con el examen de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales) no supone inexorablemente el recurso a este género, fueron expuestos al inicio del título que nos ocupa. Allí ha de buscarse la razón de esta distinción metódica. Ahora ha de partirse de la apreciación de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales. Una vez afirmados éstos, el modo concreto en que se defenderá el proceso depende de la aplicación de la regla de proporcionalidad y las tres sub-reglas que en la misma se incluyen⁹⁴⁰. El método que propongo a continuación pretende facilitar la aplicación de dichas reglas. Para este ejercicio, no obstante, habrá de cambiarse de paradigma e identificar, en primer lugar, el fin que se persigue con la adopción de una medida cautelar.

A) El tránsito de los presupuestos materiales a las exigencias de la regla de proporcionalidad: la concreción del fin.

Reitero: con la apreciación de la *peligrosidad procesal potencial del sujeto para materializar un riesgo de frustración procesal* (que, lógicamente, habrá de existir) se afirma el motivo que permite el recurso a la tutela cautelar. Con esto quedaría justificado genérica y racionalmente el recurso a la tutela cautelar. Digamos que con esto se justifica la “existencia” de una medida cautelar penal, si va a existir. ¿De qué depende que efectivamente se imponga una (y concreta) medida cautelar penal? De la aplicación de la regla de proporcionalidad. Sucede que para realizar algunos de los juicios que integran dicha aplicación ha de tomarse como parámetro la *expresión*

satisfacción del fin deseado se acerca o facilita, y no lo es si se aleja o dificulta o, simplemente, en los casos más claros, si la injerencia no despliega absolutamente ninguna eficacia para la consecución del fin previsto por la norma”. El entrecomillado es de GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO (siguiendo a GENTZ), extraído de *Proporcionalidad y derechos..; ob.cit;* p. 156.

⁹⁴⁰ Para su exposición teórica, *vid. supra*, capítulo V § I.3.

teleológica del motivo, del fundamento cautelar, del peligro cautelar apreciado en el concreto proceso, en definitiva. Por esto, ha de realizarse, antes de comenzar a aplicar las exigencias de la proporcionalidad ha de realizarse un ejercicio de transformación, del *motivo* que justifica la injerencia al *fin* perseguido con dicha injerencia.

Por ejemplo, si se ha advertido que el sujeto pasivo de un proceso ostenta una aptitud y actitud para manipular una fuente de prueba, habrá de convenirse que el fin de la tutela cautelar penal, en ese proceso, es evitar la manipulación de esa fuente de prueba. Lo propuesto es, más que un juego de palabras, un intento de racionalizar el análisis de la defensa del proceso: de hacer depender el *fin* o la intención del *motivo* o la razón.

Se conoce que el fin o la intención pueden estar presentes en el mismo inicio de la actividad judicial relativa a la adopción de medidas cautelares penales. Así se actúa por razonamiento práctico, y no es criticable. Pero la “intuición” de que el proceso necesita ser defendido habrá de ir seguida de su comprobación racional para volver, tras esta comprobación, nuevamente a la intención: concretamente, a las exigencias y límites de adecuación entre el medio y el fin.

B) Juicio de idoneidad y confección de un listado de medidas (cautelares o no) penales aptas para el fin perseguido.

Adeuar el medio al fin tiene como primer ejercicio en el “juicio de idoneidad”⁹⁴¹. El método propuesto para aplicar la sub-regla de idoneidad consiste en *confeccionar un listado de medidas aptas cualitativamente para lograr el fin perseguido* (que habremos identificado con el ejercicio precedente). Quiero precisar que:

1) La *aptitud objetivo-cualitativa* de una medida puede observarse a partir de la experiencia práctica o empírica acumulada. Pero también es posible observar aquella cualidad por un medio eminentemente teórico consistente en poner atención en los elementos que fundamentaron el *peligro cautelar* y advertir la idoneidad de la medida por su aptitud material para negar o reducir cualquiera de aquellos elementos. Pueden encontrarse ejemplos de este ejercicio teórico en el capítulo anterior⁹⁴².

⁹⁴¹ Para su determinación teórica, *vid. supra* capítulo V § I.

⁹⁴² *Loc. cit.* en nota al pie anterior, apartado 1.

2) En aquel listado habrán de incluirse todas las medidas cualitativamente aptas para coadyuvar al fin pretendido, sean cautelares o de otra naturaleza (institutos afines)⁹⁴³. Esto facilita el “juicio de menor lesividad” que sigue al de idoneidad.

3) Pese a que la prisión provisional es una medida cualitativamente apta para evitar (1) la fuga y (2) la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, su inclusión en el listado de medidas idóneas puede hacerse depender (legislativamente) de algunos criterios relacionados con la *calidad del riesgo* o con la *proporcionalidad strictu sensu*⁹⁴⁴. No obstante, estos condicionantes, de existir, pueden observarse bien en esta sede, bien al final del método propuesto.

C) Juicio de intervención mínima: orden, prelación y elección de la medida o medidas de defensa del proceso a considerar.

El “juicio de menor lesividad”⁹⁴⁵ se aplica sobre el listado de medidas idóneas confeccionado previamente (ejercicio anterior). Dicho juicio habrá de permitirnos decidir cual o cuáles de las medidas incluidas en aquel listado permite un *mayor grado de eficacia* y una *menor restricción de derechos*. Este juicio de optimización es complicado, y para realizarlo habrá de tenerse en cuenta que:

1) Se trata de un ejercicio comparativo, pues se produce por cotejo de los distintos instrumentos incluidos en el listado de medidas idóneas.

2) Constituyen parámetros para valorar la “menor lesividad”: (a) la *calidad o intensidad del peligro* (cuya materialización ha de evitar la medida que se adopte); (b) el *contenido* (cualitativo y cuantitativo) de las distintas medidas, y (c) los *efectos* (directos e indirectos) asociados a su imposición.

El método propuesto para aplicar la regla de menor lesividad o intervención mínima consiste en:

⁹⁴³ Puede encontrarse una somera relación de institutos afines a las medidas cautelares penales en *loc.cit.* en la penúltima nota al pie, subapartado c.

⁹⁴⁴ *Vid. supra*, capítulo V § II.2.

⁹⁴⁵ Para su determinación teórica, *vid. supra* capítulo V § II.

1.- Ordenar los instrumentos incluidos en el listado de medidas idóneas de mayor a menor onerosidad. Este ejercicio supone un juicio valorativo (ha de darse valor al derecho que es objeto de injerencia con cada medida) por lo que se estima conveniente, en aras a una mayor equidad en el mismo, observar (que no atender necesariamente) la escala valorativa manifestada por el imputado o su defensa.

2.- Ordenado aquel listado, la elección de una medida suficiente puede acometerse preguntando (comenzando por la medida menos gravosa): “¿es suficiente esta medida para evitar la huída (u otro riesgo de frustración procesal) del imputado?” En caso de respuesta negativa, esta misma pregunta habrá de formularse respecto a la siguiente medida que aparezca en el listado. Ha de advertirse que es posible que esta pregunta se refiera no sólo a una medida sino a la conjunción de varias, cautelares o de distinta naturaleza (por ejemplo, comparecencia periódica más fianza para evitar la huída; o secreto de sumario más intervención de las comunicaciones personales para evitar la ocultación o destrucción de una determinada fuente de prueba). Sea como sea, cuando se responda afirmativamente a esta pregunta se habrá dado con *la medida* (o el conjunto de medidas) *menos gravosa para evitar la materialización del riesgo de frustración procesal*. He aquí el juicio de optimización.

Ha de advertirse que en lugar del ejercicio señalado cabe realizar otro consistente en preguntar, comenzando por la medida más gravosa (y recordando que la exigencia de proporcionalidad en general se asimila a la prohibición de exceso): “¿es excesiva esta medida para evitar la huída (u otro riesgo de frustración procesal) del imputado?” Si se responde afirmativamente, habremos de descartar la medida objeto de análisis por desproporcionada y formularnos la misma pregunta con la que le siga en la lista que hemos ordenado previamente. Con la respuesta negativa a aquella interpelación habremos hallado la *medida* (o conjunto de medidas) *más efectiva, entre las proporcionadas, para evitar la materialización del riesgo de frustración procesal*. La mayor efectividad de esa medida viene otorgada, precisamente, por su mayor gravedad (recuérdese que este segundo método de descarte parte de la medida más gravosa a la menos lesiva). Ha de entenderse también que si la medida de este modo elegida se estima proporcionada, por no excesiva, también las menos gravosas lo serán. De seguirse este método: (1) se da primacía al valor seguridad frente al valor libertad y (2) puede afirmarse el respeto a los requisitos de idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, pero no al de menor lesividad.

En definitiva, y situándonos en aquella idea que hace depender la racionalidad del tratamiento estatal al individuo de la noción aristotélica de *justo medio a la alza* entre los valores contrapuestos, la distinción entre uno y otro método radica precisamente en cuál sea el valor que, alejando la medianía de la mediocridad, informe la alza del justo medio: a la primacía del valor libertad individual responde el primer método. A la primacía del valor seguridad (no personal sino colectiva) responde el segundo de aquellos. No me cabe duda que, aún siendo la libertad uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), en las coyunturas históricas dónde aumentan las demanda de seguridad y punición (aumenta por tanto el valor “seguridad”, “camuflado” en el valor “justicia”, también superior de nuestro ordenamiento), la fijación de la concreta medida proporcional obvia la exigencia de menor lesividad, reduciéndose ese principio al carácter idóneo y no “desproporcionado” (en sentido estricto) del tratamiento estatal al individuo. Nuevamente, la cuestión ideológica se percibe en las decisiones jurídicas.

Antes de pasar a la tercera de las sub-reglas de la proporcionalidad, ha de precisarse que el juicio de menor lesividad puede conducir a fijar, como tratamiento menos gravoso para conseguir el fin pretendido, bien una, bien varias medidas. Y es que en ocasiones un conjunto de medidas puede resultar menos gravoso que una sola. Además, el juicio de menor lesividad determina el contenido objetivo-cualitativo y cuantitativo de la medida, pero también al contenido subjetivo, siendo en realidad posible adoptar una medida que limite, aunque indirectamente, también derechos de personas no imputadas.

D) Juicio de proporcionalidad *strictu sensu*: comprobación del carácter no desproporcionado de la medida elegida a partir del juicio de menor lesividad.

La medida que, como resultado el juicio anterior, se haya estimado *suficiente* habrá de ser sometida a un último tamiz: el que provoca la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto⁹⁴⁶. Por ésta ha de controlarse que la medida idónea y suficiente no es desproporcionada, en el siguiente sentido: que su contenido no supone una injerencia en

⁹⁴⁶ Para su determinación teórica, *vid. supra* capítulo V § II.

las libertades individuales superior a la que supondría el eventual castigo asociado al hecho enjuiciado⁹⁴⁷.

El análisis *prima facie* de la proporcionalidad en sentido estricto de la medida cautelar se limita a *comparar el derecho objeto de limitación con la imposición de esa medida con el derecho objeto de limitación con la imposición de la consecuencia jurídica del delito*. No hablamos de homogeneidad. Tampoco se exige que el derecho cuya injerencia es contenido de la medida cautelar y de la “pena” sean el mismo. Sólo se trata que el que se restringe con la medida cautelar no sea valorativamente más grave que el que se restringiría con la pena. Esto, obviamente, implica un juicio de valor, que además tiene una dificultad variable según los casos. Por ejemplo, estaríamos de acuerdo en que la privación (aunque provisional) de libertad por el ingreso en un establecimiento penitenciario es una injerencia en las libertades más grave que la privación de uso de vehículos a motor o que la pena de días-multa. Esto siempre y cuando, obviamente, se adopten como único criterio de proporcionalidad *strictu sensu* los aquí propuestos: (1) objeto y extensión de la medida cautelar y (2) objeto y extensión de la consecuencia jurídica asociada a la comisión del hecho enjuiciado.

El juicio de proporcionalidad *strictu sensu* basado en el elemento temporal (en su duración, al cabo) no puede realizarse de entrada, y esto porque la medida cautelar se acuerda por un tiempo indeterminado: su vigencia depende únicamente (salvo que haya de observarse el plazo máximo de la prisión provisional) de la de sus presupuestos. La proporcionalidad, como los demás presupuestos de las medidas cautelares penales, ha de observarse en el momento de adopción de la medida (digamos que los presupuestos justifican su “nacimiento”), y ha de mantenerse durante su vigencia. Por este motivo, el incremento del tiempo de duración de la medida puede requerir que se acometa la revisión de la misma y, en su caso, la modificación de la tutela cautelar dispensada, por desproporcionada.

A lo expuesto en las últimas líneas me referiré en breve, en el título dedicado a los momentos de adopción y vigencia de las medidas cautelares penales. Sin embargo, antes quiere concluirse el método de adopción de las mismas con lo que podría ser (pero también podría no serlo) un último ejercicio condicionante.

⁹⁴⁷ En realidad, de lo que se trata es de que el fin (aplicación del *ius puniendi*) justifique el medio, pero en tanto el único elemento objetivo que existe para valorar dicho fin es la pena prevista al hecho enjuiciado, el efecto de la proporcionalidad *strictu sensu* puede resumirse como se ha hecho en el texto principal.

E) Comprobación de la legitimidad de las medidas finalmente escogidas.

Bajo este último título se quiere poner de manifiesto la necesidad de observar otros requisitos de procedencia de la medida de defensa del proceso que se haya estimado idónea, suficiente y proporcional. A continuación matizaré el objeto de este último ejercicio, que no puede decirse responde sistemáticamente a la correlación “fundamento-procedencia” “proporcionalidad-necesidad”:

1) El objeto de este último examen es la verificación de que concurren los requisitos legalmente exigidos para la adopción de medidas distintas a las cautelares: téngase en cuenta que la “introducción” en este método de los institutos afines a las medidas cautelares se lleva a cabo en el juicio de idoneidad. En tal estadio, ya se habrán verificado los requisitos de procedencia de la tutela cautelar penal (los presupuestos materiales de estas medidas), pero ¿qué hay de los requisitos de procedencia de los institutos afines a ellas? Todo tiene su motivo, su fundamento, de manera que no ha de resultar extraño que se proponga la verificación, en el caso concreto, del fundamento de cada uno de los institutos afines. Si este ejercicio no se ha acometido antes, quizás quepa abordarlo ahora, antes de proceder a la ejecución de la medida que se haya concluido adoptar.

2) También ha de incluirse en este juicio un tanto desorbitado la verificación de los requisitos de adopción específicos de una determinada medida cautelar, si los hay. Éstos pueden venir justificados (a) por alguna particularidad de la medida (con lo que habría de estimarse, en tal caso, consustancial a dicha medida), (b) por la previsión legal de normas obtenidas mediante la abstracción de algunos efectos de la aplicación de la regla de proporcionalidad –por ejemplo, el límite penológico mínimo requerido para imponer prisión provisional- o (c) por la introducción de requisitos específicos que respondan a opciones de política criminal -tal sería el caso, por ejemplo, de la exclusión de la oficialidad para algunas medidas, o algunas de las propuestas presentadas en este trabajo con el nombre “*régimen situacional*”-.

3) Aunque este ejercicio se proponga en último lugar, cualquiera de los requisitos indicados en los dos puntos precedentes puede haberse observado antes, integrado en el presupuesto a que haga referencia. O quizás pueda acometerse justo

antes del juicio de idoneidad, como colofón a la verificación del fundamento de las medidas que pueden incluirse en el listado de medidas aptas para el fin perseguido.

Con lo anterior, quiere recordarse que el método, cuya exposición ahora concluye, responde a una estructura de razonamiento teórico, quizás por ello de mayor utilidad para el estudio y resolución de casos (sobre tutela cautelar penal) en el ámbito formativo. Probablemente muchos de los juicios ahora indicados se mezclarán en un examen de la cuestión cautelar basado en el razonamiento práctico. No obstante, estimo que la asunción a nivel formativo del método teórico puede facilitar enormemente un completo análisis práctico de las cuestiones relativas a la tutela cautelar penal, aunque la capacidad de quien realiza este análisis en la práctica permita entremezclar las distintas exigencias, lo que sin duda ha de reputarse también de gran utilidad.

II. Momentos de adopción y vigencia de las medidas cautelares penales. Una explicación basada en las características de la tutela cautelar penal.

Por ahora, en este séptimo capítulo, se ha propuesto un método para la aplicación de los *presupuestos materiales* de adopción de las medidas cautelares penales y para la aplicación de la exigencia de proporcionalidad: elementos suficientes para enjuiciar el recurso, en el caso concreto, a la tutela cautelar penal. No obstante la suficiencia de lo expuesto hasta el momento, no quiere zanjarse el presente estudio sin hacer una breve mención a los “requisitos temporales” de la tutela cautelar penal: ¿cuándo puede decretarse una medida de este género? ¿Cuánto tiempo puede durar la limitación de derechos objeto de esta tutela? Y, con lo anterior, impuesta una medida cautelar, ¿cuándo y cómo ha de ser objeto de revisión, si ha de serlo? Algunas de las posibles respuestas ya han sido expresa y puntualmente apuntadas en momentos precedentes, pero se ha querido diferir el tratamiento monográfico de la “cuestión temporal” a este lugar porque en la misma inciden distintos presupuestos. Expuesta una construcción teórica de todos ellos y propuesto un método de aplicación de los mismos, conocemos ya todos los elementos necesarios para acometer el análisis de la duración y vigencia de las medidas cautelares penales.

Para responder a las preguntas formuladas *supra*, se ha decidido utilizar la mediación de las *características* de la tutela cautelar penal (y de las medidas que la integran, por extensión). ¿El motivo? No obviar uno de los modos más recurridos por la doctrina para

identificar este tipo de tutela⁹⁴⁸. De hecho, las “características” podrían ser adjetivadas como “necesarias derivaciones del fundamento”, en el mismo sentido que se dijo lo propio sobre los fines y presupuestos de adopción de las medidas cautelares: no es que el fundamento necesite ser concretado a través de las características, sino que éstas necesariamente se configuran a partir del fundamento⁹⁴⁹. Por esto, en tanto el fundamento (identificado con la expresión “peligro cautelar”) es el principio justificativo del género cautelar, las características han de predicarse de todas las medidas cautelares: no puede sostenerse que algunas medidas cautelares son instrumentales y otras no, ni que algunas están sujetas a variabilidad y otras no.

⁹⁴⁸ Muchos trabajos sobre medidas cautelares, más o menos específicos, se sirven de las características para concluir determinados extremos de este tipo de tutela. En el presente trabajo, se ha decidido presentar las características, principalmente, como derivación del fundamento.

⁹⁴⁹ Si las características derivan del fundamento, de los presupuestos, del contenido de las medidas o, si a partir de las características puede uno posicionarse sobre cada uno de aquellos extremos, es un debate mayoritariamente infructuoso a efectos prácticos. A lo sumo, puede tener relevancia en el método analítico escogido, en la función (distintiva o descriptiva) que quiera asignarse a las características afirmadas. Al menos, así ha sucedido en la elaboración de este trabajo: éste se basó inicialmente en un análisis inductivo, así que se partía de la identificación de las distintas características para, después de su estudio, poder determinar lo que distinguía las medidas cautelares de otros institutos afines. Pero dicho ejercicio topó con dos problemas básicos: (1) El problema de la muestra analítica y (2) el problema del factor diferencial. El primero consistió en que, para extraer las características de las medidas cautelares penales había de definirse la *muestra*, esto es, las propias medidas cautelares penales, cuando, en la realidad legal, dogmática y jurisprudencial, aquella era incierta: su concreción no era posible sino una vez finalizado el análisis; entonces, el trabajo no podía progresar porque su principio constituía el final. Una vez “pseudo-superado” este problema con la fijación de un criterio de selección (que permitía incluir en la muestra todas aquellas medidas o resoluciones que habían sido consideradas alguna vez, por la doctrina o la jurisprudencia, como cautelares), el método seguido topó con otra barrera: ninguna de las características de los institutos procesales estudiados permitía identificar el factor diferencial de las medidas cautelares: ¿acaso no existía un factor diferencial sino varios? A partir de la idea que la función de aseguramiento era uno de los caracteres distintivos, y de la distinción entre características constantes y características distintivas, percibí que el criterio que permitía distinguir las diferentes medidas procesales penales con función de aseguramiento no era uno sino varios, y no era constante sino variable (por ejemplo, no tienen el mismo elemento distintivo las medidas cautelares y la práctica anticipada de prueba, que las medidas cautelares y la entrada y registro domiciliario, o las medidas cautelares y la orden europea de detención y entrega). Pero sí se llegó a advertir que determinadas medidas muy semejantes procedimentalmente tenían como nota diferencial el *fin* al que iban dirigidas. Así que se estimó procedente un cambio de método, pasando al *deductivo*, por el que se abordó como cuestión de primer orden el fundamento y función de la tutela cautelar penal. El caso es que una vez afirmadas las características, si éstas distinguen o describen depende del uso que nosotros les asignemos. La posición sostenida en el texto principal (que las características derivan del fundamento) se debe también a una ventaja analítica: si querían derivarse las características de esta tutela a partir de los presupuestos, en tanto estos se identifican individualmente desgranando cada uno de los elementos del fundamento (que pese a la separación, se interrelacionan) aparecían problemas de asignación entre las características, cuya superación obligaba a acudir a argumentos patentemente confusos.

1. Instrumentalidad y objeto de la protección cautelar: momentos de adopción de las medidas cautelares penales.

El concepto “instrumentalidad” designa aquella cualidad de las medidas cautelares penales que las vincula al objeto a cuya protección están preordenadas. Si las medidas cautelares son un instrumento para “algo”⁹⁵⁰, entonces habrá de admitirse que cuál sea ese “algo” (el fin para el que se usan, en definitiva) influirá en el concepto concreto de instrumentalidad que se defienda. En otras palabras, la posición que uno tome respecto al *fundamento* (o a su expresión teleológica, la *función*) de las medidas cautelares incide necesariamente en el concepto de instrumentalidad que se aduzca⁹⁵¹.

El efecto y relación que se acaban de describir se observó claramente en el debate planteado respecto a las medidas cautelares civiles: la revisión del fundamento de aquellas medidas, trasladando el objeto directo de la protección cautelar, de la ejecución de la sentencia (protección de un acto procesal) a la efectividad de la misma (protección de un derecho material), comportaba necesariamente una distinta percepción de la *instrumentalidad*. Pese a que esta cualidad sigue siendo formalmente invocada por los defensores de la teoría amplia de medidas cautelares civiles, se observa un cambio respecto a *qué* son instrumentales estas medidas. La instrumentalidad, en la concepción mayoritaria (y amplia) de medidas cautelares civiles, ya no viene referida a la resolución definitiva del proceso, sino al derecho sustantivo objeto de esa resolución⁹⁵². Parece, con esto último, atenuarse un tanto la instrumentalidad cualificada, elevada al cuadrado, que tan gráficamente presentó Calamandrei⁹⁵³. La tesis amplia de medidas cautelares

⁹⁵⁰ Instrumento es definido, en su tercera acepción, “como aquello de que nos servimos para hacer algo” o “aquello que sirve de *medio* para *hacer algo* o *conseguir un fin*”, en *Diccionario de la Lengua.*; *ob.cit.*; p. 1286.

⁹⁵¹ Un ejemplo gráfico permitirá ilustrar esta idea: Imaginemos un cabo. Uno de sus extremos es lo que consideramos medida cautelar, el otro aquello a lo que está preordenada la medida cautelar, qué debe proteger, cuál es su fin o función, en definitiva, y el seno del cabo, mediante el que se unen los dos extremos, la instrumentalidad. La variación de cualquiera de estos tres elementos supondrá la necesidad de modificar los otros. Si queremos tener un cabo proporcionado, uniforme, sin diferencias de tamaño, ni de materia, ni de trenzado, entre sus partes, los tres elementos deben reunir similitudes cualitativas. De igual manera, si se quiere una teoría de medidas cautelares coherente, también deberá serlo la relación entre lo que es medida cautelar, su fundamento o función y el concepto de instrumentalidad que teóricamente se defienda.

⁹⁵² Sobre el planteamiento general del debate, *vid. supra* capítulo I § III.1.

⁹⁵³ Explicaba el maestro italiano: “Si todas las providencias jurisdiccionales son un instrumento del derecho sustancial que se actúa a través de ellas, en las providencias cautelares se encuentra una instrumentalidad cualificada, o sea elevada, por así decirlo, al cuadrado; son, en efecto, de una manera

civiles justifica la vigencia de la nota de instrumentalidad por la dependencia de las medidas cautelares al proceso civil. Así, se niega el carácter independiente de la tutela cautelar civil, pero se le dota de cierta autonomía.

En el orden penal, el debate relativo a la autonomía del “proceso cautelar” no ha sido todavía objeto de discusión, seguramente debido a que la indeterminación de las bases del sistema (cautelar) ocupa casi la totalidad de los esfuerzos en esta materia. No obstante, la previsión normativa de la “orden de protección integral para la víctimas de violencia doméstica” (art. 544-ter LECrim) puede suponer el inicio positivo (en su acepción estrictamente jurídica) de un debate que está por abrir⁹⁵⁴. En cualquier caso, de acuerdo con la tesis propuesta, el concepto de instrumentalidad se define por la relación entre el proceso y las medidas cautelares⁹⁵⁵. La cualidad de las medidas cautelares

inevitable, un medio predisposto para el mejor éxito de la providencia definitiva, que a su vez es un medio para la actuación del derecho; esto es, son, en relación a la finalidad última de la función jurisdiccional, *instrumento del instrumento*.”, en “Introducción al estudio sistemático...”, *ob.cit*; p. 45. Pero tampoco puede afirmarse tajantemente la contradicción entre lo defendido por la tesis amplia y lo que en su momento manifestó el gran referente italiano. Éste defendió que el *periculum in mora* de las providencias cautelares puede asumir dos configuraciones típicas, a las que llamó *peligro de infructuosidad* y *peligro de tardanza*, y señaló también cómo cada uno de estos peligros comportaba una distinta percepción de la *instrumentalidad* (*vid. supra*, capítulo I § III.2). No obstante su consagrada atribución, el propio autor cita a GÜTHE, jurista alemán que anteriormente ya señaló con gran claridad la diferencia entre estos dos tipos de peligro. La trascendencia de este debate en la doctrina alemana, no obstante, no tiene la misma relevancia que en la italiana o española, pues aquella no distingue netamente la institución de medidas cautelares, sino que, dentro del grupo de las medidas coactivas, las consideran un apéndice de la ejecución forzosa.

⁹⁵⁴ Ciertamente, no puede decirse que la orden de protección permita acordar medidas cautelares con independencia de la sustanciación de un proceso penal, pues la adopción de la orden ha de conllevar, necesariamente, la incoación del proceso: es, en definitiva, este expediente técnico, una forma de *notitia criminis*. No obstante, desde la perspectiva de quien solicita la protección (que es una protección personal, no procesal, en lo que a su finalidad respecta), puede percibirlo como un procedimiento independiente, o como mínimo autónomo, para la sola protección personal. El carácter indisponible del derecho penal (y su correlativo principio procesal de oficialidad) obliga, no obstante, que la afirmación de un hecho con apariencia delictiva como presupuesto de la adopción de la orden de protección conlleve la incoación del proceso penal. Como se ha advertido anteriormente, el tratamiento adecuado a la (presunta) víctima y, en general, del fenómeno de violencia reiterada sobre un mismo sujeto, requiere tener muy en cuenta la perspectiva de las personas agredida y agresora, así como la dimensión social y patológica de este tipo de violencia. Mi posición al respecto, *supra*, en capítulo III § III.4.C.b.

⁹⁵⁵ La relación entre la medida cautelar y el objeto de protección a que se preordena (el derecho procesal o el derecho sustantivo) se proyecta en todos los extremos de lo que habría de ser el contenido esencial de una teoría de medidas cautelares penales: lógicamente, puede percibirse aquella relación de manera especial, en la concreción del fundamento, esto es, en la determinación teórica de los presupuestos. A título de ejemplo, podemos retrotraernos a la determinación, en este trabajo, del presupuesto tradicionalmente llamado *FBI*: tras presentar la formulación tradicional de este presupuesto (según la que el *FBI* es un “juicio de *verosimilitud* o de *probabilidad* sobre la *existencia del derecho* cuya protección se solicita”) se precisó que “lo que se coloque detrás de «juicio de verosimilitud o de probabilidad» no es cuestión baladí (ya que) de ello dependerá el objeto genérico de la protección ofrecida por la medida cautelar”. Para finalmente, preguntarnos: “¿se defiende el proceso o el derecho sustantivo?”. *Vid. supra*, capítulo IV § II.2.

penales que ahora se analiza tiene implicaciones respecto a la *vigencia inicial* (momento de adopción) y *continuada* (duración y revisión) de las medidas de este género. La delimitación del alcance temporal de las medidas cautelares se explica por la siguiente construcción:

a) Si las *medidas cautelares penales* están preordenadas al aseguramiento del *proceso* (tienen como función evitar su frustración), habrá de admitirse que, en principio, aquéllas pueden acordarse en cualquier momento del mismo. En otras palabras, pueden acordarse medidas cautelares penales mientras resulte vigente el objeto de la protección que dispensan (el proceso); lo que ha llevado a algún autor a afirmar la litispendencia como presupuesto de las medidas cautelares penales⁹⁵⁶. Como se percibirá más adelante, el alcance temporal es muy distinto cuando una medida está preordenada a evitar la comisión de una conducta delictiva (cuando, en definitiva, el objeto de protección va más allá de la defensa del proceso)⁹⁵⁷. Si quiere observarse el posible momento de adopción de las medidas cautelares penales desde la óptica de la expresión teleológica del fundamento (esto es, desde la perspectiva de la *función* que cumplen), entonces podrá afirmarse que el momento en que es posible adoptar una medida cautelar depende directamente de la *capacidad funcional* de la medida respecto al acto que trata de asegurar.

b) Pero es posible concretar aún más lo que acaba de advertirse. Dado que la existencia de las medidas cautelares se justifica por lo que su fundamento expresa, y el fundamento se verifica, en el caso concreto, mediante la concurrencia de los *presupuestos materiales*, entonces habrá de concluirse que la vigencia de una medida cautelar en el caso concreto depende de la de sus presupuestos.

En definitiva, ha de sostenerse que las medidas cautelares penales pueden acordarse en cualquier momento durante la pendency del proceso, sin necesidad de habilitación legal expresa al juzgador para ello. ¿Significa esto que la medida cautelar impuesta ha de durar mientras resulte vigente el proceso en que se enmarca? Obviamente no: si la vigencia del *fundamento* cautelar en el caso concreto se verifica con los *presupuestos materiales* de estas medidas (y la función se concreta en los fines), entonces ha de condicionarse tanto la adopción como el mantenimiento de la medida a la concurrencia,

⁹⁵⁶ Así, MÁLAGA DIÉGUEZ, F; *El fundamento de la tutela...*; *ob.cit*; p. 172.

⁹⁵⁷ *Vid. infra*, epígrafe 4 de este mismo título.

en el concreto proceso, de sus presupuestos de adopción (y también, como no, de la exigencia de proporcionalidad). Desde esta óptica pueden explicarse cuestiones como el *plazo razonable de duración* de las medidas o la *revisión* de las mismas. El análisis de ambos extremos se acometerá a continuación. Antes, no obstante, quiere hacerse una brevísima mención a otra de las perspectivas desde la que observar el momento de adopción y la duración de las medidas cautelares penales: la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado. Desde las posibilidades explicativas que esta regla ofrece cabe afirmar que: (1) Las medidas cautelares sólo podrán acordarse y mantenerse vigentes en tanto pueda afirmarse la consideración (general y especial) que justifica el tratamiento (la propia medida cautelar) y, además (2) en tanto se respeten las proyecciones técnicas que a la presunción de inocencia se asocian (las que hemos dado en llamar presupuestos formales) y las exigencias de una de las expresiones de racionalidad en el ejercicio del poder: la proporcionalidad

2. Provisionalidad y duración de las medidas cautelares acordadas: plazo máximo y plazo razonable.

De las medidas cautelares penales se afirma que son provisionales, esto es, se entiende que constituyen una situación temporal⁹⁵⁸. Pese a que la definición que se acaba de transcribir alude a la “temporalidad”, la mera referencia al carácter no eterno de la medida cautelar resulta insuficiente a efectos del tratamiento científico de la vigencia y duración de aquéllas. Por esto, en este trabajo, quiere proponerse una distinción entre *temporalidad* y *provisionalidad*: por la primera se entenderá, en esta sede, la “cualidad de una medida cuya vigencia se encuentra de algún modo sometida a un *concreto* plazo temporal”. De este modo, la “temporalidad” se asociará a la existencia de un *plazo máximo de duración* de las medidas cautelares. Por la segunda, en cambio, se identificará la “cualidad de las medidas cautelares cuya vigencia depende de un evento contingente, pero no temporal ni cuantitativamente fijado *a priori*”. Con esto último, la provisionalidad se relacionará con otra de las características afirmadas de las medidas cautelares (la *variabilidad*) y, de forma específica, con la doctrina del *plazo razonable de duración* de las medidas de este género.

⁹⁵⁸ VOCES “provisionalidad” y “provisional” en el *Diccionario de la Lengua*, *ob.cit.*; p. 1852.

A) Temporalidad y plazo máximo de duración: cualidad y exigencia atribuibles en función del concreto derecho que es objeto de limitación con la imposición de la medida.

¿Tienen las medidas cautelares una limitación temporal apriorística? Es decir, ¿ha de prever la ley, de forma específica, la extensión temporal concreta que han de tener las medidas cautelares penales? Es más, *esencialmente* ¿habría de defenderse dicha cualidad? Ha de concretarse un poco el sentido de estas preguntas: el interrogante que plantean viene referido a un plazo máximo de duración, no a uno mínimo. Defender la obligatoriedad de un *plazo mínimo* de duración de las medidas cautelares penales sería del todo ilógico desde el punto de vista de la vigencia del fundamento en el caso concreto y, más importante aún, inexplicable desde una óptica garantista. Precisamente estos dos argumentos permiten enjuiciar, cuanto menos, la racionalidad del establecimiento de un *plazo máximo* de duración de las medidas cautelares penales:

a) Por una parte, la previsión legal de un plazo máximo de duración no contradice la esencialidad de la tutela cautelar penal siempre y cuando se tenga en cuenta el juego provocado por la necesaria vigencia de los presupuestos: Pese a establecerse un plazo máximo de duración de la medida si, antes de su cumplimiento, se desvanecen los presupuestos que la fundamentaron, la medida debe alzarse (o en su caso modificarse, si en lugar de “desaparecer” los presupuestos sólo han sido “alterados”). De otro modo, en lugar de un plazo máximo hablaríamos de un plazo mínimo.

b) Por otra, si esencialmente la vigencia de la medida cautelar depende de la de sus presupuestos, y éstos pueden (en términos generales o en potencia) verificarse durante toda la pendencia del proceso, habrá de admitirse que la previsión de un plazo máximo de duración de las medidas supone una restricción del margen temporal de referencia. Esa limitación se justifica por motivos garantistas y puede explicarse a partir de la vigencia de la regla de proporcionalidad”, como se precisará en breve.

Así que, por la propia naturaleza de las medidas cautelares penales, no se estima necesaria la previsión legal de un plazo máximo de las mismas, aunque el mismo puede fijarse por efecto de la exigencia de proporcionalidad. De hecho, la “temporalidad” de que venimos hablando no se contempla legalmente (ni se propugna dogmáticamente) en las medidas cautelares penales como norma general. Sólo cabe advertirla respecto a la prisión provisional, y esto por la exigencia constitucional según la que, queriendo dotar de garantías superiores a la privación de libertad, “por ley se determinará el plazo

máximo de duración de la prisión provisional”⁹⁵⁹. Así, la fijación del plazo máximo de duración compete al legislador, que en la última reforma de aquella medida cautelar parece tomar como referencia (1) el límite penológico a partir del cual se suspenderá o sustituirá la *pena* privativa de libertad, si la medida va dirigida a garantizar la ejecución de la sentencia (2) la mitad de la pena efectivamente impuesta, si la medida cautelar se mantiene tras la impugnación de una sentencia condenatoria y (3) el tiempo en que el órgano judicial ha de expeditar la instrucción del proceso, si la medida se acordó para impedir la ocultación, obstrucción de la instrucción. Parece que el legislador toma en consideración las exigencias de la proporcionalidad, en un intento de racionalizar materialmente la injerencia estatal en las libertades del individuo.

Con todo, ha de concluirse que, por razón de su naturaleza cautelar, no se exige que las medidas de este género encuentren limitada su vigencia mediante la previsión de un plazo máximo de duración. No obstante, y por razones garantistas, dicho plazo puede establecerse siempre y cuando su previsión no impida, en momentos previos a la finalización del mismo, el alzamiento o modificación de la medida por la consunción o variación de los presupuestos que la fundamentaron. La *posibilidad* de observar legislativamente un plazo máximo deja de serlo (y deviene por tanto una *exigencia* para el legislador) en el supuesto de la prisión provisional, por expreso mandato constitucional. En uno y otro supuestos, la previsión (voluntaria o necesaria) legal de un plazo máximo parece que podrá tener como parámetro de determinación la regla de *proporcionalidad* y, concretamente, la que a ella se refiere *strictu sensu*.

B) Provisionalidad y plazo razonable de duración: cualidad y exigencia predicables de todas las medidas cautelares penales.

Si la *temporalidad* no puede ser afirmada una característica esencial del género cautelar penal, ni la fijación de un *plazo máximo de duración* una exigencia que el legislador haya de cumplir en la previsión de cada una de estas medidas; sí constituyen una atribución fundamental y una reivindicación ineludible, respectivamente, la nota de *provisionalidad* y el respeto al *plazo razonable de duración* de las medidas cautelares penales. Pero no es ésta la única diferencia entre el binomio “temporalidad-plazo

⁹⁵⁹ Art. 17.4 CE. Sobre la duración de la prisión provisional *vid.* especialmente, GUTIERREZ DE CABIEDES, *La prisión provisional, ob.cit;* pp. 243 a 283.

máximo” y “provisionalidad-plazo razonable”: parece que el mejor parámetro para evaluar el respeto a un plazo razonable de duración no será la proporcionalidad *strictu sensu* (como se ha afirmado de aquella primera nota y límite) sino la segunda de las sub-reglas de la proporcionalidad: la *intervención mínima o inexistencia de alternativa menos gravosa*. Esta última idea se explica como sigue: (1) si el tiempo de sustanciación del proceso constituye la *ocasión* para materializar un *riesgo de frustración procesal*⁹⁶⁰, (2) si, además, la racionalidad material de la injerencia estatal en las libertades del hombre obliga, entre otros extremos, a observar una *razón suficiente* para dicha injerencia, que la haga estrictamente *necesaria*⁹⁶¹, y (3) si, finalmente, las medidas cautelares penales consisten en una injerencia del Estado en las libertades del individuo con el fin de evitar la materialización de aquel primer riesgo; entonces habrá de concluirse que para valorar la duración “justa” de estas medidas habrá de tenerse en cuenta también la actuación del Estado y el margen u ocasión que dicha actuación deja para la materialización del riesgo. En definitiva, se trata de que el Estado asuma parte de los riesgos de la frustración del proceso, cuando dicho riesgo se incrementa por efecto de su lentitud en la realización del derecho penal. Asumir este riesgo implica, naturalmente, que su evitación no pueda acometerse, a partir de un determinado momento, mediante la injerencia en las libertades del individuo. Es en este punto dónde, en mi opinión, la teoría de medidas cautelares confluye con la del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la concreción del plazo razonable de duración del proceso⁹⁶². En apoyo de esta posición, cabe comparar los argumentos en que el TC basa su doctrina del plazo razonable de duración de la prisión provisional y los que utiliza para analizar el plazo razonable de duración del proceso⁹⁶³.

⁹⁶⁰ Sostenido *supra*, en capítulo IV § I.1.B.

⁹⁶¹ *Vid. supra*, capítulo I § II.2.C y 4.B.

⁹⁶² A título de ejemplo, quieren citarse algunos trabajos sobre el contenido de ese derecho y los criterios para la observación del plazo razonable: GIMENO SENDRA, V; “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *Poder Judicial*, nº especial «Los derechos humanos», pp. 47 a 60; del mismo autor, *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tecnos, Madrid, 1988; PASTOR DANIEL, R; “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Jueces para la democracia*, nº 49, marzo 2004; RIBA TREPAT, C; *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997 y, centrada en el proceso penal, con especial referencia al tratamiento procesal de la contravención a ese derecho, la monografía de LANZAROTE MARTÍNEZ, P; *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, Comares, Granada, 2005.

⁹⁶³ El TC admite por lo general la equivalencia entre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) y el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable (art. 6.1 CEDH) y, en consecuencia, traslada, no sin matices, los criterios utilizados por el TEDH para el enjuiciamiento de la razonabilidad de la duración del proceso: la complejidad del delito, el comportamiento del justiciable y la conducta de los

Si la fijación de un plazo máximo de duración constituye, por sus posibilidades de determinación en abstracto, una tarea dirigida al legislador; la del plazo razonable de duración de las medidas cautelares, en tanto depende de las circunstancias del concreto proceso y la calidad y cantidad de la injerencia en los derechos practicada con la medida cautelar, constituye un extremo de exclusiva ocupación jurisdiccional.

3. Variabilidad y vigencia de los presupuestos que fundamentaron la adopción de la medida: respeto a la regla *rebus sic stantibus* y revisión de la tutela cautelar dispensada a un concreto proceso.

Por las razones que han sido expuestas en páginas precedentes, ahora he de afirmar (reiterar, mejor) que la variación de los presupuestos que motivan, en el concreto proceso, la vigencia de un determinado régimen cautelar penal, puede propiciar a su vez la variación de éste último. En otras palabras, la acreditación de los presupuestos de las medidas cautelares penales es condición necesaria para su adopción, pero también para su mantenimiento⁹⁶⁴. Por lo que un cambio en los presupuestos que fundamentaron la adopción de una medida cautelar penal, habrán de incidir en la vigencia de esa concreta medida cautelar. No voy a insistir más en esta idea: la vinculación de la medida (o la tutela) cautelar a su fundamento es incuestionable, como lo es la dependencia de cualquier otro efecto respecto de su causa. En esto ha de consistir precisamente la transposición de regla *rebus sic stantibus* al ámbito cautelar: mientras no se altere el estado de cosas que justificó una situación (la tutela cautelar dispensada, para lo que nos interesa), no ha de modificarse dicha situación⁹⁶⁵.

órganos jurisdiccionales (para una aproximación sintética, *vid.* DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, en “Artículo 24. Garantías...; *ob.cit.*, pp. 85 a 93.

⁹⁶⁴ La LECrim refleja esta esencialidad en su art. 528, aunque en referencia única a la prisión provisional, que “sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”. En lo que podría interpretarse una referencia a la vinculación de la vigencia de la medida al *FBI* (parece que con la anterior la ata al *PIM*), continúa en su apartado segundo: “El detenido o preso será puesto en libertad en cualquier estado de la causa en que resulte su inocencia”.

⁹⁶⁵ La de *rebus sic stantibus* es una “cláusula sobreentendida en los contratos en virtud de la cual se entiende que las estipulaciones establecidas lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento, esto es, estando así las cosas, de forma que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones” (definición extraída del glosario publicado por el Gobierno de Cantabria, en su web institucional <http://www.gobcantabria.es> (fecha última consulta: 10-01-2007). Ciertamente, la cláusula de referencia constituye una disposición de derecho privado, pero su virtualidad para explicar la dependencia de un determinado *status* jurídico respecto de la causa que lo fundamentó, la hace útil en materia cautelar. Sobre dicha cláusula en el derecho de contratos, y con algunas referencias a su aplicación fuera de este ámbito, *vid.* DE ARMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C; *La*

Sí pretendo, en cambio, exponer a continuación una sistematización (que, como tal, sólo pretende ilustrar, pudiendo explicarse el mismo fenómeno con otras clasificaciones) los efectos asociados a la variación de los distintos presupuestos y las conexiones existentes entre estas variaciones. Antes de acometer dicho ejercicio he de advertir que:

1) sólo la variación de los presupuestos materiales, no de los formales, puede provocar cambios en la tutela cautelar dispensada. Además,

2) en tanto los presupuestos se encuentran enunciados en la Ley y, para recurrir a una concreta tutela cautelar, han de ser verificados en la realidad, la revisión de la tutela cautelar puede venir dada, bien por la *modificación de la realidad*, bien por la *modificación en los presupuestos normativamente exigidos*, por una *modificación de la Ley*, en definitiva. Esta distinción será tomada como criterio de clasificación de la exposición que sigue. No obstante, antes quiero añadir que:

3) a la *revisión* del régimen cautelar penal dispensado a un concreto proceso son aplicables las consideraciones formuladas sobre la vigencia del principio de oficialidad⁹⁶⁶, así como el método propuesto en este mismo capítulo. En realidad, el examen que ha de realizarse para *revisar* aquella tutela es el mismo (y sujeto a los mismos condicionantes) que el que se acometió en momentos precedentes del proceso, cuando se planteó por primera vez la adopción de una medida cautelar penal.

cláusula rebus sic stantibus, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. Pese a pertenecer al derecho privado, las referencias a esa cláusula se extienden al orden procesal penal (también al administrativo sancionador), sobre todo en relación con las medidas cautelares. Tómese como ejemplo lo que expone (y transcribo literalmente) el *Protocolo para la implantación de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, redactada por la COMISIÓN DE SEGUIMIENTO DE LA IMPLANTACIÓN de este mecanismo: “El contenido de la orden de protección podrá ser modificado, si resulta procedente, cuando se alteren las circunstancias (*rebus sic stantibus*)...” (p. 12). Puede encontrarse el texto en la página del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (<http://www.mtas.es/mujer/violencia/docs/ordenviolenc.doc>) (fecha última consulta: 10-01-2007). A nivel dogmático, la cláusula es comúnmente aducida para explicar la variabilidad de las medidas cautelares. En el ámbito académico, pueden encontrarse programas docentes donde el respeto a esta cláusula se presenta como un carácter de las medidas cautelares personales (véase, por ejemplo, el programa de la asignatura “Derecho procesal penal”, impartida en los Estudios de Criminología en la Universidad de Alicante, por la Dra. M^a Isabel Velayos Martínez, año académico 2003-2004).

⁹⁶⁶ *Vid. supra*, capítulo VI § II.1.

A) Modificación de los elementos normativos de los que depende el recurso a la tutela cautelar penal.

Los presupuestos materiales y formales de las medidas cautelares penales, cuya concurrencia condiciona la vigencia de éstas, han de encontrarse previstos en la ley⁹⁶⁷. En este sentido, la ley condiciona el recurso, en el caso concreto, al género cautelar. Pero también en otro: dado que la concurrencia de algunos de aquellos presupuestos tiene, entre sus parámetros de determinación, las normas penales sustantivas y adjetivas⁹⁶⁸, también la modificación del CP o de la LECrim pueden condicionar la situación cautelar de un concreto proceso. Obviamente, la ley que regule la tutela cautelar penal habría de ser la LECrim. Así que, ordenando lo expuesto hasta el momento, ha de distinguirse que el estatus cautelar penal existente en un concreto proceso puede verse alterado por la modificación de: (a) la ley penal sustantiva o CP y (b) la ley penal adjetiva o LECrim; afecte la reforma a la regulación de las medidas cautelares o a las normas a partir de las que deducir las exigencias del proceso⁹⁶⁹. Dicho esto, procedo a exponer la incidencia que la reforma de cualquiera de estas normas puede tener en los distintos presupuestos de las medidas cautelares penales. Pese a que he intentado agotar el ejercicio, no descarto que un análisis distinto, o más profundo, ilustre otras relaciones de variabilidad. Las que yo he advertido son las siguientes:

1. *Reforma de la ley e imputación.*- Parece del todo obvio que la reforma de la ley procesal puede incidir en la situación cautelar penal existente en un concreto proceso cuando aquella modificación varíe la “consideración general” (el *FBI*, el grado de atribución de comisión de un hecho delictivo, en definitiva) necesarios para recurrir al género cautelar. Para no extenderme en la cuestión remito al ejemplo expuesto en un lugar precedente de este trabajo⁹⁷⁰.

⁹⁶⁷ Sobre el contenido mínimo de la ley que regule la tutela cautelar penal, *vid. supra* capítulo VI § I.2.C.

⁹⁶⁸ Sobre las normas jurídicas como parámetros para analizar la concurrencia de los presupuestos, *vid. supra*, § I.1.C.a de este mismo capítulo.

⁹⁶⁹ Sobre este último concepto, *vid. supra*, capítulo II § III.2.A. Las normas que ilustran hoy las exigencias del proceso penal español han sido utilizadas, en el capítulo III (§ III) de este trabajo para precisar, aunque en abstracto, los riesgos de frustración procesal de nuestro proceso penal y, en última instancia, para concretar los peligros cautelares.

⁹⁷⁰ En la § I.2.C.c del capítulo VI se alude a las consecuencias del cambio de *FBI* exigido: si la reforma lo aumenta, quizás la tutela cautelar penal acordada deba ahora alzarse. Si lo reduce, quizás proceda acordar ahora una medida cautelar que hubo de “denegarse” de acuerdo con la legislación anterior.

Pero además también la modificación de la ley penal sustantiva puede incidir en la imputación o *FBI*. Piénsese, por ejemplo, en la derogación de la norma que tipifica como delito el hecho que es objeto de enjuiciamiento. Esta cuestión ha de ponerse en relación con el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables y su efecto es, ya se ha advertido en otros lugares, el sobreseimiento y, por tanto, el alzamiento de las medidas cautelares vinculadas a ese proceso⁹⁷¹.

Cabría analizar también el efecto sobre el *FBI* de la reforma de otras leyes: me refiero a aquellas a las que hay que acudir para completar el sentido de los denominados tipos penales en blanco. Dicho examen habría de centrarse en las posibilidades de valoración, por parte del instructor, de los elementos normativos del injusto⁹⁷².

2. *Reforma de la ley y riesgo de frustración procesal.*- El riesgo de frustración procesal exigido puede verse alterado (a) por la reforma de las normas procesales que informan los requisitos o exigencias del proceso para su válida sustanciación o (b) por la reforma de la pena asociada al hecho enjuiciado, lo que puede incidir en la apreciación de un riesgo de indisponibilidad física y jurídica del sujeto pasivo del proceso⁹⁷³. En el primer supuesto, la incidencia habrá de valorarse teniendo en cuenta las normas de derecho transitorio y, en el segundo cobra, nuevamente, especial relevancia la aplicación del principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables.

3. *Reforma de la ley y peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso.*- Una modificación de la peligrosidad procesal requerida legalmente para recurrir a la tutela cautelar penal o para acordar una concreta medida de este género puede influir en el régimen cautelar vigente en el proceso⁹⁷⁴. Imagínese, por ejemplo, que la ley procesal no exige apreciar la disposición anímica del sujeto para entenderle peligroso

⁹⁷¹ Todo esto, obviamente, siempre y cuando el hecho no sea susceptible de “subsunción” en otro tipo penal vigente. Aunque en este caso, se introduce en el análisis la cuestión relativa al objeto del proceso y la trascendencia de la calificación jurídica de los hechos en el mismo.

⁹⁷² Algunas ideas al respecto *supra*, en el capítulo VI § I.1.B.c.

⁹⁷³ Piénsese, por ejemplo, en la reducción de la pena asociada al hecho, pasando a ser privativa de libertad inferior a dos años, lo que permitiría celebrar juicios en ausencia y suspender la pena eventualmente impuesta.

⁹⁷⁴ Sobre los posibles contenidos de la peligrosidad procesal, *vid. infra*, capítulo IV § I.2.D.

procesalmente. Si dicha ley es reformada en el sentido de requerir aquélla, la medida cautelar impuesta a un sujeto respecto al que no se ha acreditado aquella disposición habrá de ser revisada. El mismo efecto tendría, por ejemplo, la modificación del método exigido (de exigirse alguno) para acreditar tal peligrosidad: piénsese en la imposición de una medida cautelar penal a un sujeto cuya disposición anímica se afirmó mediante un “cálculo coste-beneficio” realizado por el Juez. Si la ley procesal exige, posteriormente, la acreditación de dicha disposición por un informe técnico psicológico, habrá de revisarse, de acuerdo con la nueva exigencia legal, concurrencia de este concreto presupuesto⁹⁷⁵. Lógicamente, una modificación legal de los presupuestos materiales supone, por sí sola, un aumento de trabajo considerable, pues habrán de revisarse (o, al menos, evaluarse la necesidad de revisar) las situaciones cautelares existentes. Para mitigar el impacto en el funcionamiento de la Administración de Justicia, podría establecerse una revisión escalonada de los casos a revisar, fijándose el orden a seguir en función de la “gravedad” de la medida vigente (lo que, en mi opinión, habría de tomar como criterio de determinación, en primer lugar, el derecho afectado con la medida – o contenido de la misma- y, en segundo, el tiempo en que esa afección viene practicándose –duración de la medida-).

Más sutil es la incidencia, en la peligrosidad procesal del sujeto pasivo, de la reforma de la ley penal sustantiva. En el caso concreto habría de valorarse la repercusión, en la disposición de ánimo, del aumento o disminución de la pena asignada al hecho objeto de enjuiciamiento. La reducción de la pena que, de acuerdo con el marco legal, es posible imponer, ¿puede reducir la disposición a la fuga de un concreto sujeto? Obviamente, la pregunta es sólo un ejemplo y, además, ha de tenerse en cuenta, para contestarla, la difícil cuestión de la predicción del comportamiento humano.

4. *Reforma de la ley y aplicación de la ley penal (sustantiva y adjetiva) en el tiempo.*- Como puede deducirse de lo expuesto hasta el momento en este apartado, si una concreta reforma legal incide o no en la tutela cautelar dispensada a un concreto proceso penal depende, en gran medida, de la observación de los siguientes factores: (a) si se ha modificado la ley penal sustantiva, habrá de prestarse atención a los efectos de la aplicación del “principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables”; (b) si se ha modificado la ley procesal en su contenido expreso de medidas cautelares

⁹⁷⁵ De hecho, pueden ponerse tantos ejemplos como posibles contenidos quepa asumir de la peligrosidad procesal.

penales, entonces ha de atenderse la vinculación de los presupuestos, en todo momento, a la ley vigente, con independencia de la que resultaba aplicable en el momento inicial de adopción de la medida; pero si (c) la reforma legal afecta a normas procesales distintas a las que regulan expresamente la tutela cautelar penal, entonces habrá de admitirse lo anterior pero cobrando, en este lugar, especial relevancia las normas de derecho transitorio. En definitiva, pienso que no resulta aplicable la “retroactividad *in bonus*” a la legislación procesal⁹⁷⁶.

De acuerdo con el objeto de este trabajo, merece una atención específica el supuesto (b). Obviamente, la exigencia de legalidad no puede variar (a menos que evolucionen en sentido distinto los postulados que fundamentan esta exigencia). Pero sí puede hacerlo el contenido o previsiones contenidas en la ley que regule la tutela cautelar penal. Un cambio en la misma, que incida bien en los presupuestos materiales, bien en las propias medidas, habría de propiciar una revisión de la tutela de este tipo acordada en un concreto proceso. Y esto porque los presupuestos son indicativos de los motivos que justifican la necesidad de defensa del proceso, y las medidas el medio con que esa protección puede acometerse: en consecuencia, si el legislador considera que ha de modificar algunos de esos aspectos, está en realidad variando la protección misma del proceso. Tras la aprobación de una reforma de este tipo, todo proceso penal vigente pasará a ser susceptible de protección de acuerdo con el nuevo régimen legalmente introducido. No obstante, es patente la dificultad práctica para adecuar la tutela cautelar penal dispensada en todos los procesos vigentes: ¿habrá de revisar el Juez todas las causas abiertas, con el fin indicado? Probablemente resulte contraproducente en la práctica, aunque ha de tenerse en cuenta que, también probablemente, esta situación es *puntual* (¿acaso no constituye una exigencia, en aras a la seguridad jurídica, que el legislador dicte normas con la máxima vocación de perpetuidad?), lo que permite prever las necesidades para reforzar *a priori*, de acuerdo con el concreto contenido e implicaciones de la reforma proyectada, dicha tarea de revisión judicial. Además de lo anterior, pueden establecerse criterios de prelación para la revisión de las piezas separadas de medidas cautelares, comenzando esta tarea por aquellas en las que el sujeto pasivo se encuentra privado de libertad, y siguiendo el orden de mayor a menor gravedad de la injerencia provocada por la vigencia de la medida. Incluso para estas situaciones pueden tomarse algunas opciones de política legislativa que,

⁹⁷⁶ Nuevamente *vid. supra*, capítulo VI § I.2.C.c.

excepcionalmente, modifiquen algunas de las exigencias formales aducidas como necesarias en este trabajo: por ejemplo, podría sujetarse a instancia de parte la revisión de la tutela cautelar penal por motivo de reforma legislativa. Las desigualdades que esta opción genera en función de la defensa particular que cada cuál disponga son evidentes, pero esto nos traslada a un debate distinto, cuál es la relevancia del factor humano en la justicia (en el que actualmente se centra de modo admirable el profesor De la Oliva).

Lógicamente, puede suceder que no sea necesaria la modificación del régimen cautelar vigente en un concreto proceso, cuando la reforma no afecta a los motivos que justificaron dicho régimen. Pero en tal caso, eso no se conoce hasta que se ha analizado, con lo que la revisión también ha de haberse planteado. Además, ha de tenerse en cuenta que los extremos de la reforma pueden justificar la imposición de una medida cautelar que fue negada de acuerdo con la legislación anterior: en tal caso cobran especial relevancia la actuación de la defensa técnica de la parte acusadora y el Ministerio Fiscal (que debería también pretender, no obstante, el efecto contrario, si el respeto a la legalidad lo exige).

5. *Reforma de la ley y proporcionalidad.*- Varias son las reformas legislativas que pueden incidir en la aplicación de la regla de proporcionalidad: en primer lugar, cabe afirmar que el incremento o disminución de *medidas cautelares penales* legalmente previstas puede incidir en el juicio de *idoneidad*: si el mismo se acomete seleccionando las medidas legalmente previstas aptas para el fin perseguido, parece claro el efecto provocado por la variación del fin perseguido en el caso concreto⁹⁷⁷ o del listado legal de medidas cautelares. Por otra parte, en tanto el juicio de *intervención mínima* se formula a partir de la lista de medidas idóneas, la variación de esta última incidirá (o al menos obligará a plantear tal incidencia) en aquel juicio.

Pero también la reforma de la ley penal sustantiva puede incidir la proporcionalidad *strictu sensu* y, esto es, en la valoración de la afcción de los bienes jurídicos ponderados: en definitiva, la pregunta que ha de formularse es “¿afecta la reforma legal a la valoración de los bienes jurídicos objeto de ponderación en el juicio de

⁹⁷⁷ Para este supuesto *vid. infra*, el apartado siguiente. De momento sólo quiero apuntar que, si bien podría pensarse que una variación en la previsión legal de los fines podría provocar la revisión del mismo, en tanto los fines son expresivos sólo de la intención pero no de la razón que justifica el recurso al género cautelar, parece que esta situación habría de reconducirse a la modificación (general) y consiguiente revisión (en el caso concreto) de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales.

proporcionalidad?” Y una posible respuesta podría pasar por advertir⁹⁷⁸ que nte una reducción de la pena asociada al hecho enjuiciado o una transformación de la naturaleza asignada al mismo, de delito a falta, la medida cautelar vigente puede devenir *desproporcionada* (por excesiva). En cambio, *a priori*, parece que un aumento de la pena asociada al hecho enjuiciado o su conversión de falta a delito habría de conducir al efecto contrario: la posibilidad de incrementar la gravedad de la medida, hasta el margen propiciado por el juicio de proporcionalidad *strictu sensu*. No obstante, de asumir esta última consideración se incurre en un grave error, pues se está omitiendo la regla general de aplicabilidad de la ley penal sustantiva en el tiempo, que toma como parámetro de fijación de la norma la vigente en el momento de comisión del hecho delictivo. Dado que la ley posterior es más grave para el reo (suponiendo que en su conjunto lo sea, lo que no siempre es cuestión fácil de dilucidar) no es posible aplicarla retroactivamente. No obstante, como se ha advertido en páginas precedentes, la modificación de la pena puede influir en un aumento o disminución de la disposición de ánimo a la materialización del riesgo (en la peligrosidad procesal, en última instancia), lo que a su vez incidirá, en su caso, en el juicio de *intervención mínima* integrado en la regla de proporcionalidad.

6.- *Reforma de la ley y jurisdiccionalidad.*- Como sucede con la exigencia de legalidad, la de jurisdiccionalidad sólo puede ser excluida si con ello se asume un cambio en los motivos que la justifican⁹⁷⁹. Cuestión distinta es que se modifique el criterio de determinación de la competencia funcional para acordar medidas cautelares. Por el carácter estrictamente formal de este presupuesto y por el criterio de aplicación de la ley procesal en el tiempo, ha de admitirse que el presupuesto se respeta si las sucesivas resoluciones judiciales en materia cautelar se acuerdan por el órgano con competencia funcional para ello, de acuerdo con la legislación vigente en el momento de dictar cada una de dichas resoluciones.

⁹⁷⁸ recordando previamente que la proporcionalidad *strictu sensu* consiste un acto que “atribuye” valor, por un lado, a la gravedad de la injerencia practicada con la imposición y vigencia de la medida y, por otro, al bien jurídico “aplicación del ius puniendi”.

⁹⁷⁹ *Vid. supra*, capítulo VI § I.1.A.

B) Modificación de la realidad sobre la que se examina la concurrencia de los presupuestos.

Más común que la variación de los elementos normativos que condicionan el régimen cautelar, será la variación de la realidad en la que han de concurrir dichos presupuestos. Pero precisamente, por la mayor amplitud del eventual objeto de modificación, la dificultad para la sistematización y abstracción de sus efectos aumenta. Por este motivo, he creído conveniente, para comprender la realidad de la que dependen los presupuestos materiales, remitir al lugar dónde éstos se explican⁹⁸⁰: conociendo los extremos en los que se basa el análisis de los presupuestos materiales, podrán identificarse las “realidades” cuya variación puede propiciar un cambio en la apreciación de aquéllos. El mismo ejercicio puede proponerse respecto a la incidencia de la realidad en los presupuestos formales. Pero aquélla es mucho más difícil de advertir, así que la relación entre “alteración de la realidad” y vigencia de los presupuestos formales no se ventilará por referencia sino que será objeto de pronunciamiento expreso en esta sede. No obstante, quiere aclararse antes el sentido que ha de darse a la expresión entrecomillada “alteración de la realidad”: por la misma se entiende que el contexto o circunstancias en que se basó una concreta resolución cautelar penal son, en un momento posterior, otro u otras⁹⁸¹. Tras esto, ahora sí, puede acometerse lo prometido:

1. *Alteración de la realidad y jurisdiccionalidad.*- Un cambio en el *titular* del órgano jurisdiccional que decretó un concreto régimen cautelar en el proceso concurrente no obliga, *per se*, a la revisión de la tutela cautelar vigente. Lógicamente, el “nuevo” titular puede revisar en cualquier momento, como podría hacerlo el “anterior”, el régimen cautelar vigente. Pero esa posibilidad no trae causa en la designación del concreto Juez que ocupa una plaza sino en la misma vigencia de los presupuestos, en los términos señalados a lo largo de este epígrafe.

⁹⁸⁰ *Vid. supra*, capítulo IV, especialmente §§ I.1.B; I.2.C; y II.2, .3 y .4.

⁹⁸¹ En efecto, imponer una medida cautelar penal implica variar la realidad, de manera que la convierta en “situación no arriesgada para el proceso”. Pretender que esta variación obligue inmediatamente a una nueva revisión es un contrasentido, pues la propia variación es el objeto de la resolución que impone una medida cautelar. Como se observará, cabe extraer distintas conclusiones cuando la medida cautelar penal impuesta se mantiene vigente durante un período de tiempo, ya que el propio paso del tiempo puede convertir en desproporcionada la medida vigente.

2. *Alteración de la realidad y legalidad.*- Si se entiende la ley como una de las circunstancias concurrentes durante la adopción de un determinado régimen cautelar penal, entonces habrían de integrarse en este supuesto los efectos expuestos en el apartado precedente, especialmente dedicado a la relación entre “reforma de la ley y vigencia de los presupuestos”.

3. *Alteración de la realidad y proporcionalidad.*- En primer lugar ha de advertirse que algunas variaciones en los presupuestos materiales inducen a la revisión de la proporcionalidad de la tutela cautelar dispensada. Por ejemplo: la apreciación de un *riesgo de frustración procesal* distinto al advertido inicialmente (y, por ende, en tanto evitar su materialización es la intención con que se acuerdan las medidas cautelares, también de un nuevo *fin*) provoca una revisión de la *idoneidad* (habrán de fijarse las medidas aptas para ese nuevo fin) y, en segundo término, del juicio de *intervención mínima* (que se realiza sobre el listado de medidas idóneas). Obsérvese otro ejemplo: una alteración de la realidad que provoque un aumento o disminución de la *peligrosidad procesal* advertida puede incidir, esta vez directamente, en el juicio de *menor lesividad*, en cuanto para este se tiene en cuenta la intensidad o calidad del riesgo.

Concretando un poco más esta cuestión, cabe centrar el análisis en los posibles efectos del paso del tiempo. El fenómeno procesal, pese a que puede observarse de forma estática, es esencialmente dinámico: la propia definición de proceso da cuenta de ello. También las medidas cautelares son dinámicas, en el sentido que se adoptan, perduran en el tiempo y también por el paso del mismo pueden verse modificadas. Por el paso del tiempo es posible apreciar las siguientes circunstancias:

a) El avance del proceso, en tanto reduce la *ocasión* para la materialización del riesgo de frustración procesal, puede obligar a negarlo o a cambiar su apreciación (y la de los fines, en consecuencia), imposibilitando el recurso al género cautelar en el primer caso, incidiendo en el juicio de *idoneidad* en el segundo. Este supuesto es idéntico al que se ha expuesto con el primero de los ejemplos anteriores. De hecho, por la lógica que preside la relación entre riesgo de frustración procesal, fines, medidas idóneas e intervención mínima puede explicarse la exigencia del plazo razonable de duración de las medidas cautelares: el normal avance del proceso es en sí una “medida” idónea para disminuir el riesgo de frustración del mismo, por lo que su paralización o “anormal” dilación informan también, en el fondo, el juicio de *menor lesividad*.

b) Una medida cautelar resulta vigente desde su imposición hasta su alzamiento. Hasta aquí, la explicación se reduce a lo obvio. Pero lo que interesa ahora advertir es que a mayor duración de la medida, mayor afección cuantitativa al bien jurídico objeto de restricción. Y esta circunstancia ha de incidir en el juicio de ponderación que se realiza por efecto de la regla de proporcionalidad. El tiempo de vigencia de la medida cautelar incide, pues, en la *proporcionalidad strictu sensu*.

3.- *Alteración de la realidad y principio de oficialidad.*- Obviamente, existen determinadas realidades cuyo cambio o modificación es apreciable de oficio por el órgano jurisdiccional: en concreto, habrá de afirmarse este respecto a aquellas circunstancias relativas al proceso y a la propia duración de la medida. No obstante, otras circunstancias (especialmente las que se refieran a la situación familiar, laboral personal, etc. del sujeto pasivo) difícilmente pueden ser advertidas a iniciativa propia del juez, de manera que habrán de ser puestas de manifiesto por quién las conozca (los letrados o el Ministerio Fiscal).

Pero más allá de esto interesa cuestionar si un cambio en la ley que introduzca la instancia de parte en la adopción de medidas cautelares penales, ¿habría de propiciar la revisión de toda la tutela cautelar penal acordada de oficio? En mi opinión, no. La tutela cautelar penal acordada de oficio en un momento en que esa posibilidad era legítima, convierte a la medida en legítima. Y es que la procedencia de la tutela cautelar penal depende de la concurrencia de sus presupuestos materiales y su necesidad (aplicación de la regla de proporcionalidad). Son esos extremos los que han de mantenerse vigentes durante la duración de la medida, La oficialidad, en tanto no depende esencialmente de la naturaleza cautelar de la medida sino del principio que rija en el proceso, ha de observarse en el momento de acordar dicha medida. Cuestión distinta es que, a partir de dicha reforma, haya de exigirse instancia de parte para revisar la tutela cautelar penal dispensada en un concreto proceso.

4.- *Alteración de la realidad y motivación.*- Parece obvio que, de cambiar la realidad en que se fundamentaron los presupuestos materiales, y advertido de un modo u otro dicho cambio, la medida vigente debe ser revisada y, si procede, modificada. Pero esta no es en realidad la situación que ha de plantear este párrafo, sino la siguiente: ¿qué sucedería si la ley deja de exigir motivación para acordar medidas cautelares? Parece

inverosímil que eso acaezca, pero de ser así, no tendría efecto alguno en la tutela cautelar ya vigente.

Con lo anterior, termino el análisis relativo a la duración de la vigencia de las medidas cautelares penales, para dar paso al, ahora ya sí, último apartado de este capítulo.

4. Ejemplificación de las implicaciones de la instrumentalidad y especial mención al distinto tratamiento temporal cuando el fundamento de la medida pretendida es la peligrosidad criminal.

El concepto “instrumentalidad” tiene una gran utilidad, ya que identifica una exigencia básica de las medidas cautelares penales: su dependencia de los presupuestos que la fundamentan, entre los que se encuentra, obviamente, la vigencia de un proceso penal (del que se predica, con la afirmación de las distintas “consideraciones generales”, un viso de viabilidad). Pero, como se ha dicho en páginas anteriores, la instrumentalidad de una determinada medida se definirá en función de aquello para lo que sirva. Y ese extremo, obviamente, incidirá en la posibilidad de adopción y vigencia de la medida. De acuerdo con la tesis defendida, cabe atribuir un distinto alcance a la instrumentalidad de las medidas cautelares penales y a las medidas de prevención delictiva. Y esto incide, lógicamente, en el momento en que cada una de ellas puede ser acordada. Intentaré ilustrar esta idea mediante un ejemplo real. Al efecto, extracto parte de una Instrucción del Fiscal General del Estado, dirigida al Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional,. Si bien el supuesto tomado como ejemplo se refiere a una causa incardinable en el proceso especial para la ilegalización de partidos políticos, su elección se debe básicamente a tres motivos: (a) el primero, lo ilustrativos que resultan, respecto a las exigencias de la instrumentalidad, los argumentos aducidos por el FGE, (b) el segundo, precisamente, por razón del órgano que dicta la resolución de referencia, y (c) finalmente, porque el supuesto permite señalar una diferencia específica entre las medidas de prevención estrictamente procesal y prevención criminal.

El supuesto planteado parte del anuncio público o mediático de la convocatoria y próxima celebración de una asamblea, en la que presumiblemente se reunirán miembros que pertenecían a una formación política ilegalizada por la Sala Especial del Tribunal Supremo, de acuerdo con las disposiciones de la LO 6/2002. Ante aquella previsión, el Juzgado Central de Instrucción nº 5 convoca una comparecencia, en el marco del

Sumario 35/02 (que concluyó con la sentencia de 27-03-2003, en la que se ilegalizaban tres partidos políticos), a efectos de acordar con *carácter cautelar* las medidas previstas en el art. 129 CP⁹⁸². Ante tal convocatoria, expresa el FGE, en instrucción dirigida el 16-01-2006 al Fiscal Jefe de la AN, lo siguiente:

“No se discute la aplicabilidad con carácter cautelar de las medidas previstas como consecuencias accesorias en el citado art. 129 CP, tal y como en su momento se llevó a cabo en este mismo procedimiento judicial⁹⁸³ mediante Auto de fecha 26 de agosto de 2002. La objeción que surge en el momento actual es que entre aquella resolución y la situación presente media la Sentencia de fecha 27 de marzo de 2003 de la Sala especial del TS cuyo fallo declaraba la ilegalidad y decretaba la disolución de los partidos políticos Herri Batasuna, Euskal Herriarrok y Batasuna con los efectos previstos en la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos. Habida cuenta de que dicha disolución implica, conforme a la norma citada y entre otras consecuencias, el cese definitivo de toda actividad del partido político disuelto o de cualquier otro que le dé continuidad o lo suceda, parece contradictoria por principio la adopción o la subsistencia, en el marco del proceso penal, de una medida suspensiva de naturaleza cautelar, cuyo fin es precisamente asegurar lo que ya con carácter definitivo resulta (...)”. En la misma línea (omitimos toda referencia a otros argumentos, aducidos en la misma instrucción, relativos al derecho sustantivo y a la competencia del órgano jurisdiccional, por resultar carentes de interés para lo que ahora interesa), continúa el Ministerio Fiscal constatando que *“el hecho de que una medida cuyo objeto es asegurar cautelarmente un resultado que ya viene determinado por una resolución judicial definitiva, en realidad carece, jurídica y materialmente, de objeto sobre el que aplicarse. Dicho de otro modo, la finalidad y el efecto de aseguramiento cautelar que persiguen las medidas del art. 129 CP pierden su posible objeto cuando el resultado que se trata de asegurar ya viene garantizado definitivamente y tras un proceso plenario por una resolución dictada por otro órgano judicial, en este caso el Tribunal Supremo”.*

Puede observarse, con la facilidad ejemplificativa que el recurso puntual a este supuesto nos ofrece, que en la argumentación del FGE está presente la idea que la posibilidad de acordar una medida cautelar tiene una relación directa con lo que pretende protegerse (asegurarse, en la terminología empleada en la Instrucción), por lo que la vigencia del objeto de protección (requisito ineludible para imponer el instrumento con que se

⁹⁸² Concretamente, la prohibición de realizar actividades de determinada empresa o asociación y la clausura de sus locales.

⁹⁸³ Sumario 35/02.

pretende tal protección) condiciona el momento en que la medida puede acordarse. En definitiva, se percibe que el argumento sostenido por el Ministerio Fiscal vincula directamente la posibilidad de acordar una “medida cautelar” a la pendencia del proceso, a su no finalización, por tanto. Pero, con esto, ha de precisarse, que la existencia de una sentencia definitiva no conlleva, *per se*, la imposibilidad de acordar una medida cautelar penal: la ejecución de la sentencia depende de su firmeza, de manera que, hasta que ese efecto no pueda afirmarse, es posible acordar una medida cautelar penal, si concurren los presupuestos que la fundamentan. Y en este momento cobra especial relevancia cuál sea la consecuencia jurídica incluida en el fallo de la sentencia, las necesidades para su ejecución y las posibilidades de garantizar dicha ejecución: en el supuesto planteado, la STS de 27-03-2003 ilegalizó los tres partidos políticos de referencia. Como consecuencia asociada a dicha ilegalización, se impone la prohibición de realizar actividades. Ya se advirtió, en momentos precedentes, la imposibilidad de asegurar cautelarmente el cumplimiento de las penas privativas del ejercicio de un derecho, siendo posible sólo someter a control la abstención en que consisten aquéllas⁹⁸⁴.

Sucede que, en la instrucción citada, el FGE admite en varias ocasiones la naturaleza *cautelar* de las medidas previstas en el artículo 129 CP⁹⁸⁵. Y, en esto, en mi opinión incurre en un error: las medidas pretendidas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 no son medidas cautelares (al menos en la concepción de las mismas defendida en esta tesis), puesto que responden a una situación de *peligrosidad criminal* y, por indicación del propio art. 129.3 CP, están “orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma”. Y por este error se explica la incompatibilidad entre la pretensión del Juzgado Central de Instrucción nº 5 y la posición del Ministerio Fiscal. Desglosemos esta última idea en unas últimas conclusiones:

⁹⁸⁴ *Vid. supra*, capítulo III § III.4.B.

⁹⁸⁵ Así lo hace también ECHARRI CASI, FJ; en *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 90 a 95, dónde comenta el cese “cautelar” (que, en esta tesis, habríamos de llamar mejor provisional) de las actividades de la formación política HB-EH-Batasuna, mediante auto, de 26 de agosto de 2002, dictado por el titular del Juzgado de Instrucción nº 5 de la AN. ECHARRI se refiere en otros momentos (especialmente pp. 118 a 123) a las del art. 129.2 CP como “medidas cautelares” (cierto es que plantea también otras opciones de catalogación), aunque no advierto una posición clara al respecto: “a simple vista parece adecuado afirmar que las mismas, participan de la naturaleza jurídica de las «medidas cautelares», y más concretamente de las medidas cautelares reales. Pero una adecuada hermenéutica del precepto en el que se incardinan, y en especial de su párrafo tercero, las distancian de aquéllas para aproximarlas con un supuesto de naturaleza híbrida, a caballo entre la prevención y la medida cautelar”. Para aclarar lo anterior, obviamente, se ve compelido a “analizar la función, presupuestos y elementos configuradores de las medidas cautelares en el proceso penal”, lo que hace siguiendo básicamente a GIMENO SENDRA.

a) Las medidas preventivas con un fundamento material (no estrictamente procesal) no aseguran un resultado sino que lo anticipan. Tómese como ejemplo el supuesto de hecho planteado: la ilegalización y el cese de actividades que lleva anudado no es susceptible de aseguramiento con carácter previo a la sentencia firme. ¿Qué podría impedir la ilegalización y sus efectos asociados? ¿Acaso la disolución previa y voluntaria?⁹⁸⁶

b) Aún después de la firmeza de la sentencia, la ejecución del contenido del fallo requiere de mecanismos de *control*, por parte de la Administración, de la abstención en el ejercicio de un derecho (en este caso, el derecho de participación política y el de reunión)⁹⁸⁷.

c) Además ha de indicarse que, siguiendo el ejemplo del que me sirvo, la asamblea sólo ha sido convocada, no realizada, por lo que, de estimarse una actividad delictiva, las medidas pretendidas por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 se anticiparían al *hecho* delictivo. No puede, en consecuencia, incoarse un proceso penal por delito cuando el hecho no ha sido todavía cometido.

d) Lo que se plantea en el supuesto de hecho referenciado no es la adopción de una medida de defensa procesal: el proceso identificado con el sumario 35/02 ha concluido, y el que, en su caso, resultaría, válido para enjuiciar la realización de la asamblea, no puede ser todavía incoado (¡a menos que el simple hecho de convocarla se tipifique también como delito!). Ante esto, la situación descrita puede explicarse desde dos perspectivas distintas, aunque en las dos se pretende la tutela inmediata del derecho material:

e) O el acto de prevención criminal se entiende un “acto de *control*” (que sustituiría en estos casos a los tradicionales actos de ejecución) de la pena privativa de derechos (principal o accesoria), de la medida de seguridad o de la consecuencia accesoria. En tal caso, la posibilidad de dichos actos (cuya adopción, ejecución, procedimiento, etc. cabe tachar hoy, todavía, de indeterminados) se reduce al tiempo de duración de aquellas consecuencias jurídicas del delito, respecto a las que son instrumentales. Esta situación plantea problemas tales como la aplicabilidad de la teoría

⁹⁸⁶ En dicha imposibilidad se basó parcialmente la negación de un fundamento material de la tutela cautelar pena. *Vid. supra*, capítulo II § II.2.B.

⁹⁸⁷ Sobre la ejecución de las consecuencias accesorias *vid. ECHARRI CASI, FJ*; en *Sanciones a personas jurídicas...*; *ob.cit*; pp. 304 a 317.

del plazo máximo de duración a estas consecuencias jurídicas del delito⁹⁸⁸ (el CP establece topes a la duración de las mismas) y su juego con la dependencia del acto a cuya ejecución están destinadas. Pero dicho carácter instrumental no las hace medidas cautelares, como tampoco se predica dicho carácter del ingreso y mantenimiento en prisión del condenado a ello por sentencia firme: si este es un acto de ejecución, también lo son los pretendidos por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en el ejemplo expuesto. Sucede, no obstante, que el cambio de paradigma que supone la ejecución de estas penas (del tradicional control concentrado al difuso) enturbia el análisis de su naturaleza.

f) O, por el contrario, se estiman un acto de prevención criminal desvinculado de la ejecución de aquellas consecuencias accesorias (y así habrá de entenderse cuando haya terminado el plazo el plazo máximo de duración de aquéllas). En tal caso, la extensión temporal no encuentra claro límite ni en el ámbito temporal del proceso penal (como sí lo encuentran las medidas cautelares), ni en el de los actos ejecutivos de la sentencia (como sucedía en la hipótesis anterior). El margen temporal de adopción se relaciona así con el objeto de protección inmediato, el derecho sustantivo, respecto al que esas medidas son instrumentales. Es entonces cuando se propone dogmáticamente la necesaria vinculación de la prevención criminal a la comisión de un hecho delictivo⁹⁸⁹. Que (1) la prevención criminal se vincule a la comisión de un delito, que (2) baste para ello la incoación de un proceso penal por el mismo o que (3) se avance la protección (mediante la restricción de derechos, recordémoslo) a momentos anteriores a la ejecución del acto, lo que puede hacerse, en el mejor de los peores casos, mediante a punición de *resoluciones manifestadas*, constituyen distintas opciones indicativas, en última instancia, de “la justicia (o racionalidad material) del motivo” que fundamenta una determinada injerencia estatal en las libertades individuales⁹⁹⁰.

⁹⁸⁸ Vid. RODRIGUEZ MOURULLO, en “Legalidad...”, *ob.cit*; pp. 891 y 892, aunque ha de tenerse en cuenta que en el momento de redactarlas resultaba vigente la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

⁹⁸⁹ RODRIGUEZ MOURULLO, en “Legalidad...”, *ob.cit*; p. 890 y 891.

⁹⁹⁰ Vid. *supra*, capítulo I § II.2 y 3.A. El principal problema de la tercera opción (los de la segunda han sido tratados en momentos precedentes de este trabajo: *vid. supra* capítulo II § II) radica en la dificultad para distinguir meros actos de *resolución manifestada* (proposición, conspiración, provocación), verbales, que no entran en el núcleo del tipo penal); de los *actos preparatorios*, externos y materiales, que tampoco entran en el núcleo del tipo; de la tentativa, que sí ha de entenderse incluida en el tipo penal. Lo dicho, obviamente, con todas las salvedades que se formulen desde la ciencia jurídico-penal, de la que sólo he tomado en este momento la posición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Lecciones de derecho penal, ob.cit*; pp. 308 y ss. Ilustra dicho autor, en la p. 311, la relación entre los actos de resolución manifestada y la punibilidad de las ideas: “el límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifestada. Toda otra

En una u otra hipótesis, lo que resulta claro es que (también por efecto de la cualidad designada con el nombre “instrumentalidad”) el ámbito temporal de adopción de las medidas de prevención estrictamente criminal no coinciden con el de las medidas cautelares: el de las primeras está menos delimitado, en la segunda hipótesis, y un poco más en la primera, por su “equiparación” a los actos de “ejecución”. Tampoco parecen claros los criterios de los que de hacerse depender la vigencia de dichas medidas de prevención: mientras que, a priori, podría afirmarse que de sostenerse o encontrarnos en la primera hipótesis el plazo máximo de duración equivaldría a la duración máxima de la consecuencia jurídica del delito a cuya ejecución sirve la “medida preventiva” (lo que no es sino manifestación de la vinculación entre ambas); un criterio distinto habría de encontrarse para establecer un plazo de duración en las medidas incardinables en la segunda hipótesis. Por otro lado, en la primera no parece ni posible ni necesario aplicar el límite del plazo razonable (razonable será controlar la “ejecución” de la consecuencia jurídica del delito mientras ésta resulte vigente). Sí, en cambio, en la segunda hipótesis, aunque tampoco está claro el parámetro que debiera seguirse.

postura que se adopte entra en el campo de la política” y, además, afirma (más adelante, en p. 313) que la resolución manifestada no es punible porque falta la infracción de la objetividad jurídica (“Sólo excepcionalmente se las puede considerar punibles y únicamente por vía de precaución”). No obstante afirmar esta posibilidad excepcional, no elude aquel penalista que la punibilidad de las resoluciones manifestadas es el termómetro que mide “el calor de las convicciones liberales”.

ANNEXO

EL ANÁLISIS IDEOLÓGICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

ANNEXO.- EL ANÁLISIS IDEOLÓGICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PENALES.

I. Pautas para el análisis ideológico de los productos discursivos de carácter jurídico relativos a medidas cautelares penales.

Quieren identificarse, como colofón del trabajo presentado, aquellos extremos relativos a medidas cautelares penales que pueden ser sometidos a análisis ideológico⁹⁹¹. Constituye, ese estudio, una propuesta de futuro: el análisis de las claves ideológicas de la tutela cautelar dispensada en y respecto al proceso penal. Es, en mi opinión, una perspectiva atractiva, aunque poco recurrida. Tampoco en este trabajo se ha tomado la misma, pero sí he topado inevitablemente en el decurso del mismo con dificultades argumentativas que obligaban, de querer mantener una posición concreta y absoluta, a complicadas peripecias narrativas y conceptuales: quizás demasiado tarde como para cambiar el enfoque del trabajo, me he dado cuenta que aquellos mecanismos argumentativos eran dispositivos a través de los cuales articular un concreto mensaje y posición ideológicos. Nada reprochable teniendo en cuenta el cometido central de este trabajo y la situación normativa y jurisprudencial de la que parte: abordar un fundamento para las medidas cautelares penales, categoría para las que no existe un conjunto normativo completo ni, por tanto, directrices político-legislativas ciertas.

⁹⁹¹ Quizás convenga presentar someramente, en primer lugar, en qué consiste el análisis ideológico del derecho. A diferencia de la *crítica ideológica del derecho*, que *asume* un criterio normativo, parámetro o referente como perspectiva desde la que observar, valorar, interpretar o producir significado sobre el mundo; el *análisis ideológico del derecho* observa los productos jurídico pero constatando la existencia de diferentes ideologías o manifestaciones ideológicas (en definitiva, de formas de ver el mundo) y pretende dar cuenta de su contenido. Toma en cuenta, este tipo de análisis, la *concepción neutra de la ideología*, que “parte de la asunción de que toda observación de la realidad supone un punto de vista pautado por coordenadas históricas, culturales, sociales y económicas. A esto se agrega la obvia constatación de que, en terrenos diversos de la vida social, los puntos de vista acerca de cómo es y como debiera ser el mundo difieren. De ahí el intento de «modelizar» los distintos puntos de vista, tratando de describirlos en su coherencia –o incoherencia-, de explicar los factores que determinan el carácter compartido o colectivo –y no meramente individual- de ciertos puntos de vista sobre la misma cuestión”. Lo transcrito pertenece a un clarificador trabajo de CHRISTIAN COURTIS, titulado “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, p. 350 y 354. El trabajo es altamente recomendable, por la calidad y claridad expositiva de los distintos enfoques y manifestaciones del análisis ideológico del derecho, a todos aquellos juristas que deseen abordar de forma consciente y coherente esta perspectiva de análisis. Incluye una amplísima referencia bibliográfica sobre la cuestión y numerosos ejemplos que facilitan la comprensión de las distintas manifestaciones ideológicas del derecho.

Si quiere analizarse desde la óptica ideológica el estado actual de las medidas cautelares penales, habrá de atenderse a todos y cada uno de los objetos o niveles discursivos que a estas medidas se refieren:

a) Un primer objeto de análisis se refiere al de las *normas jurídicas* que regulan este tipo de tutela. Ha de recordarse, no obstante, la denunciada ausencia de un cuerpo normativo completo que regule estas formas de injerencia estatal. No prevé, la LECrim, un motivo general que faculte al Estado para la imposición de medidas de este género. Sí prevé algunas formas de injerencia estatal que han sido calificadas, con mayor o menor unanimidad por la doctrina y la jurisprudencia (ya que la Ley acostumbra a no hacerlo) como medidas cautelares. Se afirma que, “con respecto a las normas jurídicas, los aspectos en los que el análisis de la dimensión ideológica cobra mayor fertilidad (...) son el del *contenido material de las normas*, el del *contenido de la forma del derecho*, y el de los *posibles desajustes entre fines y eficacia de las normas*”⁹⁹². Más allá del objeto de análisis, ha de atenderse a los parámetros de análisis: se afirma también que “la explicitación de la orientación ideológica de un conjunto normativo está directamente relacionada con el análisis de los «principios» que lo informan”, principios que la dogmática identifica primordialmente a través de dos vías: la descripción de los expresamente incorporados por el legislador, y la inferencia o inducción de los no explicitados que informan un determinado conjunto normativo, ejercicio este último que supone, a su vez, una “lectura en clave ideológica de cómo entender e interpretar ese régimen legal”⁹⁹³. Con todo, puede proponerse, a título de ejemplo, el análisis ideológico de los motivos que en forma de presupuestos exige el artículo 503 LECrim (contenido material de la norma); la coherencia entre uno de los principios expresamente aducidos por el legislador en la Ley 15/2003 (la subsidiariedad de la prisión provisional) con la regulación que desarrolla esa institución⁹⁹⁴; o, en el marco de los posibles desajustes entre fines y eficacia de una norma, la previsión relativamente novedosa de la retención del pasaporte como medio para asegurar la comparecencia periódica ante el juzgado (art. 530 LECrim).

⁹⁹² COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit.*; p. 352

⁹⁹³ COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit.*; p. 356

⁹⁹⁴ Uno de los campos en los que el análisis ideológico puede ser de mayor utilidad es aquel en que “la ideología expresamente declarada por una norma es frustrada o dificultada por su regulación”; COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit.*; p. 359.

Se estima, con Curtis, que “el análisis ideológico potencia su utilidad cuando hace explícita conexión (...) entre los «principios» declarados o inferidos de un cuerpo normativo determinado y una concepción ideológica más general”⁹⁹⁵. Este ejercicio puede acometerse respecto a la regulación de la prisión provisional. Si se intenta abordar este análisis respecto al conjunto de normas que regulan la tutela preventiva en el proceso penal, probablemente se observarán las “marcas” ideológicas subyacentes en cada reforma del texto legal, esto es, la tensión ideológica que alberga el cuerpo normativo en cuestión⁹⁹⁶.

b) En segundo lugar, el análisis ideológico de la tutela cautelar penal podría centrarse en una clase muy particular de producto discursivo de los operadores del derecho: las resoluciones judiciales (motivadas, claro está). Cabe atender muy especialmente a los autos relativos a medidas cautelares, así como a las resoluciones que recaigan en la impugnación del régimen cautelar impuesto en un determinado proceso. “El marco fundamental de las posibilidades de análisis ideológico de la jurisprudencia es el de la relativa *indeterminación e interpretabilidad* del derecho”⁹⁹⁷: Esas dos cualidades son perfectamente visibles en el régimen de la tutela cautelar penal, por lo que la tarea de reconstrucción hermenéutica y de decisión entre opciones interpretativas se encuentra en gran medida latente en la jurisprudencia relativa a medidas cautelares penales. El ejercicio propuesto consistiría en atender a la motivación de las resoluciones judiciales para observar en ellas manifestaciones particulares de concepciones ideológicas más amplias. Cobran en esta sede, nuevamente a título de ejemplo, especial relevancia algunas contradicciones argumentativas advertidas en la doctrina del TC: sólo por motivos ideológicos puede explicarse la contradicción entre algunos de los argumentos aducidos por el TC para negar que la alarma social tenga relevancia en la adopción de la prisión provisional y los alegados por el mismo órgano para afirmar la

⁹⁹⁵ *Ob.cit, loc. cit* en nota al pie 919.

⁹⁹⁶ “Es frecuente que cada nueva incorporación incorpore «marcas» ideológicas nuevas a una base normativa que respondía a una concepción ideológica distinta, con lo que el efecto de las sucesivas modificaciones parciales es la de un texto «parcheado» por «marcas» ideológicas no siempre compatibles”. La situación, expuesta por COURTIS en “Detrás del derecho...”, *ob.cit*; p. 357, es perfectamente aplicable a la LECrim de 1882, con una exposición de motivos que manifiesta una orientación claramente liberal y de mínimos, y objeto de sucesivas reformas que parecen tender a una orientación ideológica contraria.

⁹⁹⁷ “Detrás del derecho...”, *ob.cit*; “Detrás del derecho...”, *ob.cit*; p. 362.

legitimidad constitucional del fin “evitar la reiteración delictiva” en relación a la aquella misma medida.

c) Por último (aunque no se agotan con esto las posibilidades de análisis de los productos discursivos jurídicos, pues cabría atender también a los generados por los abogados, fiscales, o por los destinatarios del derecho⁹⁹⁸) cabría analizar en clave ideológica los trabajos dogmáticos, la doctrina jurídica elaborada por los teóricos del derecho. La relevancia de aplicar este tipo de análisis a las construcciones y soluciones aportadas por los teóricos del derecho se manifiesta de forma importante en las propuestas de *lege lata* y aún en las más en las de *lege ferenda*⁹⁹⁹. Más allá de las expresas propuestas dogmáticas dirigidas al juzgador o al legislador, resulta relevante el análisis de las preferencias axiológicas que subyacen a las construcciones teóricas. Esas preferencias axiológicas, en la mayoría de los casos, no habrán sido expresamente aducidas por el dogmático, pues ese ejercicio sería contrario a toda pretensión de naturalización o universalización de la teoría propuesta: presentar el contexto axiomático de que se parte es tanto como asumir el carácter parcial de la tesis propuesta, ejercicio al que están poco versados los integrantes de los distintos campos de producción cultural¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ Sobre los distintos niveles del discurso jurídico susceptibles de análisis, *vid.* COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit; passim* y, específicamente, los trabajos por él citados en las notas al pie 9, 13 y 14. En los últimos tiempos puede observarse la incidencia efectiva que en el plano de la producción normativa tienen ideologías como el feminismo o la criminología crítica, entre otras. Una comprensión global del fenómeno jurídico no puede obviar las distintas visiones que confluyen en la regulación por el Estado de las relaciones sociales. Lo contrario nos lleva a lo que ha sido calificado como “pérdida del equilibrio conceptual” (GENARO CARRIÓ, “Sobre el concepto de deber jurídico”, en *Notas sobre el derecho y el lenguaje*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1990). Citado por COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit;* p. 382, dónde resume qué es, qué provoca y cuál es fuente de la “pérdida del equilibrio conceptual”.

⁹⁹⁹ “Toda recomendación interpretativa formulada por la dogmática en casos de indeterminación, puede ser reconstruida a partir del desvelamiento de su preferencia axiológica *vis-à-vis* la preferencia ideológica encarnada por opciones interpretativas que se le oponen. Paternalismo/autodeterminación, defensa social/garantismo, (...), son algunos de los múltiples ejes de oposición ideológica a partir de los cuales es posible reconstruir el debate dogmático en las diferentes ramas del derecho. Las propuestas de *lege ferenda* de la dogmática son manifestaciones aún más evidentes de la orientación ideológica de quien las postula”, COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit;* p.366.

¹⁰⁰⁰ El propio BOURDIEU justifica “la furia o el horror” que a veces suscitan los resultados de sus obras, precisamente, porque éstas denuncian la no universalidad de los productos construidos en aquellos “campos específicos” (en los que se incluyen el jurídico y la filosofía también) estructurados de acuerdo con los conflictos entre diferentes visiones que luchan por imponerse (*Razones prácticas, ob.cit; passim*, especialmente la sección “¿Es posible un acto desinteresado?”).

Un ejercicio útil en este campo habría de conseguir observar la orientación ideológica de las distintas propuestas e intentos de sistematización acometidos por la dogmática, agrupándolos: sólo de este modo podría la ciencia jurídica ofrecer un marco claro sobre el que construir un cuerpo normativo políticamente coherente. Aunque no sea el que cada uno de los teóricos habría preferido por separado.

II. Incidencia de la cuestión ideológica en materia cautelar penal y efectos de aquélla en la tesis propuesta.

Pese al título, las dos cuestiones que éste expresa no se dividen en la explicación sino que integran una sola exposición. Quiere utilizarse para ello una narración en primera persona de las incidencias de la cuestión ideológica en el proceso de confección de esta tesis. Al hilo de la narración se percibirán los lugares de la tutela cautelar penal en que el contexto axiomático asumido cobra mayor relieve.

El mayor reto con que ha topado la realización de la presente tesis ha sido, precisamente, su objeto y objetivo: intentar sistematizar un conjunto normativo incompleto, sin una determinación finalista clara y objeto de numerosas reformas parciales propiciadas por motivos varios y no siempre explícitos. La pregunta ¿qué son las medidas cautelares penales? encierra en sí toda la complejidad de la construcción, distinción y delimitación de categorías jurídicas. La zozobra provocada por la posible respuesta a aquella pregunta se ha ido repitiendo, de forma intermitente, durante la construcción de esta tesis. Es continua la desazón de quien, al plasmar las derivaciones de su pensamiento, observa como aquéllas no coinciden con el sentir general manifestado por los medios y en la calle, ni con la tendencia política que toma la categoría estudiada¹⁰⁰¹. Pero ¿cómo negar lo que uno piensa? Y, más importante, ¿por qué hacerlo? ¿Para pretender una influencia en el plano de las decisiones judiciales y legislativas? Motivos demasiado débiles para el coste que suponían: me parecía que intentar reconstruir la tesis de manera tal que sus resultados se adecuaran a la actual tendencia política en materia penal iba a resultar un ejercicio harto desagradable, de muy poca integridad intelectual. Así que no había de ocultar las consecuencias de mi planteamiento. Simplemente había de asumir en el plano científico lo que en el personal

¹⁰⁰¹ Una percepción (que no sensación) similar expresa GUTIERREZ DE CABIEDES, P; en el epílogo de su trabajo *La prisión provisional, ob.cit;* pp. 305 y 306.

ya había advertido: el relativismo, que no nihilismo ni escepticismo¹⁰⁰². He aquí el primer “talón de Aquiles” de la presente tesis. Eso me ha llevado a mantener de forma absoluta las consecuencias de mi posición, pero sin negar (incluso apuntándolas) que otras perspectivas ideológicas puedan conducir a conclusiones distintas. Sólo desde esta óptica puedo superar la sensación de “manipulación de la propia tesis” provocada por el intento, mediante peripecias conceptuales varias, de llegar a conclusiones contrarias a las que lógicamente llevaba el posicionamiento personal e intelectual de inicio.

Si quería propiciar una mínima uniformidad formal para la tutela preventiva dispensada durante la pendencia del proceso penal, y durante su pendencia, había de encontrar una base que permitiera aquel efecto. Las medidas cautelares penales (u otras formas de tutela preventiva dispensadas en el seno del proceso penal) consisten en la limitación de un derecho del sujeto pasivo del proceso. Pero las medidas cautelares se diferencian entre ellas, precisamente por el derecho limitado, que es su contenido. Así que el *contenido* de la medida no podía ofrecer la uniformidad formal deseada. El contenido de la medida tampoco permitía recurrir a la doctrina constitucional relativa a limitación de derechos fundamentales, puesto que existen algunas medidas cuyo contenido directo no es un derecho fundamental (por ejemplo, la fianza). Observando la escasa doctrina del TC relativa a la tutela cautelar penal, y la doctrina científica que se había ocupado de la cuestión, advierto la relevancia de la presunción de inocencia en materia cautelar penal. Uno y otros se afanan en apuntar que en la tutela cautelar penal tiene especial incidencia la presunción de inocencia. Advierto también que, a nivel dogmático, las posiciones acerca de la legitimidad de la tutela cautelar penal se vinculan directamente, aunque con escaso desarrollo, a la concepción que se tenga del derecho a la presunción de inocencia. La resolución de este extremo hubiera sido sin duda más fácil si el máximo intérprete de la Constitución hubiera continuado la línea con que comenzó el análisis de la tutela cautelar penal: pero el aumento de demandas de amparo relativas a la

¹⁰⁰² Transcribo muy brevemente algunos pasajes de la VOZ “relativismo”, del *Diccionario Filosófico* de COMPTE-SPONVILLE, A; *ob.cit*; p. 449 a 451. “El relativismo epistémico o gnoseológico afirma la relatividad de todo conocimiento: no tenemos acceso a ninguna verdad absoluta”. Por otro lado el relativismo “ético o normativo” se refiere a los valores: “todo juicio de valor es relativo a un determinado sujeto (subjetivismo), a determinados genes (biologismo), a determinada época (historicismo), a determinada sociedad o cultura (sociologismo, culturalismo) e incluso (...) a todo eso a la vez”. En la misma línea de pensamiento, “un valor no es una verdad: es el objeto de un deseo, no de un conocimiento (...). Lo que hay de ilusorio, en nuestros valores, no es un valor, sino el sentimiento que tenemos, casi inevitable, de su carácter absoluto”. Pese a lo impreciso de las etiquetas, me considero relativista en ambos sentidos del término.

imposición de la prisión preventiva hizo que el examen del TC tomara como parámetro central de análisis de la tutela cautelar penal el derecho a la libertad (art. 17 CE). Pese al cambio, que relegó la concreción del derecho a la presunción de inocencia básicamente a aspectos probatorios, el TC continúa tomando como parámetro de validez la tutela cautelar penal dispensada por los órganos judiciales, además del derecho a la libertad, el derecho a la *presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado*.

Ante la ausencia de concreción de esta regla por parte del TC y la omisión de cualquier referencia al contenido de este derecho en los debates constituyentes publicados, acometí un análisis histórico sobre la conformación de este derecho, que no ha sido plasmado en el texto de esta tesis, por cuestión de método y de objeto de estudio. La integración del material analizado, y en gran medida la asunción de la tesis de la triple acepción de presunción de inocencia, me lleva a concluir una fórmula que identifique el sentido de aquella regla de tratamiento del imputado: el Estado debe *tratar* al ciudadano en la *consideración* que le atribuye¹⁰⁰³. Esta es una regla que, pese a su aparente racionalidad, por sí sola no tiene implicación material alguna, sino que simplemente supedita la efectiva acción del Estado sobre las libertades del hombre a una “consideración” que el mismo Estado debe haber definido y apreciado previamente.

Pero, como habría de quedar patente en el primer capítulo de este trabajo, la racionalidad material de la “consideración”, en definitiva, del motivo que permite al Estado dispensar un determinado “tratamiento” a un sujeto, es una cuestión vinculada, en última instancia, a variables de carácter político e ideológico.

Desde la óptica de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado se articula la construcción dogmática integrada en esta tesis. Observo que las medidas cautelares (u otras medidas de tutela preventiva dispensadas en el proceso penal) constituyen un determinado “tratamiento” estatal respecto a un sujeto. En consecuencia, observo también que el intento de ofrecer un fundamento de las medidas cautelares penales equivale a identificar el motivo de esa injerencia, la “consideración”, en definitiva, que el Estado habrá de atribuir al sujeto pasivo para imponerle una medida de este género. Unir el “trato” a una “consideración”, sujetar la posibilidad del primero a la

¹⁰⁰³ También esta primera fijación tiene como base una concreta manera de observar parte de la relación de poder que ha de unir Estado y ciudadano.

afirmación de la segunda es, en definitiva, la mayor utilidad de la regla de tratamiento del imputado.

Desde esta perspectiva, la tesis se centra en aducir un “motivo” para la imposición de medidas cautelares penales y desarrollarlo hasta conseguir derivar, de ese motivo, unos presupuestos de adopción de las medidas de este género (también identificables a partir de la asociación “consideración-tratamiento”) y proponer un método para su aplicación. No obstante, el motivo que permite la injerencia no se escapa de la concreta posición política e ideológica de quien lo aduce (sea la mía, la de otro teórico o la del legislador si pretende acometer una regulación uniforme de medidas cautelares penales)¹⁰⁰⁴. Así, la mayor carga ideológica, en este trabajo, se advierte en todo aquello relativo al *motivo* de la injerencia estatal, a través del proceso penal y mientras pende su resolución, en las libertades del hombre. También las mayores “crisis” a nivel argumentativo se dieron en el intento, abandonado, de universalizar y naturalizar técnicamente el motivo o fundamento aducido en esta tesis¹⁰⁰⁵.

Ya específicamente en relación a las medidas cautelares penales, el primer nivel en que el factor ideológico cobra especial relevancia se advierte al hilo del examen de la posibilidad de atribuir un fundamento material a la tutela cautelar penal. Tal es la relevancia que cobra el elemento político e ideológico en la determinación del motivo que más que la *posibilidad* ha tenido que analizarse la *viabilidad*, y más que la *imposibilidad*, ha tenido que afirmarse la *inconveniencia* de someter a un mismo régimen medidas que responden a distintos motivos. Se concluyó al respecto, en segundo capítulo de este trabajo, que la evolución o involución de ambos tratamientos preventivos ha de sujetarse a los distintos factores que condicionan el motivo y la injerencia. Si bien la inconveniencia de articular en una misma categoría instrumentos que responden a distintos “estados peligrosos” del sujeto puede defenderse con argumentos de carácter técnico, no sucede así con el análisis de la posibilidad de prevenir delitos mediante la limitación específica de derechos en el seno del proceso

¹⁰⁰⁴ Así puede observarse como desde el garantismo más extremo, sucesor de la escuela penal clásica italiana, se afirme que *no existe motivo* para la imposición de medidas cautelares penales. *Vid.*, al respecto, FERRAJOLI, en *Derecho y razón*.

¹⁰⁰⁵ Las mayores complejidades han venido dadas por las deficiencias, para el objeto de la tesis, de los tradicionales instrumentos del estudio jurídico centrado en posiciones normativistas. Y es que, en mi opinión, el motivo que permite una determinada injerencia no se reduce a una cuestión técnico-formal.

penal. Si esto último puede o no hacerse depende, en definitiva y nuevamente, de una concreta posición ideológica¹⁰⁰⁶. Al respecto, cabe afirmar que dicha posición puede advertirse en la concreta posición que se tome respecto al contenido del derecho a la presunción de inocencia.

Descartado de aquel modo que bajo el género cautelar deban agruparse medidas que pretendan evitar la futura comisión de delitos por parte de un sujeto, había de identificarse el fundamento de las medidas cautelares penales. Había dicho lo que, en mi opinión, no debía ser el fundamento de las medidas cautelares penales, pero no había definido lo que sí debía serlo. Como no podría ser de otro modo, también la concreción de un fundamento procesal de la tutela cautelar penal se basa en concretos ideales, que no dejan de serlo por llamarse principios: en el fundamento propuesto cobra relevancia el significado atribuido a los principios de necesidad y la exclusividad jurisdiccional en la aplicación del derecho penal¹⁰⁰⁷, así como la idea que la función nuclear y esencial del proceso es la resolución de la cuestión penal y realización de las consecuencias asociadas a dicha resolución, de manera que es sólo la “defensa” de esa función la que permite la injerencia asociada con el género cautelar penal¹⁰⁰⁸. Con esto quedaba limitado el *ámbito objetivo* de la protección ofrecida por las medidas cautelares, esto es, el elemento objetivo de su fundamento. Pero había todavía de determinarse el subjetivo:

¹⁰⁰⁶ La afirmación de dicha inconveniencia, si se observa, también encuentra entre sus argumentos posiciones ideológicas concretas, tales como la preferencia de una situación “ideal-tipo”, esto es de una “imagen” que se adopta como modelo para diseñar regulaciones: la imagen de un Estado en que se reduzca la intervención penal y la prevención de determinadas conductas se pretenda como consecuencia indirecta de la mejora estructural de la sociedad, de un estado que ocupe el espacio suficiente pero estrictamente necesario para permitir la autorrealización personal, destinado a contrarrestar las desigualdades estructurales provocadas por la dinámica del capital y las consecuencias asociadas al desarrollo industrial y tecnológico. Dado que este es mi “estado-ideal” es ese el que defiendo y en base al cual articulo lo que, en mi opinión, *debería ser* la tutela cautelar penal. Obviamente, uno ha de defender lo que cree, y uno cree lo que quiere creer. La firmeza de una opinión obliga a defenderla, pero esto no implica, como he dicho, que deba ocultarse la existencia de alternativas basadas en otras posiciones personales. Que la construcción sea la “mejor” o más adecuada a mi sistema valorativo no implica que sea la “única adecuada”. Es, en mi opinión, a la que *debe* tenderse, no a la que se tenderá.

¹⁰⁰⁷ Obviamente, las posiciones que estos principios manifiestan son susceptibles, a su vez, de análisis ideológico, cuyas categorías de análisis e interpretación también pueden ser, a su vez, “cuestionadas”. Esto nos conduce al “problema de la autorreferencia o reflexividad”, también denominado “paradoja de Mannheim” (*vid.* COURTIS, C; “Detrás del derecho...”, *ob.cit.*; pp. 353 y 354 y 6 y nota al pie 15), que explica la “regresión al infinito” de ese ejercicio. Para COURTIS, no obstante, esta constatación no invalida la utilidad del análisis ideológico aplicado al derecho. Expone al respecto: “creo que este alejamiento se encuentra en tensión con el carácter relativamente pragmático de las elaboraciones jurídicas: la pertinencia o el poder explicativo de un determinado análisis debe sostenerse en los resultados que pueda aportar, más que en el hallazgo de un punto de partida omnipresente o insospechado de parcialidad”.

¹⁰⁰⁸ Se trata de una posición minimista, pero no tanto como la mencionada en la nota al pie 1004

la *peligrosidad procesal del sujeto pasivo del proceso*, también observable desde una perspectiva ideológica. De hecho, la distinción entre *peligrosidad procesal potencial* y *real* es un modo de dar cabida y distinguir, más adelante, distintas “opciones ideales” en la configuración del presupuesto material tradicionalmente denominado *Periculum In Mora*.

Precisamente, el lugar dónde se pone de manifiesto con mayor claridad la influencia notoria de la carga ideológica es en la formulación de los *presupuestos materiales* de adopción de las medidas cautelares penales. Y, entre aquéllos, en la concreción de la *peligrosidad procesal potencial* del sujeto pasivo. Resulta lógico, si se tiene en cuenta que esta es, en la tesis propuesta, la “consideración” (expresión subjetiva del motivo) que, de ser afirmada, permite recurrir a la tutela cautelar penal. En este estadio, se fija cuál es el contenido mínimo que *debería* (y es una proyección de mi ideal-tipo, aunque limitada al marco jurídico referido *supra*¹⁰⁰⁹) asignarse a la *peligrosidad procesal*. Pero en ningún momento quiere defenderse el carácter absoluto, universal, de la posición defendida: al contrario, se admite que lo absoluto de la misma sólo puede ser afirmado desde la integridad de los valores propios. Por esto, con la sana intención que el trabajo pueda tener, en su caso, alguna utilidad, se presentan opciones alternativas a lo que *debería ser* (en mi opinión): Se formulan distintas opciones, escalonadas, de lo que *puede ser* el contenido de la *peligrosidad procesal* necesario para recurrir al género cautelar.

No obstante percibirse en este elemento la mayor dependencia de los valores asumidos como contexto axiomático, también en otros elementos del fundamento cautelar (y de los presupuestos por tanto) puede observarse la incidencia de los principios en que se basa esta construcción. Se advierte, por ejemplo, que la introducción del principio de oportunidad en nuestro ordenamiento habría de hacer reconsiderar el contenido del *FBI*, lo que, en la tesis propuesta, es tanto como reconducir el análisis a los efectos de la oportunidad en la imputación y el resto de “consideraciones generales” que se dictan en el proceso penal. Pese a que no se concluye un efecto preciso de la introducción de ese principio, la advertencia que se formula es buena muestra de la influencia ejercida por los principios que manifiestan opciones político-ideológicas.

¹⁰⁰⁹ Esto es, el carácter público del derecho penal o monopolio estatal del *ius puniendi*, la exclusividad jurisdiccional en la realización de esa potestad y la vigencia del principio de necesidad.

También ha de percibirse esa influencia en el esfuerzo por integrar efectivamente en la práctica un efecto directamente derivado de la regla de proporcionalidad (concretamente, de la exigencia en él integrada de adoptar la “alternativa menos gravosa”): la subsidiariedad de la prisión provisional. A diferencia de otros intentos acometidos al respecto (por ejemplo, el que exige un “distinto” *FBI* para acordar aquella medida, en esta tesis se propone un criterio directamente vinculado a la “consideración especial” (no general), que condiciona la posibilidad de incluir la prisión provisional en el catálogo de medidas idóneas a una concreta apreciación de la peligrosidad procesal. Esta regla, también modificable a partir de la asunción de otras perspectivas ideológicas, ha de cohonestarse con el contenido mínimo que, para cada uno, *debería* tener la peligrosidad procesal.

En definitiva, cabe observar que todo aquello relativo al *fundamento* de la tutela cautelar penal, al principio justificativo de esta injerencia, al *motivo* de la misma, al *contenido de la consideración* que ha de afirmar el Estado para limitar libertades del hombre con el fin de proteger el proceso, es en última instancia cuestionable desde la perspectiva político-ideológica, ya que se sustenta en principios jurídicos que son expresión de valores y, por tanto, ni verdaderos ni falsos sino sólo más o menos preferibles (aunque dicha preferencia tampoco es absoluta, sino particular). Obviamente, cuestionando la base valorativa de la posición defendida puede modularse la tesis propuesta. Se ha intentado facilitar la crítica y la modulación apuntando cuáles son los puntos incisivos que las permiten (aunque, obviamente, las alternativas no hayan sido desarrolladas, pues el trabajo, si quiere concluirse, ha de tener un límite). Quizás esta sea la mayor “utilidad” del estudio: presentar la visión propia de lo que *debería ser* un tipo de injerencia estatal en las libertades individuales pero sin negar la *posibilidad* que *sea* de otro modo. Con todo, es sólo un punto de partida.

Tan de partida es este trabajo que a su cierre se abren, a mi parecer, nuevos focos de análisis de la tutela cautelar penal (y de la tutela preventiva en general): cabría profundizar, por ejemplo, acerca de (1) la incidencia específica de la configuración de principios tales como el de legalidad, necesidad y oportunidad sobre el régimen cautelar penal; cabría observar (2) la tutela cautelar penal dentro del sistema de gestión de riesgos; cabría cuestionar acerca de la (3) correlación entre Estado Social y prevención

penal; así como (4) la incidencia de la expansión del control difuso en el análisis del grado de respeto estatal por las libertades individuales. Un desarrollo dogmático, detallado, de las medidas cautelares penales podría intentar (5) el análisis de los posibles efectos sobre la tutela cautelar de los principios que, recogidos en el art. 24.2 CE, rigen específicamente en el proceso penal, o (6) la observación de los presupuestos formales de las medidas cautelares desde la perspectiva del sistema de derechos fundamentales. Otras cuestiones más concretas y de gran trascendencia práctica revisten también interés: así, por ejemplo, (7) las variaciones que la generalización de la tutela preventiva penal parece exigir sobre el sistema de formación de jueces, o (8) el interesantísimo análisis del fenómeno de creación normativa por parte de los jueces, observado respecto a las decisiones relativas a la tutela cautelar penal. De forma más genérica, ha de advertirse que, en tanto las medidas cautelares penales se integran en un sistema más amplio (el proceso penal), otras cuestiones relativas a la sistematización de proceso penal devienen relevantes para el concreto funcionamiento de la tutela cautelar: tómesese como ejemplo paradigmático (9) la necesidad de fijar con claridad la forma, contenido y efectos del acto de imputación en todo tipo de procesos penales. Finalmente, depurada una teoría general de medidas cautelares penales, podrían estudiarse de modo específico las posibilidades de acordar medidas cautelares penales en los distintos tipos de procesos ordinarios y, aún, en los especiales, identificando la incidencia de las especificidades de cada tipo de proceso en la tutela cautelar penal.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I. El tratamiento de la tutela cautelar en el proceso penal requiere un análisis autónomo respecto del de la tutela cautelar dispensada en el proceso civil, de acuerdo con los distintos principios que, por razón del derecho o interés objeto del proceso, informan cada uno de dichos procesos.

II. El fundamento constitucional de las medidas cautelares civiles se ha puesto en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), fundamento que no conviene trasladar a las medidas cautelares penales.

III. La tutela cautelar penal está relacionada con el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en su vertiente relativa al tratamiento del sujeto pasivo del proceso, tal como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

IV. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo permite enjuiciar la racionalidad tanto de la previsión legal como de la adopción judicial de medidas cautelares penales. Para que esta regla cumpla dicho cometido, ha de concretarse el significado de la misma, previa definición de los términos utilizados para ello. Estos términos son “consideración”, “tratamiento”, “motivo” y “fin”.

V. Se entiende por “consideración” la cualidad, atribuida por el Estado a un sujeto, que relaciona de algún modo a este último, bien con el hecho objeto de enjuiciamiento, bien con el proceso penal mismo. En este sentido, constituye una “consideración”, por ejemplo, la cualidad de imputado, mediante la que se afirma la posibilidad de que el sujeto haya cometido el hecho objeto de enjuiciamiento.

VI. Se entiende por “tratamiento” el conjunto de garantías y sujeciones (derechos asignados y derechos susceptibles de limitación) asociadas al dictado de una determinada consideración. Por ejemplo, el derecho de defensa y la obligación de comparecer ante el llamamiento judicial forman parte del tratamiento dispensado al imputado.

VII. “Motivo” y “fin” son empleados en su significado habitual. Así, el “motivo” es la razón por la que se dispensa un determinado tratamiento al sujeto y, el “fin”, la expresión teleológica del motivo: lo que se persigue con el tratamiento dispensado.

VIII. La presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo del proceso supone una actitud formal y materialmente razonable del Estado que le obliga a tratar al ciudadano conforme a la consideración que le ha otorgado. Lo anterior exige que toda injerencia de derechos que el órgano jurisdiccional lleve a cabo sobre el sujeto pasivo del proceso (lo que forma parte del tratamiento dispensado) responda a un motivo (que se expresa con la consideración atribuida al sujeto). Y, además, que el fin con que se privan o restringen derechos sea expresión teleológica de aquel motivo, y no de otro.

IX. Existen algunas consideraciones (cuya afirmación justifica determinados tratamientos) por las que pasará todo sujeto finalmente condenado. En consecuencia, se ha dado en llamarlas consideraciones y tratamientos “generales”. Constituyen consideraciones generales la de imputado, la de acusado y la de condenado. La consideración general necesaria para imponer una medida cautelar es la imputación. Para las medidas de estricta prevención criminal, debería exigirse una consideración general superior a la mera imputación.

Se dan en el proceso determinados tratamientos (que, racionalmente, deberían venir justificados por una consideración) que no se dispensan a todos los sujetos que resultan finalmente condenados. En consecuencia, los he denominado consideraciones y tratamientos “especiales”. La ley procesal penal prevé ciertos tratamientos especiales para los que no se exige ni un motivo ni una consideración. Tal es el supuesto de algunas de las medidas tradicionalmente adjetivadas como “cautelares” como, por ejemplo, la obligación de comparecencia periódica o la prohibición provisional de conducir vehículos a motor.

X. La regla relativa al tratamiento del sujeto pasivo permite racionalizar la limitación de derechos en el seno del proceso, a partir de las conexiones existentes entre el motivo, la consideración y el fin que justifican un determinado tratamiento. En tanto las medidas cautelares constituyen un tratamiento dispensado, en ocasiones, al sujeto pasivo del proceso, se hace necesario hallar un motivo para dicho tratamiento, así como definir

cuál es la consideración que, predicada del sujeto pasivo, permite adoptar una medida cautelar penal. Avanzando algunas conclusiones: el motivo que justifica la adopción de medidas cautelares penales es la existencia de un «peligro cautelar» y la consideración que ha de predicarse del sujeto pasivo es la «peligrosidad procesal potencial».

XI. Es necesario distinguir las medidas de estricta prevención criminal de las medidas de protección del proceso. También es necesario definir motivos que permitan catalogar las distintas medidas de protección del proceso. En esta tesis se defiende que determinadas medidas de protección del proceso responden a un concreto motivo (al que he denominado «peligro cautelar») y tienen como condición previa la afirmación de una consideración especial: la «peligrosidad procesal potencial» del sujeto pasivo del proceso. Asigno el calificativo de «cautelares» a aquellas medidas que responden a la existencia de un «peligro cautelar» y se imponen tras afirmar la «peligrosidad procesal potencial» del sujeto pasivo del proceso.

XII. Son “institutos afines” a las medidas cautelares aquellos que tienden a evitar la frustración del proceso penal (o asegurar su realización) pero no responden esencialmente a la «peligrosidad procesal» del sujeto pasivo del proceso. Son institutos afines a las medidas cautelares penales, por ejemplo, las multas previstas para los testigos que no comparezcan al juicio oral o la práctica anticipada de prueba.

XIII. Considero improcedente atribuir una función de prevención criminal a las medidas cautelares penales por la propia naturaleza del derecho penal, por la falta de idoneidad de estas medidas para asegurar la funcionalidad de la pena y por la inconveniencia sistemática de englobar en una misma categoría dos medidas que responden a distintos tipos de peligrosidad. En consecuencia, no son medidas cautelares penales todas aquellas acordadas durante la pendencia del proceso con el fin de evitar la comisión de delitos.

La imposición de una medida de prevención criminal requiere haber considerado al sujeto «criminalmente peligroso». Dado que esta consideración, *per se*, no relaciona al sujeto con un proceso encaminado a la punición del delito, ha de afirmarse que las medidas de prevención criminal no son instrumentales respecto del proceso penal. Cuestión distinta es que, de exigirse una consideración general para su adopción, las

medidas de prevención criminal hayan de considerarse dependientes de la existencia de un proceso punitivo.

XIV. Por las mismas razones aducidas al inicio de la conclusión precedente, pienso que las medidas de estricta protección personal no pueden incluirse en el régimen de las medidas cautelares penales.

La distinción esencial entre las medidas de prevención criminal y las medidas de protección personal radica en la racionalidad del motivo que justifica el tratamiento. Dicha racionalidad depende, en última instancia, (1) de las posibilidades, de acuerdo con los medios de que dispone el Estado, de perseguir el fin (prevención criminal o protección personal) de otro modo menos lesivo para los derechos del individuo y (2) de la naturaleza del derecho objeto de protección con la imposición de la medida preventiva: a diferencia de las medidas de prevención criminal, las de protección personal tienden a evitar la lesión de un bien jurídico individualizable y determinable, cuál es la vida e integridad física y psíquica de un sujeto.

XV. Se advierte que, como en el orden civil, un cambio de dirección en la protección ofrecida por el derecho material incide en las medidas cautelares, en clara coherencia con el carácter instrumental del proceso respecto al derecho sustantivo y la consiguiente repercusión de esta relación en aquellos instrumentos que sirven al proceso. En el orden penal, este efecto se observa con la previsión de consecuencias jurídicas del delito destinadas a proteger a un individuo determinado.

XVI. La asunción de un fundamento procesal de las medidas cautelares penales parte de una premisa: la necesidad de defensa del proceso, en tanto único instrumento de realización de la potestad punitiva del Estado. En consecuencia, el principio de necesidad ha de informar todo el sistema de medidas cautelares penales.

XVII. El fundamento de las medidas cautelares penales es la existencia de una situación de riesgo para la realización del proceso, cuya posible materialización es atribuible al sujeto pasivo del mismo. Identifico esta situación con la expresión «peligro cautelar». El «peligro cautelar» se compone de un elemento objetivo (llamado «riesgo de frustración procesal») y uno subjetivo (denominado «peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso»).

Constituyen peligros cautelares en nuestro ordenamiento: (a) la ausencia o indisponibilidad, física y jurídica, del sujeto pasivo del proceso; (b) la indeterminación del hecho y del sujeto y (c) la insolvencia provocada del (y por el) sujeto pasivo del proceso.

XVIII. En consonancia con el fundamento defendido, ha de admitirse que la función de las medidas cautelares es la de proteger al proceso frente a eventuales actos, del imputado, que constituyen un peligro para su realización.

Constituyen fines de las medidas cautelares penales en nuestro ordenamiento: (a) evitar la huída del sujeto pasivo del proceso, (b) evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba, (c) evitar la insolvencia provocada del (y por el) sujeto pasivo del proceso.

De acuerdo con los fines expuestos, ha de concluirse que las medidas cautelares penales son instrumentos preventivos, por cuanto se anticipan a la materialización del riesgo, evitándolo.

Cuando una medida de prevención tenga atribuido un fin distinto a los que se acaban de enunciar, dicha medida no tendrá carácter cautelar.

XIX. La posibilidad de acordar medidas cautelares penales depende de la verificación de su fundamento en el caso concreto, es decir, de la apreciación de que concurren los presupuestos materiales que condicionan dichas medidas; a saber: imputación, «riesgo de frustración procesal» y «peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso».

La adopción de medidas cautelares penales exige, además, el respeto a unos presupuestos formales (legalidad, jurisdiccionalidad, motivación y audiencia) y la aplicación de la regla de proporcionalidad.

XX. La imputación del sujeto es condición previa y necesaria (pero no suficiente) para poder imponerle una medida cautelar. Las sucesivas resoluciones que ratifiquen su contenido (apertura del juicio oral y sentencia condenatoria) actúan también como presupuesto necesario (aunque tampoco suficiente) para el mantenimiento de la medida.

XXI. El «riesgo de frustración procesal» identifica una situación de peligro para la realización del proceso penal, por la eventual ausencia de los “requisitos sustantivos”

del mismo, esto es, de los elementos esenciales de la resolución penal y de la pena eventualmente impuesta. Por ende, en la determinación del «riesgo de frustración procesal» juegan un papel relevante la configuración del derecho penal y la del proceso penal.

El «riesgo de frustración procesal» no es uniforme ni constante durante toda la pendencia del proceso, porque no lo son los “requisitos sustantivos” a los que se acaba de aludir. Además, la diversidad de tipologías procesales, la progresiva delimitación del objeto del proceso y los efectos inciertos de la materialización de algunos riesgos de frustración procesal condicionan el ejercicio de apreciación de este presupuesto.

Con la apreciación de un riesgo de frustración procesal (1) se justifica la abstracta posibilidad de un peligro para el proceso: se afirma, por ejemplo, que la huída constituye un riesgo, pero no que exista riesgo de huída por parte del sujeto (lo que depende de la estimación de la peligrosidad procesal), y (2) se identifica el objeto específico de la protección que han de dispensar, en su caso, las medidas cautelares.

XXII. La «peligrosidad procesal potencial» es aquella aptitud y actitud (expresadas en términos de probabilidad) del sujeto para materializar el «riesgo de frustración procesal» advertido en el concreto proceso. Pormenorizadamente, se compone de: (a) la disposición material, aptitud o capacidad de acceso y alteración al objeto específico de protección cautelar y (b) la disposición anímica o actitud para materializar un riesgo de frustración procesal (para materializar aquella posibilidad de acceso y alteración). El grado en que se aprecien ambas disposiciones informará la aplicación de la regla de “menor lesividad” o “alternativa menos gravosa”.

XXIII. Propongo tres métodos distintos para acreditar la “disposición anímica”: (1) inferirla de conductas previas del sujeto realizadas con la intención de frustrar el proceso; (2) acreditarla mediante un diagnóstico y pronóstico realizado por un psicólogo forense, y (3) pronosticarla a partir de un cálculo coste-beneficio asociado a la materialización del riesgo.

XXIV. Para evitar la arbitrariedad en la apreciación de la «peligrosidad procesal», el juez ha de basar su resolución en lo que se ha dado en llamar «indicios cautelares», esto es, circunstancias, conductas o elementos objetivos, en tanto que existentes y constatables en la realidad. El «indicio cautelar» es, además, básico, fáctico y ha de ser

objetivamente interpretado y libremente valorado por el juez. La previsión de estos indicios en la ley que regule la tutela cautelar penal no es necesaria, aunque se estima conveniente su enunciación, con carácter no taxativo. Las inferencias que permitan tales indicios no han de estar fijadas en la ley pero, si en algún supuesto sucede, dicha inferencia ha de ser *iuris tantum*.

XXV. Es conveniente que el análisis de los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales siga el siguiente orden: (1) imputación, (2) riesgo de frustración procesal y (3) peligrosidad procesal potencial del sujeto pasivo del proceso. Dicho orden responde a la escala de suposiciones con que se construye el fundamento de estas medidas. Lo primero que se presupone es la existencia de un proceso y de un sujeto imputado. Lo segundo, que ese proceso es susceptible de necesitar protección. Lo tercero, que el riesgo que justifica la protección puede ser materializado por el sujeto pasivo del proceso.

La negación de uno de los presupuestos indicados impide la apreciación de los que le suceden.

XXVI. Afirmados los presupuestos materiales de las medidas cautelares penales, la necesidad de hacer uso efectivo y concreto de las mismas vendrá dada por la aplicación de la regla de proporcionalidad.

La aplicación de la regla de proporcionalidad implica la realización de un juicio de idoneidad, otro de menor lesividad (o intervención mínima) y otro llamado de proporcionalidad *strictu sensu*. Si bien una de las virtualidades de la regla de proporcionalidad es controlar *a posteriori* el carácter no excesivo de la medida acordada, dicha regla también ha de presidir, *a priori*, el juicio de adopción de las medidas.

XXVII. La idoneidad de una medida se identifica con su aptitud objetivo-cualitativa para el fin pretendido con su adopción. La idoneidad de la medida se relaciona directamente con aquellos elementos de la realidad que justifican la existencia de un «peligro cautelar»: constituirá una medida cautelar idónea aquella que permita mitigar o eliminar dicho peligro. En consecuencia, la relación entre el derecho limitado con la imposición de la medida y la eliminación o reducción del «riesgo de frustración procesal» o la «disposición material» o «ánimica» del sujeto para materializar dicho

riesgo, constituye el parámetro para enjuiciar lógicamente la idoneidad de las medidas que pretenden adoptarse o seleccionarse.

XXVIII. El juicio de intervención mínima (también llamado cláusula de la alternativa menos gravosa) exige que, entre todas las medidas (cautelares o no) aptas cualitativamente para perseguir un fin, se acuerde la de menor gravedad de la injerencia estatal y eficacia suficiente para la consecución de dicho fin. Esta formulación incluye una exigencia comparativa y otra de optimización del grado de eficacia de la injerencia practicada con la imposición de la medida. Por la primera, el juicio de intervención mínima se aplica sobre distintas medidas, de igual o distinta naturaleza. Por la segunda, ha de relacionarse el grado de peligrosidad procesal con el contenido (cualitativo y cuantitativo) de las distintas medidas y los efectos (directos e indirectos) asociados a su imposición.

XXIX. La virtualidad de la proporcionalidad *strictu sensu* ha de fijarse en la interdicción de vaciar el contenido esencial del derecho afectado por la medida. La aplicación de la proporcionalidad *strictu sensu* presupone la existencia de intereses enfrentados. La medición del interés individual ha de realizarse a partir del grado de injerencia (cualitativo y cuantitativo) que implica la adopción de la medida considerada suficiente para perseguir el fin. La medición del interés estatal en la realización del *ius puniendi* ha de limitarse a la calidad y cantidad de la pena legalmente prevista para el hecho enjuiciado, en su límite inferior.

XXX. Los dos condicionantes básicos para que pueda predicarse una real subsidiariedad de la prisión provisional son la existencia de alternativas a esta medida cautelar y la observación del grado de peligrosidad procesal que justifica la adopción de una medida de este género. Por este motivo se propone, de *lege ferenda*, (1) la ampliación del catálogo de medidas cautelares penales y (2) que la fijación de límites a la posibilidad de acordar la prisión provisional se base, no en la proporcionalidad *strictu sensu* sino en la intensidad de la peligrosidad procesal apreciada en el caso concreto.

El carácter subsidiario de la prisión provisional deriva de la regla de intervención mínima o alternativa menos gravosa, no del juicio de idoneidad ni del de proporcionalidad *strictu sensu*. Cualquier excepción a la aplicación de estas dos últimas reglas excede del plano técnico, constituyendo una opción estrictamente política.

XXXI. La exigencia de jurisdiccionalidad para la imposición de medidas cautelares penales es consecuencia de la división de poderes establecida en la Constitución Española y no del carácter fundamental, o no fundamental, del derecho limitado con la imposición de la medida.

La competencia funcional para acordar, modificar o alzar medidas cautelares penales corresponderá, en principio, al que la tenga para conocer del proceso en el estadio en que el mismo se encuentre al realizarse aquellos actos. Las dudas sobre la compatibilidad entre las funciones instructora y sentenciadora, con la cautelar, derivan de la necesidad de realizar juicios de carácter valorativo para el dictado de una resolución relativa a medidas cautelares. Dicha circunstancia no priva de carácter jurisdiccional a la tutela cautelar penal, pero sí informa la determinación legal de los criterios de competencia funcional en esta materia, que se estiman de estricta política legislativa.

XXXII. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, y por mor de la división de poderes constitucionalmente establecida, ha de afirmarse que compete al legislador la previsión genérica (1) de las “consideraciones” distintas a la plena inocencia, (2) de las llamadas “consideraciones especiales” y (3) de los “tratamientos” asociados cualquiera de estas consideraciones. En consecuencia, ha de concluirse la existencia de reserva de ley para la regulación de las medidas cautelares penales. El rango orgánico u ordinario de dicha ley dependerá del carácter fundamental o no del derecho afectado con las medidas.

La ley que regule la tutela cautelar penal ha de fijar, con distinto grado de precisión, los presupuestos materiales de adopción de las medidas. Dichos presupuestos, junto con los de carácter formal, los fines y las medidas de este género, integran el contenido esencial o mínimo de la ley que regule la tutela cautelar penal. Por efecto del principio de legalidad, no pueden existir medidas cautelares penales innominadas.

La ley aplicable es aquella vigente en el momento en que se acuerda la medida cautelar, pero también la vigente durante la duración de la medida. En consecuencia, la reforma de la ley que regula la tutela cautelar penal puede provocar la revisión y, en su caso, la modificación del régimen cautelar vigente en un concreto proceso. El mismo efecto cabe observar ante la reforma de la configuración del proceso penal.

La retroactividad de la norma penal más favorable puede ocasionar el alzamiento o modificación de las medidas cautelares penales, cuando esta aplicación retroactiva influya en la ley penal sustantiva que condicionó la adopción o intensidad de la medida.

XXXIII. Desde la perspectiva de la presunción de inocencia como regla de tratamiento del sujeto pasivo, ha de exigirse la motivación (1) de todo acto judicial que afirme una “consideración general” distinta a la plena inocencia y también (2) de todo acto que afirme una “consideración especial” e imponga un “tratamiento” también “especial”.

Así, motivar la adopción de una medida cautelar supone explicar las razones por las que se dispensa un determinado tratamiento al sujeto pasivo del proceso (lo que implica exponer la apreciación de los presupuestos materiales y la aplicación a los mismos de la regla de proporcionalidad).

XXXIV. De acuerdo con el fundamento propuesto, en nuestro ordenamiento tienen carácter cautelar las siguientes medidas: (1) un supuesto de detención, (2) determinados supuestos de prisión provisional, (3) la incomunicación, (4) la libertad provisional sujeta a fianza, (5) la libertad provisional sujeta a comparecencia periódica, (6) el embargo preventivo y (7) la fianza (personal, pignoratícia o hipotecaria).

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. : *El sistema de medidas cautelares*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1974.

AA.VV. (recopilador Fernando Sainz Moreno): *Constitución Española. Trabajos Parlamentarios*, Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, 1980.

AA.VV. (recopilador Miquel de Moragas Spa): *Sociología de la comunicación de masas*, (vols. III y IV), ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1986.

AAVV (Aragoneses Martínez,, Cubillo López, Jaén Vallejo, y otros): *Tutela penal y tutela judicial frente a la violencia de género*, Colex, Madrid, 2006.

AGULLÓ, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, Fontamara, México, 1995;

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, nº 15-16, 2, 1994.

: “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, en *Detención y prisión provisional*, CGPJ, 1996.

: “Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción”, en *Revista del poder judicial*, nº 57, 2000.

APRILE, E.: *Le misure cautelari nel processo penale*, Giuffré, Milano, 2003.

ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y Derecho Procesal*; EDERSA, Madrid, 1997.

ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (con otros): *Derecho Procesal Penal*, Ceura, Madrid, 2003.

ARANGÜENA FANEGO, C.: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Bosch, 1991.

ARISTÓTELES: *De anima* (edición consultada: Alianza, Madrid, 2001; traducción de José Luís Calvo Martínez).

: *Ética a Nicómaco* (edición consultada: Gredos, Madrid, 1978; traducción de Tomás Calvo Martínez).

ARMENTA DEU, T.: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1991.

: *El nuevo proceso abreviado*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

: *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2001.

: *Lecciones de derecho procesal Penal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

: “Pena y proceso: fines comunes y fines específicos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995-II.

ASENCIO MELLADO, JM.: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

: “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992.

BACIGALUPO ZAPATER, E.: “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo* y recurso de casación”, en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, nº 41, 1988.

: “La noción de un proceso penal con todas las garantías”, en *derechos procesales fundamentales*, Manuales de Formación Continuada, nº 22, CGPJ, Madrid, 2004.

BARONA VILAR, S.: *Medidas cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Comares, Granada, 1995.

BECCARIA: *De los delitos y de las penas* (traducción de Juan Antonio de las Casas), Alianza, Madrid, 1996.

BELLIDO PENADÉS, R.: “Poderes del órgano jurisdiccional y garantía de la imparcialidad en la adopción de la prisión y la libertad provisionales”, en *Actualidad Penal*, nº 18, 1998.

BELING, E.: «Il significato dei principio “nulla poena sine lege poenali” nella determinazione dei concetti fondamentali di Diritto penale», en *Giustizia penale*, parte I, 1931.

: *Esquema de derecho penal. Doctrina del delito-tipo* (traducción de S. Soler), Buenos Aires, 1944.

BERLIN, I.: “La persecución del ideal”, en *El fuste torcido de la humanidad*, (traducción de José Manuel Álvarez Flórez), Península, Barcelona, 1998.

BERNAT DE CELIS, J. (con HULSMAN, L.): *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, 1984.

BERZOSA FRANCOS, V.: “Los principios de legalidad y oportunidad en el proceso penal”, en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001.

: “Principios del proceso”, en *Justicia*, nº 3, 1992.

BORRAJO INIESTA, I; “Presunción de inocencia. Investigación y prueba”, en *La prueba en el proceso penal*, tomo II, CGPJ, Madrid, 1997.

BOURDIEU, P.: *Sobre la televisión*, Anagrama, Barcelona, 1997.

: *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, Anagrama, Barcelona, 1997.

BRAGE CAMAZANO, J.: *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

BUTLER, J.: *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, (traducción de Jacqueline Cruz), Ediciones Cátedra, Universitat de València, 2001.

CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia* Tirant lo Blanc, València, 2003.

CACHÓN CADENAS, M.: “La pena de días-multa: el difícil juicio sobre la capacidad económica del acusado”, en *Problemas actuales de la justicia penal: los juicios paralelos, la protección de los testigos, la imparcialidad de los jueces, la criminalidad organizada, los juicios rápidos, la pena de multas*, Bosch, Barcelona, 2001.

CALAMANDREI, P.: *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, (traducción de Marino Ayerra Merín), El Foro, Buenos Aires, 1996.

CALDERÓN CUADRADO, MP.: *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 1992.

: *El recurso de anulación penal*, Comares, Granada, 1995.

: (con Ortells Ramos): *Tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.

: *La segunda instancia penal*, Aranzadi, Pamplona, 2005.

: “Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas”, en *Revista de derecho procesal*, nº 3, 1992.

: “Las medidas cautelares innominadas”, en *Las Medidas Cautelares*, Cuadernos de Derecho Judicial XXVII, Madrid, CGPJ, 1993.

: “Tutela anticipatoria, procesos sumarios y medidas cautelares”, en *La Ley*, 13 de junio de 1995.

: “El nuevo régimen legal de las medidas cautelares o la difícil búsqueda de un equilibrio entre intereses contrapuestos”, en *Revista jurídica de Catalunya*, nº 4, 2001.

CAMPBELL, T.: *La justicia (los principales debates contemporáneos)*, (traducción de Silvina Álvarez), Gedisa, Barcelona, 2002.

CARNELUTTI, F.: “Cenerentola”, en *Rivista di Diritto Procesuale*; 1946, I.
: *Lecciones sobre el proceso penal*, (traducción de Santís Melendo), El Foro, Buenos Aires, 2002.

CARRERAS LLANSANA, J.: “Derecho público y derecho privado. Actualidad y fecundidad de su distinción”, en *Estudios de Derecho Procesal*, (con Fenech), Bosch, Barcelona, 1962.

: “Las medidas cautelares del artículo 1428 de la LEC”, en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 1958.

COMPTE-SPONVILLE, A.: *Diccionario filosófico*, (traducción de Jordi Terré), Paidós, Barcelona, 2003.

COURTIS, C.: “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006.

CUERDA RIEZU, AR.: “Bastantes falacias, algunas verdades y ciertas dudas sobre el derecho a la presunción de inocencia desde la perspectiva constitucional”, en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, 1999.

DAMIÁN MORENO, J.: “La prisión provisional en el marco del sistema de la tutela cautelar”, en la obra colectiva *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004.

DE ARMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C.: *La cláusula rebus sic stantibus*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

DE ASÍS ROIG, R.: *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*; Marcial Pons, Madrid, 1995.

DE GIORGI, A.: *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, (traducción y presentación de Inaki Riviera y Marta Monclús), Virus, Bilbao, 2005.

DE LA OLIVA SANTOS, A. (con otros): *Derecho procesal penal*, Ceura, Madrid, 2003.

: *Derecho Procesal. Introducción*, CEURA, Madrid, 1999.

: “Sobre la ineficacia de las pruebas ilícitamente obtenidas”, en *Tribunales de Justicia*, nº 8-9, 2003.

: *Jueces imparciales, fiscales “investigadores” y nueva reforma para una vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.

: *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972.

: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

DE LLERA SUÁREZ-BÁRCENA, E.: “El cambio de signo de las medidas cautelares en el proceso civil y ciertas observaciones sobre su regulación”, en *Tribunales de Justicia*, junio, 2002.

DE LUCA, E.: *Lineamenti della tutela cautelare penale. La carcerazione preventiva*, Padova, 1953.

DE URBANO CASTRILLO, E.: “Presupuestos y fines de la prisión provisional”, en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004.

DEL MOLINO, MS.: “La presunción de inocencia como derecho constitucional”, *Revista de Derecho Procesal*, 1993-III.

DÍEZ RIPOLLÉS: “Exigencias sociales y política criminal”, en *Claves de la razón práctica*, nº 85, septiembre 1998.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.: “Artículo 24. Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villamil, EDERSA, Madrid, 1996.

DIEZ-PICAZO, L. (con Gullón, A.): *Sistema de Derecho Civil (I)*, Tecnos, Madrid, 1995.

DIEZ-PICAZO, LM.: *La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid, 1990.

: *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

DWORKIN, R.: “Positivismo y Derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

ECHARRI CASI, FJ.: *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003.

FAIRÉN GUILLÉN, V.: *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, Tecnos, Madrid, 1972.

FALCÓN i TELLA, MJ.: *Concepto y fundamento de la validez del derecho*; Civitas, Madrid, 1994

FEBBARJO, A.: “Funcionalismo sociológico y aplicación del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, F.: “Prisión provisional ‘a la carta’ ”, en *Jueces para la democracia*, noviembre, 1995.

FERNANDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, MA.: *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Irgium, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, L.: “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Isonomía*, nº 9, octubre 1998.

: *Derecho y razón. Teoría del galantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

: “El derecho como sistema de garantías”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

: “I valori del doppio grado e della nomofilachia”, en *Democrazia e Diritto*, Suplemento, nº1, 1992.

FERRARESE, MR.: “Las instituciones jurídicas de la globalización”, en *Jueces para la democracia*, nº 42, noviembre 2001.

FOSSAS i ESPADER, E. (con Pérez Francesch, JL): *Lliçons de dret constitucional*, ECSA, Barcelona, 2001.

FROMENT, JC.: “Les noves tecnologies de la seguretat i la «societat de control»”, en *Revista catalana de seguretat pública. Experiències de gestió de la seguretat: des dels models de proximitat a l’ús de la tecnologia*; nº 10, junio 2002.

GÁLVEZ, J.: “Art. 17. Seguridad personal”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villamil, EDERSA, Madrid, 1996.

GARCIA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, València, 1995.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: “Decomiso, origen ilícito de los bienes y carga de la prueba”, en *Problemas actuales del proceso iberoamericano (XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal)*, Tomo I, CEDMA, Málaga, 2006.

GIMENO SENDRA, V.: “El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”, en *Poder Judicial*, nº especial «Los derechos humanos».

: “Los procedimientos penales simplificados (principios de oportunidad y proceso pena monitorio)”, en *Justicia*, 1987.

: *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1997.

: *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*, Tecnos, Madrid, 1988.

: *El proceso de habeas corpus*, Madrid, Civitas, 1985.

: *Fundamentos de derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Civitas, Madrid, 1981.

GOLDSCHMIDT, J.: *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, 1935.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

GREVI: *Libertà pesonale dell'imputato e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1976.

GUASP DELGADO, J.: “Indicaciones sobre el problema de la causa en los actos procesales”, en *Revista de Derecho Procesal Español*, 1948.

: *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985.

GUASTINI, R; “Legislación y jurisdicción en la teoría del derecho”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

GULLÓN, A. (con Díez-Picazo, L.): *Sistema de Derecho Civil (I)*, Tecnos, Madrid, 1995.

GUTIERREZ DE CABIEDES, E.: “Principios procesales de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social y su Reglamento”, en *Temas penales*, Universidad de Santiago de Compostela, 1973.

GUTIERREZ DE CABIEDES, P.: *La prisión provisional*, Aranzadi, Navarra, 2005.

HÄBERLE, P.: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, (traducción de Joaquín Brage), Dykinson, Madrid, 2003.

HASSEMER, W; “Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos”, en la obra colectiva *Pena y Estado*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1995.

HULSMAN, L. (con Bernat de Celis, J.): *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel, 1984.

ILLESCAS RUS, AV.: “Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal”, en *Revista de derecho Procesal*, 1995, nº 1.

JACQUARD, R.: *La desinformación, una manipulación del poder*, Espasa Calpe, Madrid, 1998.

JAÉN VALLEJO, M.: *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Akal, Madrid, 1987.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el derecho penal moderno*, Reus, Madrid, 1920.

: *Lecciones de Derecho penal*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

: *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1950, vols. 1 y 3.

: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, “El delito”, Losada, Buenos Aires, 1965.

JORGE BARREIRO, A.: “Prisión provisional: una reforma, para qué”, en *Jueces para la democracia*, nº 2, 1994.

JOVÉ PONS, MA.: *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

LANZAROTE MARTÍNEZ, P.: *La vulneración del plazo razonable en el proceso penal*, Comares, Granada, 2005.

LEIBNIZ: *Monadología* (edición consultada: Pentalfa, Oviedo, 1983; traducción de Julián Valverde Lombraña).

: *Teodicea* (edición consultada: *Estudios de filosofía jurídica y política*, Biblioteca nueva, Madrid, 2001; traducción de José M^a Atencia Páez).

LINARES, JL.: *Las formas del abuso*, Paidós, Barcelona, 2006.

LÓPEZ GUERRA, L.: “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992.

LÓPEZ YAGÜES, V.: *El derecho a la asistencia letrada (su ejercicio en situaciones de privación de libertad)*, Publicaciones Universidad de Alicante, València, 2002

: *La inviolabilidad de las comunicaciones con el abogado defensor*, Tirant lo Blanch, València, 2003.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, en *Justicia*, 2002.

MANZINI, V.: *Tratado de derecho procesal penal II*, (traducción de Sentís Melendo y Ayerra Redín), El Foro, Buenos Aires, 1951.

MARINA, JA.: *La inteligencia fracasada*, Anagrama, Barcelona, 2006

: *Crónicas de la ultramodernidad*, Anagrama, Barcelona, 2000.

MARTÍN PASTOR, J.: *El Ministerio Fiscal como director de la investigación oficial en el proceso penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.

MIDDENDORFF, W: *Teoría y práctica de la prognosis criminal* (traducción de Rodríguez Devesa), Espasa Calpe, Madrid, 1983.

MONTAÑÉS PARDO, MA.: *La presunción de inocencia*, Aranzadi, Pamplona, 1999.

MONTERO AROCA, J.: *El derecho procesal en el siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

: “El significado actual del principio acusatorio”, en *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

: “La ausencia del imputado en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1981.

NINO, CS.: *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1983.

: *Los Límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, (traducción de Rolando Tamayo), Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: *Espacio penal europeo y mutuo reconocimiento*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

: *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

: *El periodo intermedio del proceso penal*, McGraw Hill, Madrid, 1997.

: *Introducción al Derecho Procesal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

: “La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil”, en *Revista general de derecho*, nº 619, 1996.

: “La formación del espacio judicial europeo en materia penal y el principio de mutuo reconocimiento: especial referencia a la extradición y al mutuo reconocimiento de pruebas”, en *Derecho Procesal Penal en la Unión Europea: tendencias actuales y perspectivas de futuro*, Colex, Madrid, 2006.

: *La orden europea de detención y entrega y la extradición de nacionales propios a la luz de la jurisprudencia constitucional alemana: especial consideración de la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 18 de julio de 2005*, en *La Ley*, nº 1, 2006.

ORTEGA Y GASSET, J.: “La rebelión de las masas”, en *Obras completas*, ed. P. Garagorri, Madrid, 1988.

ORTELLS RAMOS, M. (con Calderón Cuadrado): *Tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996.

(con Montero, Gómez Colomer y Montón): *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

: *Derecho Procesal Civil*, Arazanzadi, Navarra, 2000.

: “La ausencia del imputado en el proceso penal”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, nº 2-3, 1978.

: “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, 1977, nº 4.

: “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, 1978, nº 5.

PARDO IRANZO, V.: “Sobre la tutela cautelar de la propiedad horizontal”, en *Revista de derecho procesal*, nº 3, 1998.

PASCAL, B: *Pensamientos* (edición consultada: Orbis, Barcelona, 1985; traducción de Juan Domínguez Berrueta).

PASTOR ALCOY, F.: *Prueba indiciaria y presunción de inocencia*, Editorial Práctica de Derecho, Valencia, 1995.

PASTOR DANIEL, R.: “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”, en *Jueces para la democracia*, nº 49, marzo 2004.

PASTOR MOTTA, L.: “Las medidas alternativas a la prisión provisional”, en *Régimen jurídico de la prisión provisional*, Sepín, Madrid, 2004.

PEDRAZ PENALVA, E.: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985.

PÉREZ FRANCESCH, JL. (con Fossas i Espader, E.): *Lliçons de dret constitucional*, ECSA, Barcelona, 2001.

PÉREZ DAUDÍ, V.: *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1996.

PICÓ JUNOY, J.: “El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, en *La Ley*, nº 5888, de 7 de noviembre de 2003.

: “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactivas, ¿un avance en derecho procesal?”, en *La Ley*, nº6, 2001.

PUIG BRUTAU, J.: *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Bosch, Barcelona, 1951.

RIBA TREPAT, C.: *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997.

RICO OLIVER, D.: *TV. Fábrica de mentiras*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

ROBERT, P.: *El ciudadano, el delito y el Estado*, Atelier, Barcelona, 2003.

RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, R.: *El procesamiento*, Comares, Granada, 1998.

RODRIGUEZ MOURULLO, G.: “Legalidad (principio de)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1978, tomo XIV.

: “Medidas de seguridad y estado de derecho”, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974.

RODRIGUEZ RAMOS, M.: “Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 451.

ROMEO CASABONA, CM.: *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Bosch, 1986.

ROMEO COLOMA, AM.: *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid, 2000.

ROMERO ARIAS, E.: *La presunción de inocencia. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Aranzadi, Pamplona, 1985.

ROXIN, C.: *Derecho Procesal Penal*, (traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor. Revisada por Julio B.J. Maier), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

RUIZ FUNES, M.: *La peligrosidad y sus experiencias legales*; La Habana, 1948.

RUIZ-GALLARDÓN, I.: *Una aproximación a la equidad desde la teoría y la dogmática jurídicas*, UCM servicio de publicaciones, Madrid, 2002.

SANTOS REQUENA, AA.: *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Comares, Granada, 2001.

SEGOVIA BERNABÉ, JL.: “La seguridad ciudadana y las víctimas: pistas éticas para humanizar el sistema penal”, en *Gobernanza y seguridad sostenible*, nº 12, agosto 2003.

SARTORI, G.: *Homo videns. La sociedad teledirigida*, (traducción de Ana Díaz Soler), Santillana, 2005.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: *Medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias gráficas Pareja, Barcelona, 1974

: “La función del indicio en el proceso penal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.

SILVA SÁNCHEZ, JM.: *La expansión del Derecho Penal (aspectos de política criminal en las sociedades post-industriales)*, Civitas, 2001.

: “Valoraciones sociales y derecho penal”, en *Revista persona y derecho*, 2002, nº 46.

SOLÉ RIERA, J.: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

: (con Larrauri Pijoan, e.): “Violencia doméstica y situación de la víctima: una aproximación jurídico material y procesal”, en *Justicia*, nº 1, 1999.

SORIA, C.: “Fundamentos éticos de la presunción de inocencia o la legitimidad del periodismo de denuncia”, en *El laberinto informativo: una salida ética*, Eunsa, Pamplona, 1997.

SUAREZ COLLÍA, JM.: *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Actas, Madrid, 1994.

TERRADILLOS BASOCO, J.: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *REDC*, núm. 242, 1989.

TOULMIN, S.: “El futuro del derecho: distintas perspectivas del Estado-Nación”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

VAZQUEZ SOTELO, JL.: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.

: “La presunción de inocencia”, en *Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de la inocencia*, CGPJ, Madrid, 1992.

VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

: *El procedimiento para el enjuiciamiento rápido*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

: “Ejecución forzosa y medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 50, 2000.

VILLAMARÍN LÓPEZ, ML.: *El sobreseimiento provisional en el proceso penal*, Ceura, Madrid, 2003.

VON HUMBOLDT, W.: *Los límites a la acción del Estado* (traducción de Joaquín Abellán), Tecnos, 1988.