

LA DETENCIÓN Y EL ASEGURAMIENTO EN EL PROCESO PENAL EN ESPAÑA. REALIDAD Y PERSPECTIVAS

Detention and security in the criminal process in Spain. Reality and perspectives

Dr. Ricardo Juan-Sánchez*

Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Valencia (España)
<https://orcid.org/0000-0001-9502-3720>
Ricardo.Juan@uv.es

Dr. Vladimir Núñez Herrera

Profesor Externo del Máster Acceso de la Abogacía
Universidad de Valencia (España)
<https://orcid.org/0000-0002-9746-5124>
vnherrera@icav.es

Resumen

Los procedimientos penales de acuerdo con la regulación del Derecho de la Unión Europea (DUE) manifiestan un conjunto de normas comunes de garantías de procedimientos que han de ser transpuestos al Derecho interno de los EM. Las garantías procedimentales, la efectividad y la eficacia han de ser la base para el cumplimiento del efecto útil del DUE y la garantía de los derechos fundamentales. Dentro de dicha normativa se encuentran los derechos y las garantías de los detenidos, investigados, encausados para la adopción de medidas cautelares. Una de las consecuencias de lo anterior es la armonización de nuestro Derecho interno en con el DUE. El Anteproyecto de LECrim que ha propuesto el Gobierno de España persigue esos objetivos. Dicho Anteproyecto define con claridad los derechos y las garantías de un debido proceso penal. El presente trabajo se centra en aquellos derechos y garantías regulados en lo relativo a la detención y algunas de las medidas cautelares personales en el proceso penal, tanto en la actual LECrim como en el citado Anteproyecto.

* Investigador principal del proyecto "La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos" (RTI2018-095424-B-I00).

Palabras claves: derechos fundamentales; garantías de defensa; debido proceso; efectividad; eficacia; tutela jurídica efectiva; medidas cautelares penales; detención; prisión provisional; libertad provisional.

Abstract

Criminal proceedings according to EU law regulations manifest a set of common standards of procedural guarantees that have to be transposed into the domestic law of the MS. Procedural safeguards, effectiveness and efficiency must be the basis for the fulfilment of the useful effect of the EUD and the guarantee of fundamental rights. This legislation includes the rights and guarantees of detainees, under investigation, and defendants for the adoption of precautionary measures. One of the consequences of the above is the harmonization of our internal law with the UED. Preliminary Draft of the Criminal Procedure Act proposed by the Spanish Government has proposed these objectives. This draft clearly defines the rights and guarantees of due process. This paper focuses on those rights and guarantees regulated in relation to detention and precautionary measures in criminal proceedings, both in the current LECrim and in the aforementioned Draft Bill.

Keywords: fundamental rights; defense guarantees; due process; effectiveness; efficiency; effective legal protection; criminal precautionary measures; detention; provisional prison; provisional release.

Sumario

1. Consideraciones generales. 2. Derecho de la Unión Europea, garantías de la detención. 3. La detención en la actual LECrim. 3.1. Clases de medidas cautelares. 3.1.1. La prisión provisional. 3.1.2. La libertad provisional. 3.2. Garantías del ejercicio del derecho de defensa y del tratamiento de los detenidos y presos. 4. Aproximación al Anteproyecto de LECrim. Consideraciones generales. 4.1. Clases de medidas cautelares, detención y el aseguramiento cautelar. 4.2. La detención preventiva, nuevas formas de detención el doble régimen jurídico de la detención, derechos y garantías. 4.2.1. Detención. Nuevo significado de la requisitoria. 4.2.2. Detención y secreto de actuaciones. 4.3. La libertad provisional. 4.4. La prisión provisional. 4.4.1. Régimen ordinario. 4.4.2. Régimen atenuado. 4.4.3. Control periódico de la prisión provisional. 4.4.4. Indemnización por prisión provisional seguida de absolución o archivo. 5. Control judicial de las medidas. Recursos. 6. Conclusiones. **Referencias bibliográficas.**

1. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo de este trabajo es hacer un comentario sobre la detención y el aseguramiento del detenido en el proceso penal en España, su realidad actual, así como realizar una aproximación sobre dichas categorías jurídicas en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal (APLECrim), presentado por el gobierno español en noviembre de 2020. Se tratarán a su vez las garantías que evitan que se violenten los derechos que le asisten al sujeto detenido que será investigado o luego encausado, y nos aproximaremos a algunas de las nuevas medidas cautelares personales y otras medidas como mecanismos protectores de la víctima. Como se señala en el apartado XXXII de la Exposición de Motivos XXXII del APLECrim, la nueva regulación ofrece un amplio abanico de medidas (personales, reales y a las personas jurídicas y otras entidades) compatibles y combinables que puedan utilizarse para fines muy diversos, siempre que estén expresamente reconocidos en la ley, alejadas de la clasificación dogmática y cerrada de medidas heterogéneas e incompatibles de la actual LECrim, reservadas exclusivamente a un fin específico: evitar los riesgos que pueden frustrar el buen fin del proceso y el riesgo de reiteración delictiva. Para cumplir el objetivo del presente trabajo hemos optado por realizar, en primer lugar, unas consideraciones generales sobre la materia, para luego abordar el objeto de estudio desde la óptica del Derecho de la Unión Europea (DUE), para seguidamente tratar la detención y las medidas cautelares en la actual LECrim, y llegar finalmente a la aproximación del APLECrim estudiando concretamente las medidas cautelares personales.

A diferencia de la vigente LECrim, el Anteproyecto presentado regula de forma sistemática y pormenorizada esta materia, estableciendo un elenco variado de formas de detención y medidas cautelares que pueden adoptarse, tanto para asegurar la presencia del investigado, encausado en las distintas fases del proceso, como la tutela de los derechos de las víctimas. La forma detallada de regulación, la forma en que ha de practicarse y desarrollarse la privación cautelar de libertad –ya sea la detención o la prisión provisional–, así como los derechos que alcanzan a la persona detenida distinguen el Anteproyecto de su antecesora. Se regula desde los derechos generales propios de cualquier modalidad de detención a los estrictamente relacionados con la detención de naturaleza preventiva, fijándose de forma expresa las obligaciones que alcanzan a la persona detenida, investigada o encausada. Singularmente se regula la comparecencia al llamamiento del Ministerio Fiscal¹ y la de someterse a los

¹ En ese sentido se ha de tener en cuenta la nueva Fiscalía Europea, Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, y la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea BOE-A-2021-10957.

actos de investigación que sean acordados de conformidad con los requisitos legalmente establecidos. A ello se une el principio/deber de objetividad que ha de caracterizar al Ministerio Fiscal en su nuevo cometido de director de la investigación, aunque dicho principio/deber alcanza a todas las autoridades que intervienen en el procedimiento penal. Todos los intervinientes en la investigación deberán velar por la efectividad y eficacia del derecho de defensa, sin estar eximidos ninguno del deber de imparcialidad, en especial el propio Ministerio Fiscal, ello debido a su inherente y especial posición constitucional como defensor objetivo de la legalidad.²

El Ministerio Fiscal, en su nueva faceta como director de la investigación, estará sujeto al permanente control de un órgano judicial de garantías (principio de jurisdiccionalidad). Este control tendrá entre sus funciones el tema aquí tratado – control sobre la vulneración de los derechos que le asisten al sujeto investigado al momento de su detención o durante el desarrollo de esta–. Un juez que no estará implicado en la dirección de la investigación y que, por tanto, no se cuestionara su imparcialidad objetiva a la hora de afrontar esa labor de “enjuiciamiento” anticipado.³

El elenco de derechos, garantías y facultades defensivas a disposición de la persona detenida, investigada y encausada se ajusta a los estándares constitucionales

² Desde el anteproyecto del Código procesal penal de 2013 se defendía la atribución al Ministerio Fiscal de la dirección de la investigación en los siguientes términos: “[...] Constitucional y culturalmente no cabe plantearse en nuestro país la supresión del principio de objetividad en la actuación del Ministerio Fiscal, que debe mantenerse incólume [...] También desde la perspectiva de la eficacia el modelo del Fiscal investigador es preferible al del Juez de Instrucción. Aunque, desde una injustificada desconfianza hacia la Fiscalía, los principios de unidad de actuación y de dependencia jerárquica se esgrimen como argumentos contra la reforma, lo cierto es que precisamente los expresados principios constitucionales permiten la aplicación de criterios coherentes y el seguimiento de prácticas uniformes en la dirección de la investigación penal, en los distintos ámbitos de la criminalidad y en todo el territorio nacional”. En nuestros días, continúa centrado el debate sobre la configuración de la dependencia orgánica del Ministerio Fiscal en relación con el principio de legalidad y oportunidad como principios del presente y el futuro que encierran un dilema intenso de toda la ciencia jurídica. Sobre esto último *vid.* LÓPEZ MARCHENA, M. A., L. LAFONT NICUESA, V. LÓPEZ YAGÜES, *et al.*, “Diálogos para el futuro judicial XXVI. Legalidad y Oportunidad: presente y futuro del proceso penal”, en *La Ley*, No. 9869, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 11-06-2021 “Diálogos para el futuro judicial XXVI. Legalidad y Oportunidad: presente y futuro del proceso penal”, en *La Ley*, No. 9869, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 11-06-2021.

³ JUAN-SÁNCHEZ, R., *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*; SÁNCHEZ MUÑOZ; Ó., “El derecho a un tribunal independiente e imparcial”, en F. J. Matía Portilla & L. E. Delgado del Rincón (dirs.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, pp. 19-61.

previamente definidos en el Título Preliminar del APLECrim y a las exigencias de la normativa de la Unión Europea (UE) sobre la materia, en particular a las disposiciones de las directivas, entre otras, a la Directiva 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales; Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; y Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares⁴ durante la privación de libertad.⁵ Se consagra así la regulación de un debido proceso o proceso equitativo [artículo 14 del PIDCP y artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)⁶], la defensa, que comprende desde la detención y la asistencia de un abogado defensor en su propia defensa técnica, o la citación al acto de primera comparecencia para el traslado de los cargos hasta la finalización del proceso, por cualquiera de las formas legales previstas en la ley.

2. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, GARANTÍAS DE LA DETENCIÓN

El artículo 3, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea (TUE) enuncia los grandes objetivos que persigue la UE, entre ellos concede una mayor impor-

⁴ En este sentido, el DUE ha tenido presente el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24-04-1963, artículo 36.1-b) y c), derecho a ser informado sobre la asistencia consular, contenido esencial del derecho fundamental de defensa, debido proceso de un extranjero detenido.

⁵ En este sentido, STC 21/2018, de 5 de marzo FJ 8, según la cual *“a los agentes estatales responsables de su custodia les corresponde informar al detenido por escrito, de forma inmediata y comprensible, no solo de los derechos que durante tal condición le corresponden, sino también de los hechos que se le atribuyen y de las razones objetivas sobre las que se apoya su privación de libertad; y, cuando este sea el caso y el detenido lo solicite, deben también proporcionarle acceso a aquellos documentos o elementos de las actuaciones en los que se apoye materialmente la decisión cautelar. Como dijimos ya, las discrepancias sobre la suficiencia de la información o el acceso a las actuaciones facilitado que, una vez asesorado, pueda mantener el detenido con los responsables de su custodia policial, podrán plantearse inmediatamente a través del procedimiento de habeas corpus ante la autoridad judicial, a quien compete evaluar tanto las causas de la detención como el modo en el que ésta se viene desarrollando, singularmente, si se están respetando los derechos que la Constitución y las leyes procesales reconocen a toda persona detenida [art. 1, letra d) de la Ley Orgánica 6/1984”*.

⁶ Roma, 4-11-1950, y enmendado por los Protocolos Adicionales Nos. 3 y 5, de 6-05-1963 y 20-01-1966, respectivamente. Instrumento de Ratificación de España, BOE No. 243, de 10-10-1979.

tancia a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en su Título V (artículos 67 a 89) *está dedicado a ese ELSJ, teniendo presente, entre otros factores:* la gestión fronteriza, la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial junto a la protección de los derechos fundamentales, en particular la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁷ (CDFUE) y el mencionado CEDH. *Este ELSJ va encaminado hacia un nuevo proceso penal* marcado por el propio TFUE, el cual introduce una serie de “cláusulas de freno” para aquellos casos en que un Estado miembro (EM) considere que un proyecto legislativo afectaría a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal (artículo 82, apartado 3, del TFUE), así como para las normas mínimas comunes relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables a los delitos de especial gravedad con una dimensión transfronteriza (artículo 83, apartado 3, del TFUE), aumentando las medidas de coordinación y cooperación entre las autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y la aproximación de las legislaciones penales al respecto.

En este sentido se han creado distintas agencias para contribuir a la supervisión de las diferentes políticas, entre ellas las penales, las cuales van dirigidas a cumplir el efecto útil del Derecho de la UE. Entre las agencias relativas al ámbito penal del ELSJ tenemos: *Europol*, en materia de cooperación policial; la Agencia de la Unión Europea para la Formación Policial (CEPOL); *Eurojust*, dedicada a la cooperación judicial en materia penal; la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), en materia de derechos fundamentales y lucha contra la discriminación; el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías (OEDT); la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex), responsable de coordinar el control de las fronteras exteriores; y la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el ELSJ (EU-LISA). A su vez, como se ha mencionado, se ha de tener en cuenta la Fiscalía Europea Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017.

En el desarrollo e integración de ese espacio de cooperación en materia penal, tanto el Parlamento Europeo como el Consejo han dictado un grupo de directivas, entre ellas las ya mencionadas Directivas 2010/64/UE, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/

⁷ Niza, 7-12-2000. DOUE, No. C-364, de 18-12-2000. Posterior Tratado Lisboa (TL), DOUE, No. C-303, de 14-12-2007. Entrada en vigor 1-01-2009. Reconocida por España en LO 1/08 de 30-07-2008, BOE No. 184, de 31-07-2008.

UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales; la Directiva 2013/48/UE sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; incorporándose más recientemente la Directiva 2016/1919/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención, complementando así las anteriores en cuanto a que establece unos criterios claros para la concesión de asistencia jurídica gratuita, así como los criterios de calidad y las vías de recursos efectivos y eficaces en caso de vulneración de derechos. En estrecha vinculación con todas ellas se encuentra la Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, así como la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Se consagra así en el DUE la regulación del derecho de defensa y las garantías del debido proceso o proceso equitativo, la defensa, incluida la defensa técnica desde la detención hasta la finalización del proceso en correspondencia con los artículos 6 y 13 del CEDH y los artículos 47 y 48 de la CDFUE.

Cobra significado en este sistema de cooperación, la orden de detención europea (Decisión Marco adoptada por el Consejo el 13 de junio del 2002 y modificada en 2009 y luego llevada a Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección),⁸ decisión judicial emitida por una autoridad judicial de un EM de la UE para la detención y entrega por parte de otro EM de la UE de una persona buscada, para proceder a su enjuiciamiento penal o para ejecutar una pena de encarcelamiento, ello sobre la base del principio del reconocimiento mutuo de decisiones o resoluciones judiciales en materia penal.⁹ En la ejecución de esta orden se materializan los derechos antes enunciados en las respectivas Directivas.

⁸ La orden europea fue inmediatamente incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la Orden Europea de detención y entrega, y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.

⁹ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

En este sentido, el artículo 276 del APLECrím regula la Orden Europea de detención y entrega al señalar que *“Las solicitudes dirigidas por las autoridades judiciales españolas a otros estados miembros de la Unión Europea para la detención y entrega de una persona contra la que se sigan actuaciones penales o para el cumplimiento de una condena se tramitarán dentro de los límites y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación reguladora de la Orden Europea de detención y entrega”*.

3. LA DETENCIÓN EN LA ACTUAL LECRIM

Para el estudio de la actual regulación de la detención se ha de partir del artículo 17-2 CE. El texto constitucional establece un doble límite temporal a la privación de libertad en ocasión de una detención preventiva: i) por un lado no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos; y ii) en todo caso, el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

La regulación constitucional de la detención preventiva se desarrolla en el Título VI de la actual LECrím, en los artículos 489-501. La detención preventiva se puede practicar por: i) cualquier persona, estas últimas siempre que cumplan los requisitos del artículo 490, es decir, al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo, al delincuente *in fraganti*, al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena, entre otras opciones; ii) la autoridad o agente de policía judicial (fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, artículo 492), que comprendería: a) a cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490; b) al que estuviere procesado por delito que tenga señalado en el Código penal (CP) con pena superior a la de prisión correccional; c) al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial; d) al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1.^a que la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito; 2.^a que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él. Concretamente, en los dos apartados anteriores se observa con claridad la utilidad de la medida de detención a efectos de previsión procesal, estableciéndose los siguientes supuestos en los cuales es posible dicha intervención al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes

o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial.

Ambas detenciones –la que realice cualquier persona o las que realice la autoridad o agente de policía judicial– tienen un primer límite de 24 horas (artículo 496) y un límite absoluto de setenta y dos horas (artículo 497), como plazo máximo dentro del cual el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Dichos límites están en correspondencia con lo establecido en el texto constitucional (artículo 17-2 CE). El precepto constitucional, como también hemos señalado, dispone de manera inequívoca que la detención preventiva *“no podrá durar más del tiempo indispensable para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”*, lo que supone que en cuanto tales averiguaciones estén realizadas y aunque no hayan transcurrido las setenta y dos horas, el detenido ha de ser puesto a disposición judicial.

Este doble límite temporal a la privación de libertad ha sido sometido sistemáticamente a interpretación, tanto por el TC como por el TS, en este caso citamos por todas la STS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, No. 838/2021, de 11/06/2021, rec. casac. 34/2020, la cual interpreta lo referido al Protocolo de presentación de detenidos ante el Juzgado de Guardia y contra el Protocolo de Conducción de Detenidos ante el Juzgado de Guardia, de fecha 27-06-19, en relación con el artículo 17-2 CE. En el análisis interpretativo realizado por el TS se abordan las dilaciones indebidas en la puesta a disposición judicial de los detenidos que permanecen en detención gubernativa más allá del tiempo indispensable para efectuar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y el control de las garantías constitucionales del doble límite temporal a la detención gubernativa, es decir, el plazo que discurre desde la terminación de la investigación y su traslado y puesta a disposición judicial. En este sentido, el TS señala que en correspondencia con la doctrina del TC, la superación del referido límite relativo, esto es, la prolongación de la detención preventiva de carácter gubernativo una vez concluidas las averiguaciones por las fuerzas y cuerpos de seguridad que consideren imprescindibles, sin que haya libertad –y al margen del supuesto previsto en el artículo 55.2 de la CE para investigaciones referidas a bandas armadas o elementos terroristas– o puesta a disposición a la autoridad judicial, supone una vulneración del derecho a la libertad personal garantizado en el precepto constitucional. Agrega que también se produce la misma vulneración en aquellos supuestos en que el traslado o la previsión organizativa pensada para organizar los traslados diarios de detenidos al juzgado de guardia y lo que conlleva, se

prolongue más del tiempo –límite relativo– estrictamente necesario de la detención gubernativa.¹⁰

Como se constata de la lectura anterior, la detención preventiva se convierte en un sistema que distingue, como hemos señalado, la detención por cualquier persona (artículo 490) y la detención practicada por agentes de la autoridad (artículo 492), pero por encima de ello aún subsisten elementos interpretativos relacionados con el traslado de los detenidos a sede judicial, que han sido recientemente interpretados por el TS, pero que en la realidad práctica aún continúan vulnerándose, sin que se haga efectiva y eficaz la protección a través del *habeas corpus*.

Según lo enunciado en los artículos 497-501 de la LECrim, el juez o tribunal deberá elevar la detención a prisión, o dejarla sin efecto, efectuando esto en un plazo de setenta y dos horas, a contar desde la entrega del detenido. Finalmente, en el artículo 501 de la LECrim se expresa que *“el auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal”*, debiendo notificarse al querellante particular y al procesado, informando a este último de su derecho de solicitar y disponer de la reposición del auto.

3.1. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

3.1.1. La prisión provisional

Es conocido que la prisión provisional o prisión preventiva es una de las mayores intromisiones que con mayor entidad ejercita de forma lícita el Estado sobre el individuo; por ello, todas las diligencias y garantías relativas a esta deberán ser debidamente sustanciadas en pieza separada (artículo 519).

En la regulación actual de las medidas cautelares, la prisión provisional se encuentra en el Título VI de la LECrim, Capítulo III (artículos 502 a 519), la cual constituye el núcleo esencial de las medidas cautelares personales. Es la primera y principal medida que el legislador presenta como respuesta ante los diversos riesgos que pueden frustrar el buen fin del proceso, ello a pesar del reconocimiento por nuestro TC de las reglas mínimas de Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución No. 45-110, de 14 de diciembre de 1990 (Reglas de Tokio). Dicho principio, acogido expresamente por el legislador en el artículo 502-2 de la

¹⁰ En este sentido, STC No. 88/2011, de 6 de junio, en la que se recoge la jurisprudencia del TC: STC No. 165/2007, de 2-07-2007 (FJ 3), y STC No. 224/2002, de 25-11-2002 (FJ 4), ambas respecto al alargamiento desproporcionado del periodo de detención, y traslado.

LECrim, obliga al intérprete de la norma a realizar un juicio que trasciende de la mera constatación de la concurrencia de los requisitos legales, pues aquel también deberá escrutar si la legítima finalidad que persigue puede lograrse a través de una medida alternativa.¹¹

La medida de prisión provisional se desarrolla, según se ha señalado, en los artículos 502 a 519 de la LECrim. Los fines de la presente medida son evitar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, el riesgo de reiteración delictiva y solo se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con los artículos que comentaremos a continuación, así como cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad, a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional. Para adoptar la prisión provisional se ha de tener en cuenta la repercusión que esta medida pueda tener en el investigado o encausado, considerando sus circunstancias y las del hecho objeto de las actuaciones, así como la entidad de la pena que pudiera ser impuesta. No se adoptará en ningún caso la prisión provisional cuando de las investigaciones practicadas se infiera racionalmente que el hecho no es constitutivo de delito o que este se cometió concurriendo una causa de justificación.

Concretamente, el artículo 503 de la LECrim detalla los requisitos que deben concurrir para su adopción por el órgano judicial, atendiendo a la gravedad de la pena, los motivos para creer en la responsabilidad criminal, así como la adecuación a determinados fines listados en su apartado tercero. Profundizando en este, señala los requisitos para adoptar la medida; tenemos entre ellos: i) que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el investigado o encausado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso; ii) que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; iii) que se persigan los fines siguientes: a) asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; b) evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro funda-

¹¹ SSTC No. 88/1988, de 9 de mayo (FJ 1); No. 98/2002, de 29 de abril (FJ 3); y No. 95/2007, de 7 de mayo (FJ 4), reconocen la naturaleza subsidiaria de ese instituto, pues su carácter extraordinario impide que pueda ser aplicado en supuestos en los que mediante medidas alternativas menos onerosas puede alcanzarse el propósito perseguido.

do y concreto; c) evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando esta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código penal.

En el artículo 504 de la LECrim se afirma que esta medida cautelar durará *“el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos”*, hasta que los motivos que la propiciaron se mantengan subsistentes. La normativa actual en cuanto a los presupuestos mencionados para adoptar la presente medida exige que solo pueda acordarse cuando existan indicios de la comisión de un delito castigado con pena cuya duración máxima sea igual o superior a 2 años de prisión. No obstante, por norma general, la prisión provisional en aquellos casos que así lo requieran durará hasta que se produzca la sentencia final del proceso judicial, o bien se extinguirá si en algún momento desaparecen las causas para la prisión provisional. Sin embargo, existen periodos máximos de duración establecidos por la ley: i) un año para delitos con pena privativa de libertad igual o inferior a 3 años, prorrogable hasta 6 meses; ii) dos años si la pena correspondiente al hecho delictivo es de más de 3 años, prorrogable hasta dos años. Por otro lado, cuando el objetivo sea evitar la destrucción de pruebas, la prórroga no podrá ser mayor de 6 meses, en correspondencia con los elementos anteriores –pena del tipo delictivo–, sin posibilidad de prórroga. A su vez, de acuerdo con el artículo 504.2, párrafo segundo, si la persona encausada resulta condenada, la prisión provisional puede prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia cuando esta haya sido recurrida.

En los artículos 505-507 de la LECrim se regula el procedimiento para la adopción de la medida cautelar que estamos analizando. Señalan los citados artículos que se convocará a una audiencia en la que el Ministerio Fiscal o las partes acusadoras podrán interesar que se decrete la prisión provisional del investigado o encausado, o su libertad provisional con fianza. Dicha audiencia prevista deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al investigado o encausado –que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio–, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. Dicha audiencia también habrá de celebrarse para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional en los supuestos que el investigado o encausado no se encuentre detenido, o esté en libertad provisional con fianza. En todo caso, en la audiencia se realizarán alegaciones por las partes (Ministerio Fiscal, acusación particular, defensa) y se propondrán los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las 72 horas; aquí el abogado del investigado

o encausado tendrá, en todo caso, acceso a los elementos de las actuaciones que resulten esenciales para impugnar la privación de libertad del investigado o encausado (ello en correspondencia con las Directivas antes señaladas). La decisión final será adoptada a través de auto motivado, donde se valorarán los motivos que llevarán a la toma de la decisión, de la forma en que lo ha considerado necesario y proporcionado el juzgador, en correspondencia con los fines que justifican su adopción. Este auto podrá ser recurrido en reforma o en apelación (artículo 507) en relación con el artículo 518, que señala que *“Los autos en que se decrete o deniegue la prisión o excarcelación serán apelables sólo en el efecto devolutivo”*, y el artículo 766 de la LECrim (respecto al recurso de apelación). Este recurso de apelación en todo caso ha de resolverse en un plazo máximo de 30 días.

Concretamente, el artículo 508 de la LECrim regula la medida de prisión provisional del investigado o encausado cuando por razón de enfermedad, el internamiento entrañe grave peligro para su salud. Aquí el juzgador podrá autorizar el internamiento en el domicilio del investigado o encausado, adoptando las medidas de vigilancia que resulten necesarias. A su vez el juez o tribunal podrá autorizar que el investigado o encausado salga de su domicilio durante las horas necesarias para el tratamiento de su enfermedad, siempre con la vigilancia precisa.

Cuando las circunstancias del hecho investigadas así lo requieran, i) necesidad urgente de evitar graves consecuencias que puedan poner en peligro la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o ii) necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción para evitar comprometer de modo grave el proceso penal, el juez de instrucción o tribunal podrá acordar excepcionalmente la medida de detención o prisión incomunicadas, mediante resolución motivada (artículos 509-510). Dicha incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para practicar con urgencia las diligencias tendentes a evitar los peligros citados, la cual no podrá extenderse más allá de cinco días. Se establece una excepción respecto a los delitos cometidos por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas¹² o rebeldes, procesado que estuviere ostentando función o cargo público

¹² Sobre la legitimidad constitucional de la detención incomunicada en supuesto de colaboración con banda terrorista, se ha de ver en relación con el artículo 17.3 CE, derecho a la asistencia letrada, nombramiento de letrado de la confianza del detenido, así como lo relativo a la entrevista reservada con el letrado, o acceder a las actuaciones. En este sentido se ha pronunciado el TC, Sala 1ª, Sentencia No. 127/2000 de 16 de mayo, insistiendo en la necesidad de motivar la resolución judicial en la que la incomunicación se acuerda. Por ello

u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días. La decisión de la adopción de la incomunicación o su prórroga se adoptará a través de auto motivado. Existe una prohibición expresa en cuanto a la incomunicación de los menores de dieciséis años.

En los artículos 512-517 de la LECrim se concretan las actuaciones a llevarse a cabo en el caso de que el reo no fuere habido en su domicilio, acordándose entonces por el juez de instrucción su búsqueda por requisitorias, las cuales serán expedidas por el letrado de la Administración de Justicia mediante oficios. Se pondrán en funcionamiento los medios necesarios para el hallazgo de dicho reo en rebeldía y su conducción a la cárcel correspondiente.

3.1.2. La libertad provisional

La libertad provisional viene regulada en los artículos 528 a 544 *quinquies* de la LECrim, estableciéndose en primer lugar que será decretado por el juez o tribunal, en los casos en los que no sea acordada la prisión preventiva, si el investigado ha de prestar fianza para continuar en libertad provisional. Para la determinación de la cuantía de dicha fianza se tomará en cuenta, entre otras circunstancias y características, la naturaleza delictual, el estado social y los antecedentes del procesado.

En caso del investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, sin fianza, podrá acordarse que constituya obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa (artículo 530 de la LECrim).

Dentro de las medidas de libertad provisional se han de tener en cuenta las del artículo 529 *bis* de la LECrim, el cual establece una medida cautelar específica relativa a la prohibición de conducir vehículos a motor, en relación con el artículo 764.4 de la LECrim, según la cual podrá procederse a *"la intervención del permiso de conducción requiriendo al investigado o encausado para que se*

se insiste en que esta medida por la que se incomunica a un detenido es algo más que un grado de intensidad de la pérdida de libertad, dadas las trascendentales consecuencias que se derivan de la situación de incomunicación para los derechos del ciudadano. Este carácter excepcional de la medida exige que se motiven de forma debida las razones por las que se acuerda. En este sentido *vid.* JUAN-SÁNCHEZ, R., "El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español", *InDret*, 2017, pp. 1-29.

abstenga de conducir vehículos de motor”, y en relación con los artículos 379 y ss. del CP (delitos contra la seguridad vial).

Cabe destacar que, al igual que en el caso de la prisión provisional, los autos de libertad provisional y fianza podrán ser reformados a lo largo de todo el transcurso de la causa, siendo además señalado en el artículo 540 de la LECrim, que regula que la no presentación o ampliación en plazo de la fianza provocará la reducción del investigado a prisión.

En el artículo 544 *bis* de la LECrim se regula un desarrollo más extenso de la realidad social ligada a delitos tales como: delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares (artículo 57 del CP).¹³ El tipo de medida que se adopte estará destinado y determinado por la protección de la víctima. Las medidas serían de prohibición, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma; expresando la posibilidad de que el juez o tribunal limite el área donde el individuo pueda disfrutar de su libertad, respaldando su decisión que ha de ser *“de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima”*.

En la normativa actual están previstas cautelas adicionales relativas a la protección para las víctimas de *“violencia doméstica”* reguladas en el artículo 544 *ter* de la LECrim. La orden de protección que se le otorga a las víctimas¹⁴ prevista en el estatuto integral de protección puede comprender medidas penales, ci-

¹³ Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares.

¹⁴ En este caso, las personas mencionadas en el artículo 173.2 del CP, cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados.

viles y asistenciales, reguladas en el artículo 61 de la LOVG:¹⁵ *“en todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento [...], determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”.*

El artículo 544 *quinquies* de la LECrim tiene similar redacción a los anteriores, pero en este caso concreto está destinado a los supuestos donde resulte necesario la protección de la víctima menor de edad o con la capacidad judicialmente modificada, comprendiendo medidas tales como: suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, así como la tutela, curatela, guarda o acogimiento, establecimiento de un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, tutela o de cualquier otra función tutelar o de protección o apoyo sobre el menor o persona con la capacidad judicialmente modificada, suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación con el no conviviente o con otro familiar que se encontrara en vigor.

3.2. GARANTÍAS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA Y DEL TRATAMIENTO DE LOS DETENIDOS Y PRESOS

Aparte de algunas de las garantías señaladas en las medidas *ut supra* comentadas, la LECrim regula concretamente en sus artículos 520-527 el ejercicio del derecho de defensa, la asistencia de abogados y del tratamiento de los detenidos y presos, respecto de las personas detenidas o sujetas a la imposición de una medida cautelar de prisión provisional, señalando que las medidas han de practicarse de la forma menos gravosa, que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio.

Los operadores jurídicos intervinientes (incluidos los cuerpos policiales y la Administración de justicia en lo relativo a traslados de detenidos) están obligados a velar por los derechos constitucionales al honor, a la intimidad y la imagen de aquellos, con respeto al derecho fundamental a la libertad, así como de información de sus derechos y garantías. Toda persona detenida o sujeta a medida

¹⁵ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 61 (BOE No. 313, de 29 de diciembre de 2004).

cautelar de prisión provisional será informada por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, en una lengua que comprenda y de forma inmediata, de los hechos que se le atribuyan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y especialmente de los siguientes: a) derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que solo declarará ante el juez; b) derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; c) derecho a designar abogado con la excepción del artículo 509 (detención o prisión incomunicadas), en relación con el artículo 527 de la LECrim, que señala que en estos supuestos el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos, si así lo justifican las circunstancias del caso, entre ellos: el de designación de un abogado de su confianza, comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el médico forense, entrevistarse reservadamente con su abogado, acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención; d) derecho a acceder a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención o privación de libertad; e) derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la oficina consular de su país; f) derecho a comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un tercero de su elección, con similar limitación a la antes señalada del artículo 509 en relación con el 527, así como que dicha comunicación se celebrará en presencia de un funcionario de policía o, en su caso, del funcionario que designen el juez o el fiscal; g) derecho a ser visitado por las autoridades consulares de su país, a comunicarse y a mantener correspondencia con ellas; h) derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete; i) derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal; j) derecho a solicitar asistencia jurídica gratuita.

4. APROXIMACIÓN AL ANTEPROYECTO DE LECRIM. CONSIDERACIONES GENERALES

En noviembre de 2020, el gobierno español aprobó el Anteproyecto de LECrim que desembocara en el trámite parlamentario. El texto presentado está en la línea del Anteproyecto de 2011 y del Código procesal penal de 2013. Entre esas líneas generales, de acuerdo con lo ya expresado, se mantiene la atribución de la fase de investigación al Ministerio Fiscal. Durante esta fase investigativa, el

juez deja de ser el impulsor de la actividad pública investigadora para configurarse como un garante imparcial de los derechos individuales.¹⁶ El juez se colma a plenitud en su función jurisdiccional y de control de garantías. A este se le atribuyen una serie de funciones específicas, entre ellas, i) juez de garantía (artículo 19), imparcialidad objetiva;¹⁷ entre otras funciones tendrá: velar por la efectividad del derecho de defensa y la tutela judicial efectiva, autorizar las diligencias de investigación restrictivas de los derechos fundamentales, resolver sobre las peticiones de medidas cautelares, asegurar la fuente de prueba personal ante el riesgo de su pérdida, control de la relevancia penal del hecho investigado, el de la dilación indebida del procedimiento y del secreto de las actuaciones, así como la práctica de las diligencias esenciales que hayan sido indebidamente denegadas, disponer el sobreseimiento del proceso o decidir sobre la personación e intervención de las acusaciones populares, resolver sobre la exclusión de la acción civil cuando esta pueda originar retrasos graves en la tramitación del procedimiento; ii) juicio de acusación (juez de la audiencia

¹⁶ El punto VI de la Exposición de Motivos del Anteproyecto señala: “El juez ha de quedar apartado de cualquier función activa en la pugna que entre el Estado y el ciudadano tiene lugar en todas las fases del procedimiento criminal. Debe ser capaz de tutelar los distintos intereses en juego desde una posición de real y efectiva imparcialidad. Ha de fortalecerse, en definitiva, un control jurisdiccional que se ha visto debilitado por la acumulación en el mismo órgano de potestades que son ajenas a la función de juzgar y que, además, son incompatibles con su correcto ejercicio”.

¹⁷ Una novedad en el Anteproyecto de rango constitucional es la recepción de la doctrina sobre el juego de la imparcialidad objetiva y del principio de contradicción, elementos que el TEDH considera inherentes a la idea de “procedimiento judicial” en el que se sustancia la garantía de “control judicial” del artículo 5.3 del CEDH (entre ellas se puede profundizar en la STEDH de 4-12-1979, asunto *Schiesser c. Suiza*, la cual consideró que no resultaba incompatible con las cualidades que ha de revestir la autoridad que ejerce el control judicial inmediato de la prisión y que esta asuma funciones instructoras o de dirección de procedimiento de investigación oficial, pero sí que acumule una misma autoridad ambas funciones o tareas –acusación y enjuiciamiento– sobre un mismo asunto; y STEDH de 28-11-2018, asunto *Selahattin Demirtas c. Turquía*, que reconoce la excepcionalidad de la medida de prisión preventiva vinculado al hecho de que en el proceso penal rigen los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*. La medida de prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental que tales normas restringen, lo cual ha de conducir a la elección y aplicación, en caso de duda, de la norma menos restrictiva de la libertad. En este sentido, en nuestro Derecho interno las recientes SSTC No. 29/2019 y No. 30/2019, ambas de 28-02-2020, las cuales constituyen una referencia en este punto. De conformidad con las citadas resoluciones, la imparcialidad objetiva de quien actúa como juez de la libertad solo resulta garantizada si la decisión de prisión provisional se sujeta a los límites máximos fijados en los cargos criminales formulados por las acusaciones. La actuación del juez en este incidente cautelar es como puro juez de la libertad, de garante de la libertad, se supera legalmente así la condición de la actual LECrim, juez-instructor / juez-investigador, con doble condición de poder investigador y de juez de la prisión. Con el nuevo Anteproyecto, el juez no puede, en este caso, apreciar por sí mismo y sin alegación de parte, fines distintos a los que las acusaciones promueven sin desbordar el ámbito estricto de las funciones que le corresponden como tercero imparcial.

preliminar), cuyo principal cometido es determinar si procede la apertura de juicio oral o el sobreseimiento de la causa, así como el examen sobre la licitud de la prueba propuesta por las partes. Se establece un elenco tasado de causas que permiten acordar el sobreseimiento de las actuaciones, destacando, entre ellas, el sobreseimiento por insuficiente fundamento de la acusación (artículo 623) o por retraso injustificado de la primera comparecencia, que haya causado al acusado un perjuicio irreparable para su derecho de defensa (artículo 624). En cualquiera de los supuestos, la resolución produce efecto de cosa juzgada, lo que persigue, por tanto, evitar que quien acusa ejercite la acción penal sin una fundamentación probatoria adecuada; iii) enjuiciamiento de forma unipersonal (cuando se trate de delitos leves o menos graves) o colegiada (cuando se trata de delitos graves o de algún delito especificado en un extenso catálogo.¹⁸

Como se constata, se llevan al alza los derechos y las garantías del investigado. El artículo 51 del APLECrim regula los derechos de la persona investigada, entre ellos a conocer de la investigación, los hechos investigados y su calificación jurídica provisional; a conocer de las diligencias de investigación practicadas y las que desde el momento de la primera comparecencia se realicen; ser asistido y defendido por el abogado que designe o por un defensor de oficio, entrevistarse reservadamente con su abogado antes y después de cualquier declaración, incluida la que preste en sede policial; declarar ante el Ministerio Fiscal, asistido de abogado, cuantas veces lo solicite; ser asistido por un intérprete¹⁹ (artículo 52: derecho de traducción y de interpretación, derecho que es y se hace irrenunciable), de forma que cuando no comprenda o no hable la lengua oficial en la que se desarrolle el proceso, le sea expresado de forma efectiva y eficaz. Esta traducción alcanza la traducción escrita de los documentos que resulten esenciales para garantizar el ejercicio del derecho de defensa. Este derecho de traducción se extiende a las personas con limitaciones auditivas o de expresión oral.

¹⁸ Dentro de ese extenso catálogo –artículo 31.2 del APLECrim– establece un listado amplio de delitos que deben ser enjuiciados por un tribunal colegiado. Entre ellos, los delitos de homicidio, aborto o lesiones por imprudencia profesional; delitos de agresión sexual; delitos de estafa informática; delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; o delitos contra la Administración Pública.

¹⁹ En el artículo 52 se recoge específicamente el derecho de traducción y de interpretación, el cual abarca y comprende la asistencia de un intérprete en todas las actuaciones en que sea necesaria la presencia de la persona encausada, por tanto, y en lo que aquí nos interesa, serán objeto de traducción escrita los autos imponiendo medidas cautelares.

Tiene así el APLECrím un doble contenido. Por una parte, el derecho al conocimiento de los hechos punibles y de su calificación jurídica provisional –que se le comunican en el acto de primera comparecencia–; mientras que, por otra parte, el conocimiento de las actuaciones indagatorias realizadas, lo que supone, en definitiva, el acceso a todo lo actuado en la fase de investigación. De este modo, el investigado podrá someter a control la función investigadora del fiscal y la revisión y control que haga el juez de la audiencia preliminar sobre la pertinencia o no de los actos de investigación, existiendo sus limitaciones temporales en actuaciones sometidas a secreto, aspectos que abordaremos más adelante.

Concretamente en lo que aquí nos interesa, las medidas cautelares personales se regulan en el Libro II del APLECrím y requieren para su adopción de una previa resolución judicial, es decir, prima como regla general, la jurisdiccionalidad de la medida cautelar (artículos 19.1.2º y 189), que puede ser adoptada según la fase de tramitación en la que se encuentre el procedimiento, por los órganos judiciales siguientes: i) juez de garantías; ii) juez de audiencia preliminar; iii) Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia. Como no puede ser de otra forma, también es una garantía para el investigado que las medidas cautelares que se adopten lo sean a través de resolución por auto motivado.

4.1. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES, DETENCIÓN Y EL ASEGURAMIENTO CAUTELAR

A diferencia de la vigente LECrím, el texto presentado como APLECrím regula de forma sistemática esta materia de la detención y el aseguramiento cautelar, estableciendo un elenco muy variado de medidas cautelares que pueden adoptarse tanto para asegurar la presencia del encausado en las distintas fases del proceso como la adecuada tutela de los derechos de las víctimas.²⁰ Todo ello también bajo el manto del artículo 17-2 CE, al ser reguladas, como ya se ha dicho, en los artículos 186-276 del Título II, Libro II, del APLECrím. En su Título III se recogen las medidas cautelares reales (artículos 277-298) y en el Título V, las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y a otras entidades

²⁰ Durante la fase de investigación, las víctimas pueden instar la adopción de las medidas siguientes: i) prohibición de aproximación o comunicación (artículo 225); ii) prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (artículo 226); iii) prohibición de residir en determinados lugares (artículo 227); iv) suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela, acogimiento o administración de bienes (artículo 230); v) suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (artículo 231); vi) orden de protección para las víctimas de violencia de género o de violencia doméstica (artículo 237).

(artículo 305), medidas específicas aplicables a las personas jurídicas (ninguno de los dos últimos tipos de medidas mencionadas serán objeto de estudio).

El artículo 187 del APLECrim señala que la necesidad de la adopción de las medidas cautelares estará dada cuando no exista otra medida menos gravosa para los derechos de la persona afectada que sea igualmente útil para alcanzar los fines perseguidos, debiéndose explicitar las razones por las que, en el caso concreto, no procede la adopción de otra medida menos lesiva; manteniéndose durante el tiempo absolutamente imprescindible (provisionalidad, artículo 188) para alcanzar sus fines y en tanto subsistan los motivos que dieron lugar a su adopción y deberán revisarse en los supuestos previstos en esta ley y, en todo caso, cuando varíen las circunstancias que las motivaron. Se ratifica el carácter de jurisdiccionalidad para resolver sobre las medidas cautelares, pues será competente el juez de garantías, el juez de la audiencia preliminar o la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Instancia, según la fase de tramitación en la que el procedimiento se encuentre.

4.2. LA DETENCIÓN PREVENTIVA, NUEVAS FORMAS DE DETENCIÓN, EL DOBLE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETENCIÓN, DERECHOS Y GARANTÍAS

La regulación de las medidas cautelares personales tiene como antesala la detención. El artículo 190 del APLECrim estipula los supuestos de detención preventiva; señalando que podrá practicarse la detención de una persona cuando existan indicios de su participación en un delito siempre que concurra una o más de las circunstancias siguientes: que por las circunstancias del hecho y del autor pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga de la persona contra la que se dirige la medida, que pueda inferirse racionalmente un peligro de ocultación, alteración, pérdida o destrucción de las fuentes de prueba por la persona contra la que se dirige la medida, que a través de datos objetivos se constate un evidente peligro de que la persona contra la que se dirige la medida pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima o cometer hechos delictivos concretos relacionados con el que motiva la detención, cuando sea sorprendido en flagrante delito, remitiendo al artículo 772.²¹ No se podrá detener por delitos leves, exceptuándose solamente en aquellos su-

²¹ En dicho artículo se define por delito flagrante cuando la persona sea sorprendida y detenida en el acto de cometerlo, habiendo sido sorprendida en el acto de cometer el delito, sea inmediatamente perseguida hasta ser detenida, y durante la persecución no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen; sea detenida en las proximidades del lugar del delito inmediatamente después de su perpetración con efectos, instrumentos o vestigios que evidencien su participación en él.

puestos en que el detenido carezca de domicilio conocido y no dé garantías suficientes a juicio de la autoridad o agente que la practique. Dicha detención debe durar el tiempo mínimo imprescindible para cumplir los fines por los que ha sido acordada: a) 72 horas, si se trata de una detención por la presunta participación en un delito; aquí el fiscal puede solicitar al juez de garantías la prórroga de dicho plazo hasta un máximo de 48 horas adicionales cuando se trate de delitos relacionados con organizaciones criminales terroristas y delitos de terrorismo (artículo 194); b) 6 horas, si se practicó con fines meramente identificativos.

Estas detenciones se pueden realizar: i) por la policía (artículo 192), poniéndolo inmediatamente en conocimiento del Ministerio Fiscal; ii) por el Ministerio Fiscal (artículo 193), que durante la investigación puede ordenar mediante decreto de detención de una persona indicación que se le dará a la policía judicial, quien practicará la detención. En caso de urgencia extraordinaria y con inmediato trámite de ratificación judicial (artículo 282, supuestos de urgencia) el fiscal puede acordar provisionalmente medidas cautelares reales, intervención de bienes y efectos para garantizar la efectividad del decomiso, así como, en su caso, el bloqueo de cuentas bancarias. En este caso se requiere ratificación judicial de la medida, previa audiencia de las partes, en el plazo de 48 horas. El Ministerio Fiscal, en el plazo máximo de 72 horas desde la privación de libertad del detenido, deberá acordar su libertad o ponerlo a disposición judicial; iii) también se puede realizar la detención por particulares (artículo 195). El Anteproyecto, a diferencia de la LECrim, limita la detención por particular atendiendo a supuestos de flagrante delito, debiendo el particular solicitar por el medio más rápido, la inmediata intervención de la policía, limitándose entretanto a impedir la fuga y a asegurar la integridad física del detenido. El apartado XXX de la Exposición de Motivos considera que dicha mención incluye, en principio, la posible detención de una persona fugada de un establecimiento penitenciario. No obstante, se puntualiza que la peligrosidad de este tipo de delincuentes *“hace desaconsejable la mención legal expresa de tal supuesto de hecho”*, pues lo ideal es que *“los ciudadanos que adviertan la presencia de un criminal fugado den inmediata cuenta de esta circunstancia a la policía para que la detención pueda ser practicada en las debidas condiciones de seguridad”*. En todo caso, la voluntad regulativa es excluir expresamente la detención por particulares en los casos de rebeldía, los particulares no disponen de ordinario de la documentación necesaria para determinar, en el acto, la concurrencia o no de esta situación procesal (lo que genera un riesgo cierto de detenciones ilegales).

Junto a la clásica modalidad de detención preventiva se contempla ahora otra forma distinta –y más leve– de privación cautelar de libertad, a la que se da la expresiva denominación de “detención para la ejecución de actos y resoluciones” (artículo 196). Ello es a lo que se ha denominado “doble régimen jurídico sobre la detención”. Esta modalidad atenuada se caracteriza por estar exclusivamente orientada a facilitar la realización de actuaciones procesales que requieren inexcusablemente la presencia de la persona detenida –siempre que dicha presencia no pueda llegar a lograrse utilizando medios menos gravosos–. Su específica regulación permite minimizar la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, contrayendo su restricción a lo estrictamente necesario para la realización de la actuación de que se trate. Se prevé, por ello, que tenga una duración máxima de 24 horas (artículo 197.1). En la presente detención la policía se limita a realizar los actos que expresamente se indique en la resolución que lo hubiere acordado (artículo 197.1).

De esta manera, el texto articula dos modalidades de detención: i) detención preventiva (artículo 190); ii) la ya mencionada detención para la ejecución de actos y resoluciones, que como se ha expuesto, la finalidad de la detención es asegurar la práctica de diligencias, medios de prueba, actos, notificaciones o requerimientos, es decir, requisitorias (artículo 215) para la práctica de determinadas diligencias (tomar declaración al investigado; notificarle el auto de apertura de juicio oral; etc.). Esta clasificación en la regulación del Anteproyecto permite distinguir, por un lado: a) los derechos que corresponden a toda persona investigada (artículos 51 y 52); b) los derechos relacionados con toda persona detenida, la clásica detención (artículos 201-206, información de derechos, derecho comunicación con terceros, interpretación y traducción, derecho al reconocimiento médico, derecho de los menores de edad detenidos y el propio *habeas corpus*²²), o sea, se regula un catálogo específico de derechos

²² Prevé el APLECrim en su artículo 206 el *habeas corpus*, su redacción y alcance del responden, entre otras cuestiones: i) a considerarse el medio o remedio procesal adecuado para impugnar la vulneración o denegación de cualquier derecho relacionado con la detención, a los elementos que la integran, incluido el acceso a los documentos esenciales, es decir, el derecho del detenido a “acceder”, después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a su declaración, a las actuaciones; ii) a la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; iii) a la STC 13/2017, de 30 de enero, la cual anuló un auto que denegaba la incoación de un procedimiento de *habeas corpus*, consideró el TC que se había vulnerado el derecho a la libertad personal y a la asistencia letrada derivada de la negativa del funcionario instructor a proporcionar copia del atestado policial que hiciera posible la impugnación de la detención del recurrente. No obstante, una de las reformas paralelas que ha de llevarse a cabo junto a la presente LECrim será la Ley de *Habeas Corpus*, LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*. En este sentido se ha de tener presente la ya citada STS, Sala 3ª No. 838/2021, de

de la persona detenida preventivamente por su participación en un delito, en cuanto mecanismo cautelar basado en la atribución provisional de la comisión de un delito y orientado, por ello, a trasladar a la persona detenida los cargos criminales y a ponerla a disposición judicial para que pueda adoptarse una decisión estable sobre su situación personal mientras prosigue la tramitación del procedimiento. Estos derechos,²³ como ya se ha enunciado, serán entre otros: información de derechos en el mismo momento de la detención, hecho que la motiva, de la infracción que se sospecha ha cometido y de los derechos que le asisten; tan pronto sea posible se le informará por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible y en una lengua que comprenda, de los hechos que se le atribuyen, de las razones que motivan su privación de libertad y de los derechos que le asisten; comunicación con terceros (que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, sin demora injustificada, su privación de libertad y el lugar de custodia en que se halle en cada momento, comunicarse telefónicamente, sin demora injustificada, con un familiar, un abogado o cualquier otra persona de su elección, si es extranjero comunicación consular); derecho a la interpretación y traducción; derecho al reconocimiento médico (las entrevistas médicas y los reconocimientos serán reservados, el parte de asistencia médica se conserva en el centro sanitario y se entrega al interesado y no a los agentes de policía, salvo que se detecte alguna discapacidad, signos de trastorno psíquico, intoxicación o cualquiera otra circunstancia que pueda dificultar la comprensión y participación eficaz del detenido en el proceso penal, en todo caso dicha entrega se realizará en sobre cerrado y sellado para que lo hagan llegar al funcionario responsable de la custodia (artículo 199.2, letras e) y f), etc.²⁴; y c) los derechos exclusivamente relacionados con la persona detenida en los supuestos de detención preventiva (artículos 207-210): guardar silencio, no declarar si no quiere y no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, designar abogado y ser asistido por él sin demora, solicitar asistencia jurídica gratuita. Se recoge expresamente en el artículo 207, letra e), el derecho del detenido, después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a que preste declaración, a acceder a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la detención (denuncia, testimonios incriminatorios, informes

27/05/2021, respecto al Protocolo de presentación de detenidos ante el juzgado de guardia y contra el Protocolo de conducción de detenidos ante el juzgado de guardia, de 27-06-19. Lo anterior llevará a una mayor armonización de las garantías del proceso penal.

²³ Todos estos derechos están en correspondencia con las Directivas antes citadas: Directiva 2013/48/UE y Directiva 2010/64/UE.

²⁴ *Vid.* nota 5, STC 21/2018, de 5 de marzo (FJ 8).

periciales, etc.). Si se deniega dicho acceso, como hemos dicho, podrá promoverse un procedimiento de *habeas corpus* (artículos 206 y 209.1, letra h).

Se regula específicamente en el artículo 208 cómo se ha de realizar el libre nombramiento o designación de abogado por la persona detenida, si no lo hace, será asistido por uno del turno de oficio. En el apartado 4 del presente artículo se regula el plazo de concurrencia del abogado designado, el cual acudirá al centro de detención con la máxima premura, siempre en el plazo máximo de tres horas desde la recepción del encargo. Si en dicho plazo no compareciere, el colegio de abogados designará un nuevo abogado del turno de oficio, que deberá comparecer a la mayor brevedad y siempre dentro del plazo indicado. La incomparecencia injustificada del abogado dará lugar a la exigencia de las responsabilidades en las que se haya podido incurrir. Seguidamente, en el artículo 209 se recoge cómo se realizará la asistencia del abogado, la cual parte del carácter de la confidencialidad (artículo 13 del APLECrim). La asistencia consiste, entre otros aspectos, en: entrevista reservada con el detenido, antes y al término de la práctica de la diligencia en que hubiera intervenido, para prestarle el asesoramiento que proceda, solicitar que se informe al detenido de sus derechos, interesar que se proceda al reconocimiento médico del detenido, intervenir en la declaración de la persona detenida, haciéndole las apreciaciones que considere procedentes en cualquier momento y de forma reservada, intervenir en las diligencias de reconocimiento, inspección ocular y reconstrucción de hechos en que haya de participar la persona detenida, acceder, antes de que el detenido declare y en las mismas condiciones que este, a los elementos de las actuaciones que sean relevantes para impugnar la legalidad de la detención.

Para facilitar que el Fiscal pueda ejercer sus facultades de dirección y control de la investigación del proceso se establecen un grupo de disposiciones sobre el procedimiento de investigación, que incluyen una regulación más amplia y detallada de las instrucciones verbales que puede dirigir a la Policía Judicial en relación con la práctica de una detención (artículo 198 –forma de la detención–, artículo 199 –custodia de la persona detenida–, artículo 200 –libro de registro y custodia de detenidos–, entre otras, las cuales hacen que dicha investigación pueda ser de manera más ágil y efectiva. Concretamente en cuanto al artículo 199, custodia de la persona detenida, es una novedad importante en relación con la forma de la detención. Consiste en la designación de la figura del funcionario policial responsable de la custodia, que ha de ser ajeno a la investigación en curso. Se le atribuyen a dicho funcionario diversos cometidos de garantía y funciones, en particular el de asegurar la indemnidad o, respe-

tando los derechos de la persona detenida, realizar una primera evaluación para identificar los riesgos para su integridad física o de terceros o asegurarse de que se toman las medidas adecuadas en caso de que el detenido no pueda comprender y participar en el proceso por su edad, condición física o mental. En fin, el de velar por la efectividad y el pleno respeto de sus derechos.

4.2.1. Detención. Nuevo significado de la requisitoria

Cobra en el APLECrim un nuevo significado la institución de la requisitoria (artículo 215), señalando que podrán ser emitidas requisitorias por el Ministerio Fiscal o por juez o tribunal competente, en los supuestos regulados en las dos modalidades de detención (ya sea la preventiva o la instrumental para la ejecución de actos o resoluciones [artículos 190 y 196 del APLECrim]). La regulación de este instituto procesal se lleva ahora al ámbito normativo de la detención, con el que tienen una evidente relación directa, la cual ha de tener, entre otros datos, los de identidad de la persona llamada, así como las circunstancias que puedan ayudar a su identificación, la localización de que se disponga, identificación de la causa en la que se acuerda y la autoridad que la emite, plazos de comparecencia de la persona llamada, así como de vigencia de la requisitoria. Si la persona requerida ya está encausada, se han de expresar los hechos que se le atribuyen, su posible calificación jurídica y en caso de existir petición de pena, el contenido de esa petición; de estar la persona condenada, la pena impuesta acompañando la resolución que la impuso. Una vez hallada la persona de la requisitoria, se ha de poner a disposición de la autoridad emitente de la requisitoria o su traslado al lugar que se especifique o realizar en su caso la práctica de concretas diligencias, debiendo incluir la información y, en su caso, la documentación precisa para su ejecución. Las requisitorias las llevarán a efecto las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, se publicarán en el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias no Firmes, y podrán ser difundidas a través de otras publicaciones oficiales.

Al potenciarse el control que ejerce el Ministerio Fiscal sobre la detención policial hace que dicho control alcance las diferentes formas de detención que realiza la policía, entre ellas aquella relativa a la detención instrumental para la ejecución de actos o resoluciones por requisitoria. El Fiscal tan pronto como tenga conocimiento de dicha detención instrumental deberá determinar en su caso en que fase se encuentra el proceso –si se encuentra en fase de investigación decidir sobre la puesta en libertad, o dar traslado de los cargos, o sobre la puesta a disposición judicial-; si la decisión del Fiscal es ponerlo a disposición judicial como legitimado que es para ello y solicitar medidas

cautelares personales (artículo 259.1)²⁵ deberá hacerlo cumpliendo el *respeto del principio acusatorio*²⁶ (como es lógico, esto es extensivo a todo tipo de detención y en especial a las personas detenidas en los supuestos de detención preventiva), exigiéndose que precise hechos, indicios, finalidad, necesidad de la medida cautelar propuesta, así como los elementos probatorios que fundamentan la solicitud (artículo 259.2), siendo todo ello objeto de debate y contradicción en la comparecencia (artículo 261, una vez solicitada la medida cautelar o su prórroga, la autoridad judicial competente debe convocar a la comparecencia dentro de las 72 horas siguientes²⁷), la cual no puede tomar en consideración hechos más graves, ni finalidades diferentes de las propuestas por las partes; del mismo modo, tampoco puede adoptar medidas más gravosas que las interesadas por las partes (artículos 19.2 y 3 y 262).²⁸ A dicha comparecencia debe asistir el Ministerio Fiscal y la persona respecto de la cual se interesa la medida, asistida por abogado, desarrollándose como una vista oral que comienza con las alegaciones de la parte que haya solicitado la tutela cautelar. En último término, debe oírse a la persona contra la cual haya de adoptarse la medida (artículo 273.3), esta garantía consiste en oír personalmente a la persona afectada, celebrando la correspondiente vista, si se pretende adoptar la prisión provisional (considerando que en esta etapa procesal de la adopción de la medida, recobra importancia el derecho de última palabra²⁹). Sobre esta cuestión, el Anteproyecto, como se ha indicado, ha asumido la doctrina del TEDH que se cita en la STC 29/2019, de 28 de febrero, respecto a la inter-

²⁵ Aunque también la pueden solicitar la acusación particular (artículos 116 a 119) o la acusación popular (artículos 120 a 125).

²⁶ SSTC No. 29/2019 y No. 30/2019, ambas de 28 de febrero.

²⁷ En los supuestos de *urgencia o imposibilidad de celebrarse la comparecencia, la autoridad judicial deberá convocar una nueva en el plazo de 72 horas. La autoridad judicial, a instancia de parte, puede adoptar la medida que estime más conveniente, siempre que se cumplan los presupuestos para su adopción. En todo caso deberá convocarse una nueva comparecencia en el plazo de 72 horas.*

²⁸ Ello está en correspondencia con la doctrina citada: SSTC No. 29/2019 y No. 30/2019 y la del TEDH, (artículos 17-2 CE y 5.3 del CEDH). Como hemos venido señalando, la autoridad judicial encargada de actuar como “juez de la libertad” de los investigados no sería imparcial –en términos objetivos– si quisiera fundar la medida cautelar de privación de libertad en hechos o en calificaciones jurídicas diversas y más graves que las de los acusadores personados en el procedimiento, convirtiéndose de ese modo en acusador potencial incompatible con su función de control jurisdiccional.

²⁹ En este sentido se ha de tener en cuenta la STC Pleno No. 35/2021, de 18-02-2021, vulneración de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías: privación del derecho a la última palabra, a cuyo ejercicio no se había renunciado expresamente; matización de su propia doctrina, la STC No. 258/2007, de 18 de diciembre.

vencción personal del individuo privado de libertad en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal. Como hemos señalado, la medida cautelar se adopta por auto motivado.

4.2.2. *Detención y secreto de actuaciones*

Requiere especial mención el “secreto de actuaciones”, tanto para la regulación de la detención preventiva [artículo 207, letra e), derecho del detenido a acceder después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a su declaración, a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención], y que luego pueda constituir una prisión provisional, como para las medidas cautelares no privativas de libertad. La Sección 2ª del Capítulo IV, “Especialidades procedimentales en caso de Secreto” (artículos 265-267) regula los elementos y requisitos a tener en cuenta para ello. Por tanto, la declaración de secreto de las actuaciones tiene relevancia en la adopción de las medidas cautelares.

El APLECrim contempla –en correspondencia con el artículo 7 de la Directiva 2012/13/UE y con la doctrina constitucional fijada en las SSTC No. 13/2017 y No. 83/2019 de 17 de junio³⁰– respecto del derecho del detenido a acceder después de ser informado de sus derechos y con anterioridad a su declaración, a los elementos de las actuaciones que sean esenciales para impugnar la legalidad de la detención, y en particular la denuncia, la documentación de los testimonios inculcatorios, los informes periciales, las fotografías y las grabaciones, si las hubiera [artículo 207, letra e)]. Así las cosas, como se ha dicho, la asistencia letrada del detenido (artículo 209) consiste, entre otros aspectos, en “acceder”, antes de que el detenido declare y en las mismas condiciones que este, a los elementos de las actuaciones que sean relevantes para impugnar la legalidad de la detención [artículo 209.1, letra g)³¹], lo cual hace que la

³⁰ Estas sentencias analizaron la relación entre el secreto sumarial y el ejercicio del derecho de defensa por el investigado cuando se ha solicitado una medida cautelar de prisión provisional. Sobre esta cuestión, el TC declaró que “el secreto sumarial incide, siquiera temporalmente, en las capacidades de defensa del investigado, limitando sus posibilidades de conocer e intervenir en el desarrollo de la investigación penal. El sacrificio del pleno disfrute por el justiciable de sus derechos y garantías que ello implica no exime, sin embargo, de la obligación de informarle debidamente sobre los hechos que se le imputan y sobre las razones motivadoras de su privación de libertad; ni puede privarle, en términos absolutos, de su derecho de acceder a las actuaciones para cuestionar e impugnar la legalidad de la privación de libertad, cercenando con ello toda posibilidad de defensa frente a la medida cautelar”.

³¹ Este derecho puede verse restringido cuando el Ministerio Fiscal haya acordado el secreto total o parcial del proceso de investigación (artículo 578), aunque esta decisión del fiscal requiere ratificación judicial por el juez de garantías, que podrá confirmar o revocar la medida en el plazo de 48 horas (artículo 579).

declaración de secreto de actuaciones tendrá que tener en cuenta todo estos derechos y garantías.

Continuando esa línea argumentativa, ante el "*Secreto de actuaciones*", el APLE-Crim diferencia dos supuestos, ello en función del tipo de medida cautelar: i) no privativa de libertad, el fiscal remite una comunicación reservada al juez de garantías, en la que interesa la medida cautelar y le indica que tenga en cuenta determinadas diligencias que han sido declaradas secretas. Asimismo, el fiscal deberá consignar las razones por las que no pueden ser conocidas por el investigado o su defensa. Si se acuerda la medida, el juez debe expresar los particulares de la resolución que, para preservar la finalidad del secreto, deban ser omitidos de la copia que se notifique a la defensa. Una vez que se alza el secreto, el auto íntegro se notifica a la defensa de la persona afectada para que pueda ser impugnado (artículo 265.2); ii) prisión provisional (artículo. 266) el fiscal aportará los elementos de las actuaciones que sean esenciales para resolver sobre la privación de libertad, aun cuando se encuentren declarados secretos. En todo caso el investigado tiene derecho a acceder a dicha información desde el momento en el que se cite para la comparecencia. No obstante, de forma excepcional, el fiscal puede remitir una comunicación reservada al juez de garantías para que acuerde la prisión provisional, teniendo en cuenta diligencias secretas y que no pueden ser conocidas por la defensa (artículo 267). En este tipo de supuesto, si el fiscal, como director de la investigación, deniega dicho acceso, el juez de garantías deberá acordar la libertad de la persona encausada, imponiéndole, en su caso, las cautelas que estime precisas. Se garantiza, de este modo, la plenitud del derecho de defensa y se asegura que el régimen jurídico de intervención defensiva se ajuste totalmente a la doctrina del TEDH sobre la salvaguarda de la imprescindible contradicción en el control judicial de la privación cautelar de libertad (artículo 5.3 del CEDH).

Si el juez de garantías adopta la medida de prisión provisional bajo la condición de "*Secreto de actuaciones*"; concede un plazo improrrogable de 20 días al fiscal para que practique las actuaciones que impiden la comunicación de las diligencias secretas a la defensa. Una vez transcurrido dicho plazo, el juez de garantías, previa audiencia del fiscal, puede: i) notificar a la defensa el auto de prisión íntegro, junto con las diligencias que permanecieron secretas; o ii) mantener, a instancia del fiscal, el secreto de las diligencias, en cuyo caso deberá acordar la libertad provisional de la persona investigada con las medidas que, en su caso, se consideren adecuadas. En este caso, el auto de prisión íntegro solo se notifica al encausado una vez que se alce el secreto de las diligencias.

4.3. LA LIBERTAD PROVISIONAL

Como hemos venido señalando, la finalidad perseguida por el Anteproyecto es hacer verdaderamente excepcional la restricción integral de la libertad personal, *“La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad”*.³² El texto establece una regulación detallada de la libertad provisional (artículos 216-233), que será, por regla general, la situación en la que se encuentre el investigado. El artículo 216.1 proporciona una serie de mecanismos que, con el denominador común de afectar solo de forma parcial a la situación originaria de libertad, se escalonan en función del grado de intromisión que suponen en la esfera de la persona encausada, estableciendo una serie de condicionamientos al efectivo cumplimiento de la libertad.

El investigado debe cumplir múltiples obligaciones, medidas o prohibiciones (artículo 217),³³ u órdenes de protección.³⁴ Dentro de las obligaciones, medidas o prohibiciones tenemos: prestación de caución suficiente,³⁵ obligación de estar localizable mediante dispositivos electrónicos,³⁶ obligación de comunicar inmediatamente los cambios de residencia o de lugar de trabajo, sometimiento a custodia,³⁷ suspensión de empleo o cargo público, oficio, industria o comercio, intervención del permiso de conducción, prohibición de residir o acudir a determinados lugares, prohibición de salida del territorio nacional o del territorio de la UE, obligación de presentarse periódicamente en el lugar designado por el juez, seguir tratamiento médico externo, someterse a un

³² Frase inspirada en el Código de procedimiento penal francés.

³³ Concepto que sustituye al equívoco de fianza, como garantía exclusivamente personal.

³⁴ Artículos 237-245. Supuestos. Legitimación. Procedimiento. Resolución. Orden Europea de protección.

³⁵ Artículo 218: puede arbitrarse dos formas de caución: i) El investigado permanece en libertad y se le concede un plazo para prestar caución o el cumplimiento de la cautela, ii) El investigado ingresa inmediatamente en prisión –siempre que se cumplan los requisitos específicos de esta medida cautelar (artículos 246 y 247) y cesa la privación de libertad cuando preste la caución.

³⁶ Artículo 221. Medios telemáticos de localización.

³⁷ Medida novedosa, en este caso el juez acuerda que el investigado quede en libertad sujeto al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada que se designe con dicha finalidad y que debe aceptar dicho cargo (artículo 228), la cual tiene diversas funciones como: procurar que el investigado observe las obligaciones y prohibiciones impuestas, así como informar periódicamente –al menos, una vez al mes– al fiscal sobre el grado de cumplimiento de aquellas.

control médico periódico o participar en determinados programas, órdenes de protección (no aproximarse a la víctima, de comunicarse con ella).³⁸

Dicho lo anterior, se constata que la libertad provisional proporciona un amplio elenco de obligaciones, medidas, prohibiciones y condiciones, que pueden limitar parcialmente la situación originaria de libertad del sujeto comisor, investigado o encausado. Se consolida así que es la primera y principal medida que el legislador presenta como respuesta ante los diversos riesgos que pueden frustrar el buen fin del proceso, donde la prisión pasa a ser un recurso verdaderamente subsidiario; medidas a las que, por otra parte, el texto articulado elude referirse como “alternativas” a la prisión, para no incurrir en el error habitual de atribuir a este instrumento cautelar extraordinario el carácter de regla general.

De este modo, más que recurrir a una clasificación dogmáticamente cerrada de medidas heterogéneas e incompatibles, reservadas exclusivamente a un fin específico, la nueva regulación ofrece un amplio abanico de medidas compatibles y combinables que puedan utilizarse para fines muy diversos, siempre que estén expresamente reconocidos en la ley.

Estas medidas solo pueden adoptarse por la autoridad judicial, previa petición del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora. Como no puede ser de otra forma, y de acuerdo con el artículo 216 citado, requiere que existan indicios de la participación de dicha persona en un delito y que sea necesaria para asegurar su disponibilidad en el proceso, para proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, para evitar la continuidad delictiva o el aprovechamiento de sus efectos o para asegurar otros fines legítimos, dictándose resolución judicial (artículo 234) que fijará los plazos de duración de las medidas acordadas o la periodicidad con la que habrán de ser revisadas; dicha revisión se realizará

³⁸ Orden de protección para las víctimas de violencia de género o de violencia doméstica, artículo 237 en relación con artículo 173.2 del CP (*vid.* nota 15). La autoridad judicial, a instancia del Ministerio Fiscal, la víctima o la persona que tenga con ella alguna de las relaciones previstas en el citado artículo 173.2 del CP adoptará la medida siempre que exista una situación objetiva de riesgo para la víctima, que justifique la adopción de esta medida cautelar. En este tipo de medida y de acuerdo con el artículo 237 del APLECrim, la autoridad judicial debe convocar una comparecencia urgente, que debe celebrarse en el plazo máximo de 72 horas. El juez tiene la obligación de revisar cada 3 meses la vigencia de las medidas adoptadas con la orden de protección. Para ello se convoca a una audiencia al Ministerio Fiscal, a la víctima, al encausado, así como a sus abogados. Tras ello, el juez decidirá el mantenimiento, sustitución por otras o el cese de tales medidas (artículo 242.3). La orden de protección dejará de tener efecto si, una vez acordada, el Ministerio Fiscal no acuerda en el plazo de 10 días la iniciación de un procedimiento de investigación (artículo 242.2).

siempre con audiencia de las partes, existiendo un control por parte del Ministerio Fiscal (artículo 235), previéndose a su vez en la regulación del APLECrim el control del cumplimiento de la Resolución europea sobre medidas alternativas a la prisión provisional (artículo 236), en los supuestos de que la persona encausada en libertad provisional tuviera su residencia legal y habitual en otro EM de la UE, en correspondencia con Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

4.4. LA PRISIÓN PROVISIONAL

El APLECrim, según se ha expuesto, contiene una regulación sistemática y pormenorizada de las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse respecto del investigado. Se ha constatado que existe una modulación en lo que respecta a la afectación a la libertad del encausado. Esta modulación se comporta de forma progresiva en atención de las circunstancias concurrentes, tanto de los hechos como del agente comisario, y de acuerdo con las finalidades pretendidas con la medida que se adopte. En la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto (apartado XXXII) distingue entre la regulación actual y la que se pretende instaurar. Señala el Anteproyecto: *“Por tanto, a efectos de que la prisión sea un recurso verdaderamente subsidiario, el texto proporciona una serie de mecanismos que, con el denominador común de afectar solo de forma parcial a la situación originaria de libertad, se escalonan en función del grado de intromisión que suponen en la esfera de la persona encausada”*.

Esto nos conduce a ratificar, como ya hemos dicho, que el APLECrim recoge la doctrina del TC y del TEDH respecto de la excepcionalidad de la prisión provisional³⁹ –solo puede acordarse cuando las medidas menos restrictivas de la libertad resulten inadecuadas para la consecución de los fines–; en similares términos, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico interno de las Directivas mencionadas y en especial la 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, el derecho a acceder a los elementos que resultan esenciales para impugnar la prisión provisional. Se siguen aquí las directrices establecidas por las SSTC No. 13/2017 y No. 83/2019, en relación con la interpretación

³⁹ Vid. nota 18, SSTC No. 29/2019 y No. 307/2019. Ambas, como se ha señalado, reconocen la excepcionalidad de la medida vinculado al hecho de que en el proceso penal rigen los principios de *favor libertatis* o de *in dubio pro libertatis*. La naturaleza subsidiaria de este instituto cautelar está, al igual que su predecesora, en correspondencia con el apartado 6 de las Reglas de Tokio.

del alcance del derecho de acceso a los elementos de las actuaciones y el secreto de las actuaciones.⁴⁰

Visto así, la prisión provisional se regula en los artículos 246-257. Se configura como la medida cautelar más gravosa para el encausado y, por tanto, solo podrá adoptarse cuando sus finalidades no se puedan alcanzar a través de otro medio (artículo 247.2). El texto del Anteproyecto sigue en líneas generales la normativa actual de la LECrim en cuanto a sus presupuestos, pues solo puede acordarse cuando existan indicios de la comisión de un delito castigado con pena cuya duración máxima sea igual o superior a 2 años de prisión (artículo 246.1). Los límites, plazos máximos de duración de la prisión provisional, se regulan en el artículo 249, señalando que en tanto subsistan los motivos que justificaron su adopción, la medida de prisión provisional durará el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos; definiendo seguidamente que su duración no podrá exceder de dos años. Esto se exceptúa, según el artículo 247.3, cuando: i) se acuerda para evitar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del CP⁴¹; ii) cuando se acuerda para evitar el riesgo de reiteración delictiva y existen motivos suficientes para inferir que la actividad delictiva se realiza en el seno de organizaciones y grupos criminales. En estrecha relación con ello, en el artículo 249 se regula el plazo reduciéndolo en cuanto a la duración de la prisión provisional, distinguiendo tres supuestos: a) delito castigado con pena privativa de libertad superior a 5 años, el plazo máximo de duración son 2 años, pudiendo acordarse una sola prórroga por un plazo de 1 año adicional; b) delito castigado con pena privativa de libertad igual o inferior a 5 años, el plazo máximo es 1 año, pudiendo acordarse una sola prórroga por un plazo de 6 meses; c) riesgo de destrucción, ocultación o alteración de medios de prueba, en este caso, el plazo de duración máximo son 6 meses, sin posibilidad de prórroga.

Los fines de la presente medida en el APLECrim, en sentido general son los mismos que los que contempla la LECrim actual, es decir: riesgo de fuga; prevenir la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba; riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima; y riesgo de reiteración delictiva (artículo 247.1), regulándose en el artículo 248 la valoración de la concurrencia de los fines de la prisión.

⁴⁰ *Vid.* nota 31.

⁴¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, artículo 61 (BOE No. 313, de 29 de diciembre de 2004), *cit.*

El APLECrim en su artículo 250.2 también regula lo relativo a que si la persona encausada resulta condenada, la prisión provisional puede prorrogarse –como en la normativa actual– hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia cuando esta haya sido recurrida.

4.4.1. Régimen ordinario

El APLECrim establece una diferenciación entre dos regímenes de prisión provisional, donde uno de ellos tiene el carácter de ordinario (artículo 251), y que se aplica a la generalidad de supuestos. En este caso, la ley establece una serie de cautelas (artículo 252) que se aplican a las personas en régimen de prisión provisional, ello con la finalidad de garantizar los derechos de defensa *ut supra* señalados, precisando (artículo 252-2) que se ha de asegurar la estricta confidencialidad de las comunicaciones telefónicas y presenciales, que deberán tener lugar en departamentos adecuados, la presencia de intérprete durante la comunicación, así como el acceso a la totalidad de las actuaciones que no hubieran sido declaradas secretas. Se precisa en este artículo 252-3 la figura de la prisión provisional incomunicada, en relación con el artículo 211 del APLECrim, relativo a la incomunicación de personas privadas de libertad; para seguidamente regular en el artículo 253, la prohibición especial de comunicaciones en relación con el artículo 212, régimen de la incomunicación.

También dentro de este régimen ordinario se regula de forma detallada la suspensión de empleo, función o cargo público (artículo 254.1). El órgano judicial debe ponderar si las limitaciones derivadas de la situación de prisión provisional respetan las exigencias del principio de proporcionalidad desde la perspectiva del derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la CE, concretamente, en su vertiente de derecho a desempeñar el cargo al que se ha accedido sin restricciones o perturbaciones ilegítimas, para ello la autoridad judicial podrá recabar la información que resulte pertinente.⁴² Especial regulación tiene la suspensión automática de empleo o cargo público cuando adquiera firmeza el auto de prisión por delito de terrorismo o de rebelión (artículo 254.2 y 3⁴³). Supera así el Anteproyecto la doble exigencia actual (auto

⁴² Concretamente respecto a las personas encausadas cuando estas sean cargo público representativo (artículo 23.2 CE), se crea un conflicto entre prisión provisional y el derecho fundamental al mantenimiento en el ejercicio en el cargo público. Como ha señalado la STC No. 155/2019, es exigible en este tipo de supuesto que la autoridad judicial realice un juicio de ponderación especialmente exigente, que tenga debidamente en cuenta la incidencia que la privación de libertad puede llegar a tener sobre el ejercicio efectivo del cargo. Esta doctrina, de particular exigencia ponderativa, ha sido llevada al texto del Anteproyecto.

⁴³ En este sentido, el Anteproyecto sigue la doctrina establecida en la STC No. 71/1994, de 3 de marzo, que declaró la constitucionalidad del artículo 384 *bis* de la vigente LECrim, ratificada

firme de procesamiento por delito cometido por persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes y auto de prisión provisional) para configurar una única exigencia, es decir, la firmeza del auto de prisión provisional.

4.4.2. Régimen atenuado

El segundo régimen es el régimen internamiento cautelar atenuado. Este régimen tiene una subclasificación interna: i) los supuestos ordinarios (artículo 255), régimen que se aplica en interés de la salud o de la seguridad de la persona a la que procede aplicar una medida cautelar privativa de libertad, esta medida se podrá cumplir en el domicilio o en otro lugar privado que designe el investigado o, en su caso, en centro médico, psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial de carácter público o privado (artículo 255.1); ii) supuestos especiales (artículo 256), para cuando se trate de mujeres embarazadas o en período de lactancia, personas gravemente enfermas, así cuando la persona encausada deba necesariamente ser sometido a un tratamiento curativo o de rehabilitación, en fin, personas discapacitadas⁴⁴ (estatuto de las personas discapacitadas) o vulnerables (STC No. 217/2015, de 22 de octubre, y STC No. 84/2018, de 16 de julio.⁴⁵ Este tipo de prisión provisional se clasifica en el

por la STC No. 11/2020, de 28 de enero (FJ 9), según la cual el requisito de la firmeza exigido en el citado precepto *“no tiene en este caso el significado de invariabilidad material de la calificación jurídica contenida en la resolución judicial, sino que equivale a la imposibilidad formal de interponer recurso frente a ella”*.

⁴⁴ El Anteproyecto contiene una regulación detallada de las personas encausadas con discapacidad (artículo 61-80). Define lo que se entiende por discapacidad (artículo 61): *“la situación en que se encuentre una persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales”*.

⁴⁵ Señaló dicha sentencia la inexistencia de cobertura legal para acordar o mantener una medida cautelar de prisión provisional respecto del acusado absuelto por la apreciación de una eximente de trastorno mental/alteración psíquica y al que se le había impuesto una medida de seguridad privativa de libertad. Advirtió que *“corresponde únicamente al legislador, en el marco de sus potestades constitucionales (art. 66.2 CE) poner fin a este delicado vacío normativo, regulando de manera pertinente la medida cautelar penal de internamiento en centro psiquiátrico. Hasta tanto dicha norma con rango de ley orgánica se dicte, con una redacción que incluya los requisitos, garantías y condiciones necesarias para adoptar la medida de internamiento en centro psiquiátrico con la duración al efecto previsible, no cabe privar de libertad al acusado absuelto en sentencia por aplicación de una eximente por trastorno mental, mientras se resuelven el o los recursos interpuestos contra dicha resolución judicial, excepto si dicho internamiento se acuerda por el juez competente a través de la vía ya autorizada del artículo 763 LEC que habrá de serlo, como acota el Fiscal en su escrito de alegaciones, en centro integrado en la red hospitalaria civil y no bajo el control de la Administración penitenciaria, que no tiene injerencia en este ámbito”*.

Anteproyecto como una prisión atenuada por razones humanitarias. Se dispone el ingreso en centros médicos, psiquiátricos, de deshabitación o educativos especiales de carácter público o privado, los cuales deben cumplir dos condiciones: a) deben cumplirse los requisitos y finalidades de la prisión provisional; b) no pueden existir medidas menos gravosas para la persona afectada que permitan el cumplimiento de los mismos fines.

En estrecha relación con lo anterior, el Anteproyecto establece la prohibición de acordar la prisión provisional cuando existen indicios de que el encausado ha cometido el hecho concurriendo las eximentes de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP y se prevea la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad (artículo 75). Para adoptar esta medida cautelar deben tenerse en cuenta algunas especialidades (artículo 78): i) debe recabarse informe médico de un especialista sobre la adecuación de las medidas a la situación concreta de la persona afectada; ii) debe oírse a la institución de apoyo del encausado con discapacidad (artículos 65 a 69); iii) debe oírse personalmente a la persona encausada, si la situación lo permite; iv) debe resolverse siempre de acuerdo con el interés superior de la persona con discapacidad. Atendiendo a lo anterior se prevén tres normas de interés en relación con esta medida cautelar (artículo 77): a) puede sustituirse el internamiento por una medida de prisión atenuada (artículos 255 a 257); b) puede sustituirse la prisión provisional por una medida de internamiento cautelar cuando sobrevengan circunstancias que determinen la posible aplicación de una eximente completa de los apartados 1, 2 y 3 del artículo 20 del CP; iii) si se dicta sentencia en la que se imponga una medida de seguridad privativa de libertad, el internamiento cautelar se puede prolongar, como límite máximo, hasta la mitad de la duración de dicha medida de seguridad.

La prisión atenuada y los internamientos mencionados no podrán superar los plazos previstos para la prisión provisional.

4.4.3. Control periódico de la prisión provisional

Otro aspecto novedoso es el control periódico de la prisión provisional (artículo 270). Se introduce un control de oficio imperativo, de periodicidad trimestral, a cargo del órgano judicial, es decir, el juez de garantías cumple la función de revisión permanente de las razones que justifican la privación de libertad, el cambio de circunstancias que pueden estar relacionadas con el arraigo y la situación personal y familiar de la persona con la presente medida; se controlan también los motivos iniciales, que pueden estar más ligados a la gravedad del hecho punible.

No obstante, la decisión del juez de garantía también es sometida al control (artículo 273) y revisión por un tribunal imparcial (en correspondencia con el artículo 5.4 y 13 del CEDH). Se establece un recurso devolutivo (reforma) ante la sección correspondiente del Tribunal de Instancia, este recurso se configura, además, como un medio de impugnación de tramitación urgente (el recurso ha de ser imperativamente resuelto en un plazo máximo de diez días). Además, de acuerdo con lo recogido en la citada STC No. 29/2019, se regulan los casos en los que, con motivo de la sustanciación del recurso frente a la prisión provisional, debe celebrarse vista con asistencia de la persona encausada.

4.4.4. Indemnización por prisión provisional seguida de absolución o archivo

También recoge el Anteproyecto la doctrina del TC respecto de la indemnización por prisión provisional, seguida de absolución o archivo, y establece un procedimiento especial para que la persona absuelta que haya sufrido prisión provisional pueda reclamar una indemnización (artículos 868 a 872). Se supera así el concepto de indemnización por error judicial, pues –como ha manifestado el TC– es posible que la prisión provisional se haya adoptado de forma escrupulosa con la ley y, sin embargo, se hayan causado daños a la persona privada de libertad que posteriormente resulta absuelta.⁴⁶ La competencia para resolver esta reclamación se atribuye a los mismos órganos de la jurisdicción penal que, en función del órgano que acordó esta, pueden ser las Salas de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional o la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (artículo 869). En dicho procedimiento intervendrá el Ministerio Fiscal y la Abogacía del Estado (artículo 870). El Anteproyecto establece unas reglas para la resolución de este tipo de procedimientos, señalando tres causas por las que el tribunal competente denegará la indemnización: i) cuando los días de prisión provisional se hayan abonado en otra causa distinta; ii) cuando los daños no hayan resultado efectivos; iii) cuando el reclamante haya contribuido causalmente a la producción del daño derivado de la privación de libertad, es decir, cuando el sujeto activo provenga de una medida cautelar menos gravosa; las cuales haya po-

⁴⁶ La STC No. 85/2019, de 19 de junio, declaró inconstitucionales y nulos los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa”, del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideró, en síntesis, que el precepto hace depender el derecho a la indemnización de que la razón por la que se absolvió o se sobreseyó sea la inexistencia del hecho imputado, por lo que excluye absoluciones por falta de participación en los hechos, falta de pruebas para condenar (*in dubio pro reo*), o la aplicación de una causa de justificación, reforzando que el derecho a la indemnización de quien sufrió prisión provisional y posteriormente fue absuelto responde a un mecanismo de compensación del sacrificio legítimo de libertad, y no depende de la razón de la absolución o del sobreseimiento libre.

dido quebrantar o se tenga presente de manera efectiva la vulneración de los presupuestos establecidos para la imposición de la medida cautelar.

5. CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS. RECURSOS

Como sea ido señalando, en el APLECrim se regula una sistemática basada en el control de las garantías de la detención y las medidas cautelares realizadas por un órgano jurisdiccional. La autoridad judicial debe establecer las condiciones de control del mantenimiento y duración de la medida cautelar (artículo 268), así como la tramitación preferente de los recursos en materia de prisión provisional, que deberán resolverse en el plazo máximo de 10 días (artículo 274).

Las partes legitimadas podrán en cualquier estado del procedimiento solicitar la modificación o el levantamiento de las medidas cautelares. En el supuesto de que la solicitud de modificación sea para el agravamiento o su sustitución por otra más grave, se deberá, por la autoridad judicial, convocar la comparecencia prevista en el artículo 261 para luego adoptar su decisión. En caso de que sea la revocación de la medida o la sustitución por otra menos gravosa, se podrá adoptar dicha resolución, oídas las partes, sin que sea necesario celebrar una nueva comparecencia (artículo 268-2 y 3).

Este control sobre la tutela cautelar también abarca el estado de incumplimiento de las medidas (artículo 269), que de producirse este puede acordarse otras más gravosas en su sustitución o acumulativamente, teniendo en cuenta la entidad del incumplimiento, los motivos aducidos y la gravedad y las demás circunstancias del caso. El mero incumplimiento de las medidas inicialmente impuestas no justificará, por sí solo, la adopción de medidas más gravosas. Cobra especial significado lo dispuesto en el artículo 269-3, relativo al incumplimiento de las medidas de protección de las víctimas cuando la parte así lo solicite, debiendo la autoridad judicial convocar la comparecencia (artículo 261) para la adopción de la prisión provisional, de la orden de protección o de otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal.

Como se ha expuesto, se establece la obligatoriedad de revisar cada 3 meses las medidas cautelares de prisión provisional, las medidas contenidas en la orden de protección y las medidas de internamiento cautelar en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial (artículo 270). En el caso concreto de internamiento cautelar en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo, se deberán emitir unos informes médicos elaborados por especialistas, en los que se hagan constar, entre otros, el diagnóstico y la evolución observada en

el tratamiento, el juicio de pronóstico o el programa de rehabilitación (artículo 76, relativo al control del internamiento cautelar ubicado dentro de la sistemática estructural del Anteproyecto en la Sección 4ª, “Reglas aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad”).

Concretamente en la Sección 4ª, “Régimen de Recursos”, Capítulo IV, “Disposiciones Comunes”; del Título II, se regula el régimen de recursos contra las resoluciones que adopten medidas cautelares personales. Este recurso es el de reforma (artículo 273), señalando las especialidades del recurso de reforma en relación con la prisión provisional, manteniéndose, igual que en la LECrim, que dicho recurso no tiene efectos suspensivos, solo devolutivos.⁴⁷ Se destaca en esta regulación del recurso de reforma como aspecto novedoso, la celebración de vista con audiencia de la persona privada de libertad, la cual deberá ser oída⁴⁸ en determinados supuestos: a) cuando la resolución recurrida sea la que adopte la medida de prisión provisional o la que deniegue su alzamiento en el trámite trimestral de revisión de oficio; b) cuando, aun sin haberse dictado en el trámite periódico de revisión de oficio, la resolución recurrida agrave la duración o el régimen de la prisión provisional o modifique los fines o los motivos por los que venía considerándose precedente hasta ese momento; c) cuando el recurrente denuncie en su recurso las condiciones en que se desarrolla su privación de libertad; d) cuando sea relevante la valoración de la personalidad del recurrente para decidir acerca de la impugnación de la medida.

⁴⁷ La configuración, por tanto, de un recurso devolutivo implica la asunción de la doctrina del TEDH en cuanto al derecho a someter la decisión de la prisión provisional a la revisión de un tribunal imparcial (artículo 5.4 del CEDH).

⁴⁸ En este sentido, el texto asume la doctrina del TEDH que se cita en la STC No. 29/2019 (FJ 4) al indicar que: *“La intervención personal del individuo privado de libertad, en la revisión judicial de la adopción de una medida cautelar penal, puede ser necesaria en circunstancias determinadas, en particular: i) si el interesado no fue escuchado en el trámite inicial de control judicial de la privación de libertad que es objeto de revisión (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); ii) si existe una gran distancia temporal entre el momento en que se adopta la decisión inicial de prisión (con comparecencia personal) y el trámite de apelación (STEDH de 9 de noviembre de 2010, asunto Farhad Aliyev c. Azerbaiyán, § 207); iii) si las alegaciones del impugnante se refieren estrechamente a su personalidad o carácter (STEDH de 19 de enero de 2012, asunto Korneykova c. Ucrania, § 69); iv) si el recurrente discute ex novo las condiciones en la que se desarrolla la privación de libertad, condiciones que en el momento de acordarse la medida cautelar aún no había llegado a experimentar y que el letrado defensor no conoce ‘de primera mano’ (STEDH de 1 de junio de 2006, asunto Mamedova c. Rusia, § 91); o v) si el órgano judicial que realiza la revisión modifica los motivos o fundamentos en los que ésta se basa, por ejemplo si la decisión inicial se fundaba en el riesgo de reiteración delictiva y se altera para fundarla en la posibilidad de destrucción de medios de prueba (STEDH de 10 de octubre de 2000, asunto Grauzinis c. Lituania, §§ 33 y 34)”*.

Dentro de este régimen normativo de recursos se encuentran regulados, como se ha expuesto *supra*, los recursos contra las medidas de prisión provisional cuando existe secreto de las actuaciones, cuyo plazo máximo será de 20 días; transcurrido este, la defensa podrá conocer de dichas actuaciones, surtiendo plenos efectos el principio de contradicción, es decir, la defensa puede acceder entonces a todos los elementos que han sido tomados en consideración al adoptarse la decisión de prisión, hayan recibido o no la catalogación jurídica de esenciales.

6. CONCLUSIONES

A diferencia de la vigente LECrim, el Anteproyecto presentado regula de forma sistemática y pormenorizada la detención preventiva y un catálogo amplio de medidas cautelares personales que pueden adoptarse tanto para asegurar la presencia del investigado, encausado en las distintas fases del proceso, así como la tutela de los derechos de las víctimas.

El APLECrím regula con sistematicidad y amplitud los derechos y las garantías de los detenidos en las diferentes fases del proceso, los derechos y las garantías relativas a las medidas cautelares personales en correspondencia con las exigencias del derecho de la UE, así como del TEDH y del TC. Dentro de esa amplia gama de derechos y garantías se encuentran las medidas cautelares que se adoptan para la protección de las víctimas y personas más vulnerables.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FUENTES DOCTRINALES

JUAN-SÁNCHEZ, R., *Proceso justo en España y Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2020.

JUAN-SÁNCHEZ, R., "El nuevo régimen de la incomunicación cautelar en el proceso penal español", *InDret*, 2017, pp. 1-29.

LÓPEZ MARCHENA, M. A., L. LAFONT NICUESA, V. LÓPEZ YAGÜES, *et al.*, "Diálogos para el futuro judicial XXVI. Legalidad y Oportunidad: presente y futuro del proceso penal", en *La Ley*, No. 9869, Sección Plan de Choque de la Justicia/Encuesta, 11-06-2021, Wolters Kluwer.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Ó., "El derecho a un tribunal independiente e imparcial", en F. J. Matía Portilla & L. E. Delgado del Rincón (dirs.), *Las problemáticas dimensiones del derecho al proceso debido en España a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, tirant lo blanch, Valencia, 2019.

FUENTES LEGALES

- Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Aprobado Consejo de Ministros 24 de noviembre de 2020.
- Constitución Española. BOE Nº 311, de 29-12-1978. Texto Consolidado.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos Roma, 4-11-1950, y enmendado por los Protocolos Adicionales Nº 3 y 5, de 6-05-1963 y 20-01-1966, respectivamente. Instrumento de Ratificación de España, BOE Nº. 243, de 10-10-1979.
- Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24-04-1963. Instrumento de Ratificación de España BOE Nº 56, de 6-03-1970.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la UE Niza, 7-12-2000. *DOUE*, No. C- 364, de 18-12-2000. *Posterior Tratado Lisboa (TL)*, *DOUE*, No. C.- 303, de 14-12-2007. *Entrada en vigor 1-01-2009. Reconocida por España en LO 1/08 de 30-07-2008, BOE Nº. 184, de 31-07-2008.*
- Código penal español. BOE nº 281, de 24-11/-1995. Texto Consolidado.
- Directivas 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a la interpretación y traducción en los procesos penales.
- Directiva 2011/99/UE, Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.
- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales.
- Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; incorporándose
- Directiva 2016/1919/ UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016 relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.
- Directiva 2016/800/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales.
- Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.

Decisión Marco adoptada por el Consejo el 13 de junio del 2002 y modificada en 2009, orden de detención europea.

Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.

Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea BOE N° 157, de 2-07-2021.

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

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. BOE N° 282, de 21-11-2014.

Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17-09-1882. Texto Consolidado.

Recibido: 21/1/2022
Aprobado: 25/2/2022

Este trabajo se publica bajo una Licencia Creative
Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International
(CC BY-NC 4.0)

