
RESEÑAS

MEDIDAS CAUTELARES EFICACES O PROCESO
PENAL INFRUCTUOSO:
«EL QUE NO CORRE, VUELA».
RESEÑA A LA MONOGRAFÍA: *LAS MEDIDAS
CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL*»

DE JOSÉ MARÍA ASECIO GALLEGO

Editorial Atelier, Colección «Litigación penal», 2023.

Por Sonia Calaza López.
Catedrática de Derecho procesal de la UNED.

Time is gold: Sin unas medidas cautelares inmediatas y eficaces, el proceso penal resulta infructuoso respecto de su triple finalidad: condena del culpable/absolución del inocente, reparación de la víctima/restauración de la convivencia y reinserción/reeducación del condenado. Podría, incluso, llegar a afirmarse que el proceso penal sin unas adecuadas medidas cautelares —tanto civiles (reales) como penales (personales)— podría llegar a defenestrar el ideal perseguido a lo largo —y ancho— de su procedimiento: la Justicia del caso concreto; ese *ius puniendi* —que, recuérdese siempre: solo corresponde al Estado— aderezado de sus imprescindibles cautelas patrimoniales: que posiblemente no anulan, ni —siquiera— merman el dolor de la víctima; pero —casi seguro— contribuyen —al menos— a rebajar el umbral económico —daño moral— de su «doble», «triple» o, acaso, «múltiple» victimización —también pecuniaria—.

Desde la —posible— manipulación inicial de las fuentes de prueba hasta el mismo peligro de fuga, pasando por la —nada improbable— repentida superveniencia de la insolvencia, entre tantas otras

creativas fórmulas o derivados de la delincuencia —por cierto, cada vez más sofisticada— en un entorno físico, híbrido y/o digital, con un fuerte impacto —en muchos casos— internacional, son «factores de riesgo» que pueden conllevar —nada menos que— el fracaso de un proceso penal, por lo demás, perfectamente ideado, construido y desarrollado. Todos esos «factores de riesgo» —y muchos otros— podrán, sin embargo, minorarse gracias a una adecuada regulación —y mejor aplicación práctica— de las medidas cautelares penales.

Bien lo sabe el Juez y Prof. Dr. José María Asencio Gallego, quién acaba de publicar una monografía —«Las medidas cautelares en el proceso penal»— donde aborda —de forma tan didáctica como pedagógica, no exenta además, de profundidad dogmática— esta relevante temática. Se trata de una obra, publicada en la colección Litigación penal, de la Editorial Atelier, que expone y analiza todas las medidas cautelares que pueden adoptarse en el seno del proceso penal, ya sean personales o reales, así como —y esta es seguramente la parte más original y sugerente— aquellas aplicables a las personas jurídicas.

El trabajo del Juez y Prof. Dr. Asencio Gallego comienza con mención del fundamento o razón de ser de las medidas cautelares: a saber, el aseguramiento de la tutela judicial efectiva, a pesar del tiempo transcurrido desde la incoación del proceso hasta el dictado de la sentencia. En este sentido, el Autor —en adelante, A.— precisa que no podría garantizarse el cumplimiento efectivo de ninguna condena si las personas investigadas se sustrajesen a la acción de la justicia, como tampoco podría asegurarse el resarcimiento de los perjuicios materiales ocasionados por la infracción penal si el investigado se desprendiese de todos sus bienes.

Seguidamente el A. expone los presupuestos para acordar estas medidas cautelares. En primer lugar, el *fumus boni iuris*, llamado por algunos autores «*fumus delicti commisi*», en virtud del cual se exige la imputación de una persona determinada y, en consecuencia, el cumplimiento de los requisitos para la asunción de la condición de investigado, es decir, la sospecha de haber cometido un hecho delictivo concreto, la existencia de indicios de criminalidad contra la citada persona. Así lo establece el art. 503.1 LECrim. Y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, que deriva de la dilatación en el tiempo del proceso y del peligro para la efectividad de la sentencia que esto implica; en concreto, entre las circunstancias que pueden darse y pueden comprometer la tutela judicial, pueden destacarse, en las medidas cautelares personales, el riesgo de fuga, el riesgo de reiteración delictiva y el riesgo de destrucción o alteración de pruebas. No así la alarma

social, no prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y propia de los regímenes autoritarios. Una cuestión esta última en la que el A. incide y lo hace especialmente en el estudio de la prisión provisional.

A continuación, el A. analiza los caracteres de las medidas cautelares y precisa los siguientes: **primero, la jurisdiccionalidad**, ya que todas las medidas cautelares deben ser acordadas —en buena lógica— por el órgano jurisdiccional competente, sin que sea posible, salvo en el excepcional caso de la detención, que se adopten por otra autoridad distinta de la judicial; **segundo, la excepcionalidad**, que implica que, el ámbito de las medidas cautelares, la libertad ha de ser siempre la regla general. Por tanto, su restricción deberá ser la excepción. Y, además, **la proporcionalidad**: existiendo distintas medidas cautelares, más o menos gravosas, deberá imponerse aquella que, siendo suficiente —o igualmente eficaz— para alcanzar el fin perseguido, cause menos perjuicios al investigado. Por ejemplo, si con una orden de alejamiento puede evitarse que el investigado cometa otros hechos delictivos, no debería acordarse su ingreso en prisión provisional; **tercero, la necesidad**, que deriva de la característica anterior, y que implica que las medidas cautelares, ya sean personales o reales, sólo podrán adoptarse cuando resulte necesario para garantizar la efectividad de la sentencia condenatoria que, en su día, recaiga; **cuarto, la instrumentalidad**, esto es, su constante supeditación a un proceso penal en curso, de modo que tan sólo pueden acordarse en el seno de un proceso y constante el mismo. Esto significa que, concluido éste, independientemente de que esto ocurra por auto de sobreseimiento o por sentencia, habrán de cesar. Sólo la detención, por su carácter de «provisionalísima», podrá ser adoptada al margen de un proceso, aunque a los efectos antes señalados; **quinto, la provisionalidad y la temporalidad**, ya que, como plazo mucho, durarán el tiempo en que permanezca pendiente el proceso principal. Y, además, algunas medidas cautelares son temporales, por cuanto el legislador ha establecido unos tiempos máximos de duración. Sucede esto con la detención (art. 17.2 CE) o con la prisión provisional (art. 504 LECrim.); **sexto, la responsabilidad estatal**, ya que si en la adopción de una medida cautelar, concurriese error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y se hubiese causado un daño al afectado por aquélla, el art. 121 CE le concede el derecho a recibir una indemnización a cargo del Estado.

Por último, el A. analiza, con todo detalle, el concepto, el contenido y el procedimiento para adoptar las medidas cautelares reguladas en la LECrim. y en el Código Penal, que son las siguientes:

Las personales: a) La detención, ya sea judicial, acordada por el Ministerio Fiscal, policial o por particulares (arts. 489 a 501 LECrim.); b) La prisión provisional (arts. 502 a 519 LECrim.); c) La libertad provisional, con o sin fianza (arts. 528 a 544 LECrim.); d) La prohibición de residir o de acudir a determinados lugares y la prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas (art. 544 bis LECrim.); e) La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica o de género (art. 544 ter LECrim.); f) La privación provisional del permiso de conducir (art. 529 bis LECrim.); g) La retirada provisional del pasaporte (art. 530 LECrim.); h) La suspensión del ejercicio de función o cargo público para personas sospechosas de haber cometido un delito de terrorismo o de rebelión y que hayan sido procesadas y sometidas a prisión provisional (art. 384 bis LECrim.); i) La suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores (art. 544 quinquies 1.a) LECrim.); j) La suspensión de la tutela, curatela, guarda o acogimiento (art. 544 quinquies 1.b) LECrim.); k) El 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 (art. 544 quinquies 1.c) LECrim.); l) La suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicación del menor o de la persona con capacidad judicialmente modificada con el no conviviente o con otro familiar (art. 544 quinquies 1.d) LECrim.).

Las reales: a) La fianza (arts. 589 a 621 LECrim.); b) El embargo (arts. 589 a 621 LECrim.); c) El decomiso (art. 127 octies CP); d) La pensión provisional a la víctima en los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor (art. 765 LECrim.); e) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro de la deuda tributaria en los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 621 bis y 621 ter LECrim. y art. 305.5 CP); f) La suspensión de procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social (art. 307.4 CP); g) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro por la Administración competente de las cantidades correspondientes a prestaciones del Sistema de Seguridad Social obtenidas por simulación o tergiversación de hechos o por ocultación consciente de hechos de obligada comunicación (art. 307 ter.4 CP); h) La suspensión de las actuaciones de ejecución dirigidas al cobro por la Administración de las cantidades correspondientes a subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en cuantía superior a cien mil euros, obtenidas mediante la falsificación de las condiciones requeridas para su concesión o por ocultación de aquellas que la hubiesen impedido (art. 308.7 CP).

Y las aplicables a las personas jurídicas: a) La clausura temporal de los locales o establecimientos.; b) La suspensión de las actividades sociales.; c) La intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores.

Una vez destacado, de un lado, el acierto de la elección del tema; y de otro, la utilidad —tanto pedagógica como científica— de esta obra —enmarcada, además, en dos prestigiosos Proyectos de Investigación del MICINN: «Ejes de la Justicia en tiempos de cambio» (IP. Sonia Calaza), del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00 y «Transición Digital de la Justicia» (IP. Sonia Calaza), Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-I00— tan sólo me queda felicitar al Autor y desearle toda suerte de merecidos éxitos con esta obra en la que queda muy clara la imperiosa necesidad de la —estratégica— anticipación estatal en materia criminal; y ello no sólo en forma de prevención, sino también —cuando esta prevención hubiere fallado— de represión en un contexto procesal aireado, sano y saludable —esto es, escrupulosamente respetuoso con los derechos y garantías esenciales—; pero también eficaz: y la eficacia del proceso penal depende, en buena medida, de la oportunidad (necesidad), inmediatez (temporalidad) y adecuación (proporcionalidad) de sus medidas cautelares porque aquí resulta evidente que: «el que no corre, vuela».

