



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas

Libertad provisional: Novedades en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

Presentado por:

Pablo González Velázquez

Tutelado por:

Coral Arangüena Fanego y Ángeles Gallego Mañueco

Valladolid, Julio de 2021

RESUMEN

El presente trabajo estudia la Libertad Provisional, medida cautelar personal que puede ser adoptada durante el curso de un proceso penal para garantizar el buen término del mismo. En este estudio, como consecuencia de la publicación del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal en el año 2020 se lleva a cabo una labor comparativa de ambas regulaciones. En primer lugar, se verá la regulación vigente, recogida en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, objeto de muchas reformas. En segundo lugar, se analizará el nuevo Anteproyecto de 2020 con las novedades que incluye tanto desde el punto de vista sistemático como material con la inclusión, entre otras cosas, de la utilización de los nuevos medios telemáticos de localización. Finalmente se hará una comparativa de ambas regulaciones para ver las diferencias existentes y se resaltarán el acierto que supone la actualización de la regulación de esta materia.

PALABRAS CLAVE

Medidas cautelares; Medidas cautelares personales; Anteproyecto; Ley de Enjuiciamiento Criminal; Libertad provisional; Prisión provisional; Detención; Encausado; Investigado; Caucción; Fianza; Comparecencia; Audiencia; Libertad; Privación de libertad; Derechos.

ABSTRACT

This paper studies Provisional Release, a personal precautionary measure that can be adopted during the course of a criminal procedure to guarantee its successful completion. In this study, as a consequence of the publication of the Draft Law on Criminal Procedure in 2020, a comparison of both regulations is carried out. Firstly, we will see the current regulation, collected in the Royal Decree of September 14, 1882, which approves the Criminal Procedure Law, subject to many reforms. Secondly, the new 2020 Draft Law will be analyzed with the new features that it includes both from a systematic and material point of view, including, among other things, the use of new telematic means of location. Finally, a comparison of both regulations will be made to see the existing differences and the success of updating the regulation of this matter will be revealed.

KEY WORDS

Precautionary measures; Personal precautionary measures; Draft Law; Criminal Procedure Law; Provisional release; Provisional prison; Detention; Defendant; Inquired; Caution; Bail; Appearance; Court hearing; Freedom; Deprivation of freedom; Rights.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| 1. INTRODUCCIÓN..... | 7 |
| 2. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL | 9 |
| 3. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES..... | 10 |
| 3.1. Concepto, finalidad y clases | 10 |
| 3.2. Características..... | 12 |
| 3.3. Presupuestos..... | 13 |
| 3.4. Detención | 14 |
| 3.5. Prisión provisional..... | 17 |
| 4. LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL | 20 |
| 4.1. Concepto, naturaleza y caracteres | 20 |
| 4.2. Regulación | 22 |
| 4.3. Procedimiento de adopción | 22 |
| 4.3.1. Audiencia para la adopción de la medida del art. 505 LECr | 22 |
| 4.3.2. Auto resolviendo sobre la situación personal | 24 |
| 4.4. Posibles medidas a adoptar | 25 |
| 4.4.1. Obligación de comparecer ante el Juzgado | 25 |
| 4.4.2. Fianza | 27 |
| 4.4.3. Privación provisional del permiso de circulación..... | 30 |
| 4.4.4. Retención del pasaporte | 31 |
| 4.5. El abono de la pena durante la libertad provisional..... | 33 |
| 5. LIBERTAD PROVISIONAL EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020..... | 34 |
| 5.1. Introducción y novedades del Anteproyecto de LECr de 2020..... | 34 |
| 5.2. Medidas cautelares personales en el Anteproyecto LECr | 37 |
| 5.2.1. Introducción..... | 37 |

| | | |
|------------|---|----|
| 5.2.2. | Disposiciones comunes | 38 |
| 5.2.2.1. | Procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares..... | 39 |
| 5.2.2.1.1. | Ámbito de aplicación..... | 39 |
| 5.2.2.1.2. | Legitimación..... | 39 |
| 5.2.2.1.3. | Solicitud | 39 |
| 5.2.2.1.4. | Comparecencia de las partes | 39 |
| 5.2.2.1.5. | Resolución judicial | 40 |
| 5.2.2.1.6. | Supuestos de urgencia | 41 |
| 5.2.2.1.7. | Reglas especiales en caso de detención..... | 41 |
| 5.2.2.2. | Especialidades procedimentales en caso de secreto | 41 |
| 5.2.2.3. | Control, revisión y extinción de las medidas cautelares..... | 42 |
| 5.2.2.4. | Recursos | 44 |
| 5.2.3. | La detención en el Anteproyecto de 2020 | 45 |
| 5.2.4. | La prisión provisional en el Anteproyecto de 2020..... | 46 |
| 5.3. | Libertad provisional en el Anteproyecto de 2020 | 48 |
| 5.3.1. | Introducción..... | 48 |
| 5.3.2. | Disposiciones generales | 49 |
| 5.3.2.1. | Principios generales (art. 216) | 49 |
| 5.3.2.2. | Posibles medidas a adoptar (art. 217) | 50 |
| 5.3.2.2.1. | Obligaciones | 51 |
| 5.3.2.2.2. | Prohibiciones | 51 |
| 5.3.2.2.3. | Custodia..... | 51 |
| 5.3.2.2.4. | Suspensión de derechos | 52 |
| 5.3.2.2.5. | Especialidades para la persona encausada con discapacidad.... | 55 |
| 5.3.3. | Caución..... | 55 |
| 5.3.3.1. | Función..... | 55 |

| | | |
|----------|---|----|
| 5.3.3.2. | Adopción y formas (libertad con fianza o prisión eludible con fianza) | 56 |
| 5.3.3.3. | Incumplimiento, realización y adjudicación al Estado | 57 |
| 5.3.3.4. | Cancelación de la caución | 57 |
| 5.3.4. | Medios telemáticos de localización | 58 |
| 5.3.4.1. | Adopción, instalación y funcionamiento | 58 |
| 5.3.4.2. | Consentimiento | 58 |
| 5.3.4.3. | Datos y su tratamiento | 59 |
| 5.3.5. | Comparecencias periódicas. Comunicación cambio de residencia y lugar de trabajo | 60 |
| 5.3.6. | Resto de prohibiciones del art. 217 | 60 |
| 5.3.7. | Disposiciones comunes | 62 |
| 5.3.7.1. | Resolución judicial | 62 |
| 5.3.7.2. | Control de Ministerio Fiscal | 63 |
| 5.3.7.3. | Resolución europea sobre medidas alternativas a la prisión provisional | 63 |
| 6. | COMPARATIVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL VIGENTE Y ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020 | 65 |
| 7. | CONCLUSIONES | 68 |
| 8. | BIBLIOGRAFÍA, JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN | 70 |

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares son una parte fundamental dentro del curso de un proceso penal, pues son un instrumento necesario para el buen desarrollo de este y para poder hacer efectiva posteriormente la sentencia que se dicte. Dentro de ellas, la libertad provisional es una, sino la más importante, de estas medidas cautelares, pues con su adopción se trata de garantizar que la persona que queda sometida a ella no escape del *ius puniendi* del Estado.

Todas estas medidas cautelares se encuentran reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, vigente en España desde 1882. Se trata de una regulación antiquísima, sometida a innumerables reformas que han ido haciendo de ella una norma que se hace difícil de afrontar.

Por esa razón, el Consejo de Ministros a fecha de 24 de Noviembre de 2020 aprueba el nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que propone una nueva regulación cuyo punto de partida, como no puede ser de otra manera, está en la normativa vigente.

Dentro de este Anteproyecto de Ley se regulan también las medidas cautelares personales, y en concreto la indispensable institución de la Libertad Provisional.

A lo largo de este estudio, vamos a conocer la regulación existente y vigente hoy en día para las medidas cautelares, centrándonos sobre todo en la Libertad Provisional. Se hará hincapié en las medidas que acompañan a la Libertad Provisional, el procedimiento de adopción de las medidas y la terminología utilizada por la norma.

Conocida la regulación actual, punto de partida del Anteproyecto de 2020, vamos a analizar esta nueva norma que persigue, además de proporcionar una nueva sistemática, incluir algunas novedades necesarias como es la utilización de las nuevas tecnologías, cuya influencia práctica en los últimos tiempos es indiscutible en todos los ámbitos.

Veremos en primer lugar como este Anteproyecto afronta la regulación de las medidas cautelares en general para conocer posteriormente las que afectan a la situación personal de la persona encausada y finalmente centrarnos en el desarrollo de la que es objeto de estudio en este trabajo: la Libertad Provisional.

Con ello veremos la sistemática escogida por el legislador para configurar la medida, los presupuestos necesarios para su adopción, las obligaciones y prohibiciones que pueden

adoptarse y el cambio de terminología que nos encontramos en la caución, actualmente denominada fianza.

Finalmente, se verá una comparativa de ambas regulaciones, con todos los cambios que este Anteproyecto de Ley trae consigo y se hará una valoración final del estudio. Todo ello tras la consulta de legislación y jurisprudencia relacionada con la materia.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

Las medidas cautelares son los instrumentos procesales de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, ya sea de oficio, en el caso de libertad provisional sin fianza, o a petición del Ministerio Fiscal o de los personados, con el fin último de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso.

En palabras de GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA¹ son el conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.

El proceso penal requiere de estos instrumentos para asegurar el fin del procedimiento penal en sí mismo. Para ello, el orden jurisdiccional penal recurre a las medidas cautelares personales y reales:

Las primeras afectarán a la libertad personal del sujeto con el objetivo de garantizar la presencia de este en las diferentes fases del procedimiento penal, así como la ejecución de la sentencia condenatoria privativa o limitativa de libertad, en su caso.

Por otra parte, las medidas cautelares reales afectan a los bienes del sujeto para asegurar que no puedan desaparecer o ser manipulados durante el proceso, y para garantizar la responsabilidad pecuniaria que se pueda derivar del mismo tales como multas o responsabilidad civil derivada de la comisión del delito. También tienen especial relevancia las medidas dirigidas a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, a sus familiares o a otras personas (art. 13 LECr).

El objeto que se persigue es el estudio de la libertad provisional, medida recogida dentro de las medidas cautelares personales referidas anteriormente. Por ello, se estudiará más en profundidad el concepto, presupuestos y caracteres de estas medidas cautelares que afectan a la libertad personal del sujeto pasivo.

¹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal* (5ª Edición). Madrid: AGESA, 1959. Página 248

3. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

En este apartado se verán en general las medidas cautelares personales, su concepto, los fines que se persiguen con su adopción y las clases que existen y en qué medida afectan a la libertad del sujeto al que se imponen estas medidas.

Asimismo, se verán las características o notas definitorias de estas medidas cautelares personales, así como los presupuestos o requisitos necesarios para que se haga posible su adopción.

En última instancia, este apartado tratará las medidas cautelares personales de la detención y de la prisión provisional para posteriormente, en el siguiente apartado, entrar a desarrollar la medida que ocupa este estudio que es la Libertad Provisional.

3.1. Concepto, finalidad y clases

Las medidas cautelares personales se adoptan mediante resoluciones judiciales motivadas durante el curso de un procedimiento penal y a través de ellas se limita la libertad personal del imputado para evitar el posible riesgo de fuga del investigado, la ocultación de pruebas o manipulación de las mismas, así como la posible reiteración delictiva. Y así, con el fin último de garantizar la posterior celebración del juicio oral y la efectividad de la sentencia que se pronuncie cuando este llegue a su fin.

En otras palabras, son actuaciones procesales dirigidas a evitar que la voluntad del sujeto pasivo perturbe la eficacia del proceso penal y pueda burlar el *ius puniendi* del Estado, así como la obligación de reparar los derechos de los ofendidos o perjudicados por los hechos.

Las medidas cautelares son, como se ha dicho en el párrafo anterior, normalmente adoptadas en el curso del procedimiento penal, pero es posible que sean requeridas con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales, como es el supuesto de la detención. Como se verá, es la excepción a la regla general de que toda restricción de la libertad personal debe acordarse en el seno del proceso penal que corresponda.

Las notas definitorias de las medidas cautelares personales son las siguientes: (i) son medidas que afectan a la esfera de libertad del sometido a la medida; (ii) su objetivo es asegurar la

celebración del juicio oral y la efectividad de la futura pena que pudiese recaer sobre el sujeto en la sentencia; (iii) son de carácter judicial, puesto que todas son adoptadas por la autoridad judicial (salvo la excepción de la detención); (iv) se adoptan mediante resolución judicial motivada; (v) y todas tienen en común su carácter provisional y duración limitada en el tiempo.

Dentro de las medidas cautelares personales se encuentran determinadas medidas restrictivas de la libertad, las cuales pueden tener un mayor o menor grado de intensidad en función de lo que se estime necesario en cada caso por parte de la autoridad judicial.

En este sentido, se indica que las medidas cautelares personales afectan a la persona del sujeto investigado o encausado limitando o suspendiendo, provisionalmente, el ejercicio de sus derechos².

Cabe distinguir de entre las medidas cautelares personales aquellas medidas que son propiamente privativas de libertad, como lo son la detención y la prisión provisional, de aquellas que no privan al sujeto totalmente de su libertad, sino que se trata de medidas limitativas de derechos.

Las primeras están reguladas en el Título VI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) donde se recoge la regulación de la citación, detención y prisión provisional. Mientras que las últimas son las medidas de libertad provisional, que son las que nos ocupan en este estudio y están recogidas en el Título VII del mismo Libro II. Junto con la libertad provisional en este título se regulan también las medidas compatibles con ésta de prohibición de residir en determinado lugar, de acudir a determinados lugares, de comunicación y aproximación, de privación cautelar del permiso de conducir y la orden de protección para las víctimas de violencia doméstica.

Las medidas cautelares personales tienen una finalidad procesal, permiten que el proceso siga su curso normal hasta la sentencia. Por sí mismas no tienen una finalidad punitiva, ya que se caracterizan por su instrumentalidad puesto que aquella finalidad sería incompatible con el Derecho Fundamental a la presunción de inocencia.

No obstante, en tanto en cuanto implican restricciones a la libertad del sujeto, el Código Penal (en adelante CP) en sus artículos 58 y 59 prevé la compensación de la medida cautelar

² MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 313.

de privación de libertad en la pena que finalmente se impusiere al sujeto. Así se ha señalado, entre otras, en la STS 888/2014, de 23 de diciembre, al decir lo siguiente: *“Dado que la pena es, por sí misma una reducción del status del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta”*.

3.2. Características

Las medidas cautelares se caracterizan por una serie de notas que se desprenden del propio concepto y finalidad de las mismas. Así, se adoptarán mediante decisiones judiciales y serán en todo caso provisionales, buscarán el buen funcionamiento del proceso y se cambiarán o se eliminarán atendiendo al mismo.

En primer lugar, son medidas de carácter excepcional. El artículo 17 de la Constitución Española (en adelante CE) consagra la libertad como Derecho Fundamental y su restricción debe ser la excepción a esa norma general. Por ello, toda actuación que limite la libertad del sujeto debe ser analizada atendiendo a las características concretas de cada caso y siempre interpretando restrictivamente los motivos que puedan habilitar la privación de la libertad. En este mismo sentido, se debe optar siempre por la medida cautelar privativa de libertad menos gravosa que permita garantizar el fin procesal que se persigue.

En segundo lugar, son medidas instrumentales. Esto es, su función no es castigar al sujeto investigado o encausado, sino asegurar el correcto desarrollo del procedimiento penal y la eficacia de la posterior sentencia que se dicte por el órgano jurisdiccional. Toda medida cautelar debe decidirse en el curso del proceso, de lo contrario deviene inconstitucional. Solamente la detención, por su carácter provisionalísimo, se permite adoptar fuera del procedimiento.

Las medidas cautelares son provisionales, temporales. Las medidas cautelares solo permanecerán mientras sean necesarias para garantizar el buen curso del procedimiento. Por tanto tienen como límite máximo de duración la duración del propio proceso que se quiere asegurar con su adopción, debiéndose levantar la medida en el momento en que desaparezcan los presupuestos que motivaron su adopción. Además, todas las medidas

cautelares tienen reguladas en la ley un plazo máximo de duración, así lo viene exigiendo el artículo 17 CE en sus apartados segundo y cuarto.

En cuarto lugar, las medidas cautelares se caracterizan por su variabilidad. Atendiendo a la regla “*rebus sic stantibus*”, las medidas cautelares podrán ser modificadas a lo largo del proceso en función de cómo vayan variando las circunstancias del mismo.

En quinto lugar, como requisito fundamental de la adopción de la medida cautelar, está la nota de la homogeneidad o cumplimiento del principio de proporcionalidad. La medida cautelar debe adoptarse atendiendo a la gravedad de los hechos y demás circunstancias que rodean al caso y, en ningún caso, la medida cautelar adoptada puede ser más gravosa que la que conlleva la posible futura condena que se establezca en la sentencia.

Las medidas cautelares tienen un carácter jurisdiccional en tanto en cuanto deben ser adoptadas como norma general por el órgano jurisdiccional que esté conociendo del procedimiento. La única excepción a esta norma general es el supuesto de la detención, donde podrá ser la Policía Judicial la que esté autorizada para llevarla a cabo por su carácter provisionalísimo.

En último lugar hay que mencionar la nota de la responsabilidad estatal en la adopción de las medidas cautelares. El posible error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia que pudiera provocar un perjuicio para el sujeto debe ser indemnizado por el Estado.

3.3. Presupuestos

La adopción de una medida cautelar va a exigir siempre la concurrencia de dos presupuestos.

El primero de ellos será el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. En el proceso penal este presupuesto se traduce en el *fumus commissi delicti* o apariencia de haberse cometido un hecho punible. El segundo, es el *periculum in mora* o peligro en demora. Este presupuesto, por su parte, se refiere al peligro que el paso del tiempo puede generar para el correcto funcionamiento del proceso.

Así, el presupuesto del *fumus boni iuris* para la adopción de una medida cautelar en el proceso penal se refiere a la necesidad de que existan indicios racionales de que el sujeto haya

cometido el hecho punible que se persigue castigar. Por tanto, este presupuesto tiene una doble vertiente.

Una primera vertiente objetiva, relativa a la existencia de un determinado hecho punible. Y una subjetiva, referida a la posibilidad de atribuir ese hecho punible a un sujeto determinado. Para poder adoptar una medida cautelar es necesario que en el proceso haya una imputación de un hecho a una persona ya que, sin ello no puede en ningún caso adoptarse ningún tipo de medida cautelar personal.

El *periculum in mora*, también denominado *periculum in libertatis*, se refiere al peligro de que el paso del tiempo pueda influir negativamente en el buen curso del procedimiento y efectividad de la posterior sentencia. Se refiere a la sospecha de que el investigado pueda poner en riesgo el proceso y, generalmente, se centra en tres peligros clásicos: la fuga del investigado, la reiteración delictiva y la destrucción de pruebas.

Se teme que el imputado pueda aprovecharse de este paso del tiempo para colocarse en una situación que pueda frustrar la efectividad del proceso y de la sentencia. En las medidas cautelares personales este presupuesto se refleja en el riesgo de fuga del imputado, que se condiciona a la duración del procedimiento y a la gravedad de la pena que comporte el hecho imputado³. Así, cuanto más elevada sea la pena a la que el sujeto pueda enfrentarse, mayor será el peligro de fuga y, por tanto, más intensa deberá ser la medida cautelar personal que se adopte para neutralizar ese riesgo.

Para el caso en que faltase alguno de estos presupuestos, bien el *fumus boni iuris* en su vertiente objetiva o subjetiva o bien, que no se dé ese riesgo por la demora para el correcto desarrollo del proceso o el cumplimiento de la posible futura sentencia, no podrá ordenarse por el juez la adopción de la medida cautelar restrictiva de libertad.

3.4. Detención

La medida cautelar personal de la detención se encuentra regulada en los artículos 489 a 501 LECr. La detención es una medida precautelar personal que consiste en la privación breve

³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal: Derecho procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Página 324

de libertad, limitada temporalmente, con el fin de poner al sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial⁴.

Posteriormente, el juez o tribunal competente deberá decidir sobre la situación personal del sujeto determinando la adopción de la privación de libertad por un tiempo superior con la prisión provisional, la adopción de una medida cautelar personal menos gravosa a través de las obligaciones o prohibiciones en régimen de la libertad provisional o bien, si no se dan presupuestos para ninguna de las dos anteriores, restablecer el derecho de libertad del sujeto.

La detención se caracteriza pues por ser una medida precautelar, es decir, una medida adoptada por la previsible comisión de un delito por parte del sujeto detenido. Junto con este carácter precautelar, la detención reúne las siguientes notas definitorias⁵:

- Instrumentalidad
- Provisionalidad
- Temporalidad
- Jurisdiccionalidad. No obstante, en esta nota presenta excepciones en tanto en cuanto el art. 496 LECr se refiere no solo a la autoridad judicial, si no también a la policía y a los particulares que pueden practicar la detención, en cuyo caso deben poner al detenido a disposición judicial dentro de las 24 horas siguientes a su detención, pudiendo incurrir en responsabilidad penal si no lo hacen.

Además, como ya se ha reiterado, es una medida cautelar personal, pues incide directamente sobre el derecho fundamental a la libertad de la persona sobre la que recae esta medida.

En cuanto a las modalidades de detención, dentro de la regulación vigente nos encontramos con varios tipos de detención atendiendo a dos criterios: en razón del sujeto que la realiza o en razón a su forma de cumplimiento⁶:

En base al primer criterio existen tres tipos de detención:

- 1) Adoptada por particulares, regulada en los artículos 490 y 491 LECr

⁴ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso Penal: Derecho procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Pág. 303

⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso Penal: Derecho procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Pág. 325

⁶ ASECIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Pág. 304

- 2) Adoptada por la Policía judicial, esto es, la detención policial, regulada en los artículos 487, 420, 494 y 491 LECr
- 3) Adoptada por el Juez de Instrucción o detención judicial, regulada en los artículos 487, 420, 494 y 684.3 LECr
- 4) Cabe añadir la posible detención acordada por el Fiscal, recogida en el art. 5.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que establece que el Fiscal podrá acordar la detención cuando él mismo pueda practicar diligencias de investigación.

En base al segundo criterio se diferencian dos tipos de detención:

- 1) Detención ordinaria y comunicada. Esta es la regla general, regulada en el art. 520 LECr, donde se recogen los derechos reconocidos a la persona detenida (información, guardar silencio, no declarar contra sí mismo, designar abogado, intérprete, asistencia jurídica gratuita, etc.)
- 2) Detención regida⁷ e incomunicada que llevará consigo una limitación de los derechos reconocidos en el art. 520 para el detenido, establecida en el art. 527 y en los supuestos recogidos en el art. 509 todos de la LECr.

En cuanto a la duración de la detención, la propia CE en su artículo 17.2 establece un plazo máximo infranqueable de 72 horas y, dentro de ese plazo, la detención tendrá como duración el tiempo estrictamente necesario en base a las circunstancias de cada caso (520.1 LECr). Pasadas las 72 horas, el detenido deberá ser puesto en libertad puesto a disposición judicial.

El art. 496 LECr recoge un plazo de 24 horas para la detención, pero conforme a algunos autores como ASENCIO MELLADO, J.M. este es un plazo máximo que debe considerarse irrelevante y fruto de una política de reforma poco cuidadosa, teniéndose en cuenta únicamente ese plazo máximo fijado por la CE y el 520 LECr de 72 horas.

Por último, cabe mencionar la excepción contenida en el art. 520 bis.1 LECr que establece que, para los supuestos de terrorismo, la detención puede prolongarse otras 48 horas adicionales siempre que sea solicitada de forma motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde que se produjo la detención.

⁷ ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Pág. 304

3.5. Prisión provisional

La prisión provisional está regulada en el Capítulo III del Título VI del Libro II de la LECr (arts. 502 a 519) a lo que hay que añadir el régimen aplicado a los presos preventivos del Capítulo IV (arts. 520 a 527).

Se trata de la medida cautelar personal más gravosa del ordenamiento jurídico⁸ que consiste en la privación de libertad del sujeto con el objeto de evitar el riesgo de fuga y de garantizar la efectividad del desarrollo del proceso y la posterior ejecución de la posible sentencia condenatoria.

Los fines perseguibles a través de la prisión provisional son los recogidos en el art. 503.1 y 2 LECr, que establece que esta medida cautelar solo podrá ser adoptada cuando se pretenda:

- Asegurar la presencia del investigado, cuando exista un peligro de fuga (art.503.1.3º.a), evitando con ella que se sitúe fuera del alcance de la justicia.
- Evitar que el investigado oculte, manipule o destruya las fuentes de prueba (art. 503.1.3º.b), para lo que se atenderá a la capacidad para acceder por sí mismo o por terceros a las fuentes de prueba o para influir en otros presuntos responsables, testigos o peritos si continúa en libertad.
- Evitar la reiteración delictiva (art. 503.2).

Las notas definitorias de la prisión provisional son, como medida cautelar las siguientes:

- Instrumentalidad
- Provisionalidad
- Variabilidad
- Temporalidad
- Jurisdiccionalidad

Es una medida cautelar de carácter personal, pues afecta de forma directa a la libertad del encausado, privándole de la misma durante un tiempo limitado.

⁸ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal: Derecho procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Pág. 339

Se trata de una medida de carácter excepcional que se adoptará en los casos establecidos en el art. 502.2 LECr: 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 aquélla.

Y en todo caso, cuando sea impuesta debe hacerse conforme al principio de proporcionalidad, entendiendo la aplicación de este principio como que la medida cautelar debe ser adecuada y razonable para la consecución de los fines. Por esta razón, se entiende desproporcionada su adopción en la persecución de hechos delictivos sancionados únicamente con penas privativas de derechos o con la pena de multa⁹.

Las modalidades de prisión provisional que se encuentran en la regulación actual son tres:

- 1) Prisión provisional comunicada. Esta es la regla general y es la menos perjudicial para el sometido a la misma, pues se mantienen los derechos de comunicación oral (telefónica o a través de visitas) o escrita. Esta a su vez puede tener dos modalidades: sin fianza o eludible con fianza, caso este último en que el encausado puede constituir la fianza en la cuantía y plazo que el juez establezca para quedar sometido a una medida cautelar menos gravosa.
- 2) Prisión provisional incomunicada. Se adopta cuando concurre la necesidad urgente de proteger a una persona o para evitar la frustración del proceso penal (art. 509 LECr) y la incomunicación será por el tiempo necesario para practicar las diligencias necesarias para evitar tales peligros, sin poder ser superior a 5 días (ampliables otros 5 días en los supuestos de terrorismo recogidos en el art. 520 bis.1 LECr)
- 3) Prisión provisional atenuada. Existen dos modalidades recogidas en el art. 508 LECr que son el arresto domiciliario, consistente en la posibilidad de cumplir la prisión provisional en el propio domicilio en supuestos excepcionales (ej.: enfermo cuyo ingreso en prisión supone un riesgo). Y la otra modalidad está pensada para aquellas personas que están sometidas a tratamiento de desintoxicación o deshabituación de sustancias estupefacientes.

Por último, en cuanto a su duración, los plazos de la prisión provisional van a ser determinados por el juez atendiendo a la gravedad del hecho punible siendo la regla general que:

⁹ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso penal: Derecho procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Pág. 341.

- a) Para los delitos de pena igual o inferior a 3 años, el plazo máximo es de 1 año prorrogable 6 meses más si el peligro sigue persistiendo.
- b) Para los delitos de pena privativa superior a 3 años, el plazo máximo es de 2 años. En este supuesto, la posible prórroga alcanza otros 2 años más.
- c) El supuesto especial se da cuando la medida cautelar se hubiera acordado exclusivamente para atajar la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de pruebas, en cuyo caso el plazo máximo es de 6 meses. En este caso no cabe prórroga.

4. LIBERTAD PROVISIONAL EN LA LECR

4.1. Concepto, naturaleza y caracteres

Son múltiples las definiciones que se pueden encontrar sobre la medida cautelar personal de la libertad provisional. En pocas palabras, la libertad provisional puede definirse como aquella medida cautelar restrictiva de la libertad del imputado que se adopta en el curso de un procedimiento penal con el objetivo de evitar el peligro de huida del sujeto.

Más concretamente, no se trata de una única medida cautelar, sino de un conjunto de restricciones que deben concebirse como medidas cautelares independientes que adopta y elige el juzgador para asegurar el desarrollo y resultado del proceso.

El fin de la adopción de este conjunto de restricciones de la libertad del imputado es asegurar la presencia de este para el normal desarrollo del proceso penal. No es en sí misma una pena anticipada, sino que, como se ha dicho anteriormente, es una medida de carácter instrumental para el proceso.

Existe otra definición de ORTELLS RAMOS que incluye en la propia definición de esta medida cautelar el concepto de la fianza o caución que el sujeto debe garantizar ya que la entiende como “*una medida cautelar, consistente en una limitación de la libertad del imputado, mediante la imposición al mismo de obligaciones específicas, cuyo cumplimiento debe ser, en su caso, garantizado por una caución*”.¹⁰ Concepto de la caución en el que se hará hincapié más adelante.

El Tribunal Constitucional ofrece otra definición para la medida cautelar de la libertad provisional estableciendo que *la libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad, que trata de evitar la ausencia del imputado, que queda así a disposición de la autoridad judicial y a las resultas del proceso, obligándose a comparecer periódicamente. Dicha medida está expresamente prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y viene determinada por la falta de presupuestos necesarios para la prisión provisional, que puede acordarse con o sin fianza (art. 529), debiendo el inculcado prestar obligación apud acta de comparecer en los días que le fueren señalados por la resolución*

¹⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal* (6ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. Página 298

*correspondiente y, además, cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 530).*¹¹

Así, la libertad provisional es una alternativa a la privación de libertad que supone la prisión provisional, la cual debe ser entendida como una medida excepcional siendo la libertad provisional la situación normal del investigado o encausado. No conlleva la privación de la libertad, pero sí otras restricciones como la obligación periódica de comparecer ante el juzgado o retirada del pasaporte, entre otras.

Por tanto, la libertad provisional del sujeto debe entenderse como la situación ordinaria mientras que la prisión provisional se adoptará con carácter excepcional y subsidiario, y únicamente cuando sea imprescindible y necesaria. Es decir, cuando no haya otras medidas menos gravosas que puedan ser igualmente eficaces para garantizar que el sujeto esté presente en el proceso.

La razón por la que la prisión provisional debe ser la excepción es por el respeto al Derecho Fundamental de la libertad consagrado en el artículo 17 CE, el cual es el necesario para el disfrute del resto de libertades y derechos fundamentales. Esta idea ha sido respaldada por numerosas sentencias del Tribunal Constitucional afirmando que el sacrificio de la libertad a través de la prisión provisional implica privar al sujeto del presupuesto del resto de libertades y derechos fundamentales (entre otras, STC 82/2003, de 5 de mayo; STC 29/2019, de 28 de febrero).

Así, se hace necesario que el ordenamiento jurídico cuente con alternativas a la prisión provisional. De facto, así lo exige también el artículo 502.2 LECr al señalar que solo puede ser utilizada cuando no existan otras medidas menos gravosas con las que puedan alcanzarse los mismos fines. Así las cosas, se puede interpretar que la redacción de este artículo establece que la verdadera alternativa es la prisión provisional si con otras medidas no se pueden alcanzar los fines perseguidos.

Las principales características de la medida cautelar de la libertad provisional son las ya desarrolladas en el apartado anterior: excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad, variabilidad, proporcionalidad y jurisdiccionalidad.

¹¹ STC 85/1989, de 10 de mayo

4.2. Regulación

La norma que recoge toda la regulación acerca de la libertad provisional es la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En ella se hace referencia a esta medida cautelar en los artículos 141.II, 528 a 544 ter, 731, 781.2, 783.1 y 835.3.

Las medidas que acompañan a la libertad provisional son las que aparecen en los artículos 528 a 544 LECr bajo el título “De la libertad provisional del procesado” en los que se encuentran: la fianza, la obligación de comparecencia periódica ante el juez o cuando el sujeto sea llamado por este, la retención del pasaporte, la privación provisional del permiso de conducir, la prohibición de residir o acudir a un determinado lugar o la prohibición de aproximación o comunicación con determinadas personas.

4.3. Procedimiento de adopción

4.3.1. Audiencia para la adopción de la medida del art. 505 LECr

El procedimiento de adopción de la libertad provisional se llevará a cabo conforme al trámite de la audiencia recogida en el artículo 505 LECr.

Este precepto parte del presupuesto de la detención del sujeto, pero establece en su apartado segundo que “*la audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso la prisión provisional del investigado o encausado no detenido o su libertad provisional con fianza*”¹² siendo por tanto también de aplicación para el investigado o encausado que no haya sido detenido y puesto posteriormente a disposición judicial, pues puede haber sido citado y comparecer voluntariamente.

Desde el momento en que el detenido pasa a disposición del Juez de Instrucción o Tribunal que conoce de la causa, este convocará una audiencia que se celebrará en las 72 horas siguientes a la puesta a disposición. En el caso en que se adopte la medida de la libertad provisional sin fianza, lo podrá decidir el juez de oficio sin instancia de las partes (505.1 LECr). Excepcionalmente, podrá acordar la libertad provisional con fianza en virtud del art. 505.5 LECr ya que el mismo establece que cuando la audiencia no pudiese celebrarse el juez podrá adoptar la libertad provisional con fianza si concurren los presupuestos del art. 503

¹² Artículo 505.2 LECr

LECr, pero en tal caso deberá convocar una nueva audiencia dentro de las siguientes 72 horas.

En esta audiencia intervendrán además del acusado, asistido por el abogado que él mismo elija o uno de oficio, el Ministerio Fiscal y las acusaciones personadas.

Durante la audiencia, bien el Ministerio Fiscal o bien las partes acusadoras podrán solicitar del juez que decreta la prisión provisional o la libertad provisional con o sin fianza. De no solicitar ninguna de las acusaciones la prisión provisional o la libertad provisional con fianza, el juez pondrá de inmediato al detenido en libertad.

Si las acusaciones hacen la petición al juez, durante la audiencia podrán servirse de las alegaciones que estimen oportunas, así como de las pruebas que puedan celebrarse en el mismo acto de la audiencia o en las 72 horas siguientes. Por su parte, el investigado o encausado podrá defenderse a través de su abogado, quien podrá oponerse a la medida de la privación de libertad o de libertad provisional que se pudieran decretar.

Practicadas las pruebas (si las hubiere) el juez decidirá mediante auto sobre si procede o no adoptar cualquiera de estas dos medidas cautelares personales. Este es el auto sobre la situación personal del investigado o encausado que se verá en el siguiente apartado. El juez competente para resolver será el órgano jurisdiccional que esté instruyendo la causa con la excepción prevista en el art. 505.6 LECr.

Este 505.6 LECr regula la situación en que el juez al que el sujeto es puesto a disposición es otro distinto al juez o tribunal instructor por no poder ser puesto a disposición de este último en un plazo de 72 horas. En tal caso, el juez actuará conforme a lo previsto en el art. 505 LECr y una vez que el juez o tribunal competente reciba las diligencias y oiga al investigado o encausado dictará la resolución que proceda confirmando o reformando la medida.

La necesidad de que se lleve a cabo la audiencia y que sean las partes acusadoras las que deban solicitar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza responde a dos razones:

En primer lugar, la audiencia se hace necesaria para no vulnerar el derecho de defensa del investigado o encausado. No se puede adoptar la medida privativa de libertad privando a este de la posibilidad de defenderse en ese acto y de impugnar posteriormente dicha medida.

Y, en segundo lugar, de acuerdo con el principio de imparcialidad judicial, es una necesidad ineludible en un Estado de Derecho, que aquel que decide la prisión provisional, no actúe de oficio, no se constituya en juez y parte.¹³ Esto explica que, salvo el supuesto en que el Juez o Tribunal acuerde la libertad provisional sin fianza, es condición indispensable que para que se adopte la medida, esta sea solicitada por el Ministerio Fiscal o las acusaciones personadas en la causa.

La prisión o libertad provisional con fianza pueden reformarse, una vez adoptadas sin la celebración de esta audiencia previa en el supuesto de que se acuerde la libertad con o sin fianza. Si se pasara de una medida menos gravosa a otra más gravosa, de la libertad a la prisión, deberá celebrarse la audiencia del art. 505 LECr (539 LECr).

Además, el juez conforme al apartado quinto del artículo 539 LECr podrá, de oficio y en cualquier momento, levantar la medida o modificarla en términos más favorables para el sometido a la misma.

4.3.2. Auto resolviendo sobre la situación personal

Como se ha dicho anteriormente, el juez competente para conocer de la causa será el que, mediante auto, resuelva sobre la situación personal del investigado o encausado acordando, en su caso, la medida cautelar personal que corresponda.

La regulación de esta resolución viene recogida en los artículos 506 y 507 de la LECr.

El auto en virtud del cual se adopte la medida cautelar deberá expresar en todo caso los motivos por los que se adopta la misma, justificando su necesidad y proporcionalidad respecto de los fines que la justifican tal y como establece el artículo 506.1 LECr.

Dictado el auto sobre la situación personal del investigado o encausado, este deberá notificarse a las partes ofendidas por el delito, así como al sometido a la medida cautelar.

En relación con la posibilidad de recurrir el auto sobre la situación personal, frente a los autos que adopten la medida cautelar, así como los que la prorroguen o la denieguen, se podrá interponer recurso de apelación conforme a los artículos 507 y 766.5 LECr, y

¹³ ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Página 328.

previamente y de forma potestativa, el de reforma. El recurso puede ser interpuesto bien por las acusaciones, para pretender un endurecimiento de la medida adoptada, o bien por la defensa, para aminorarlas, reducirlas o suprimirlas.

Esta intención de las partes de modificar las medidas adoptadas puede darse en cualquier momento de la instrucción y hasta que se dicte sentencia firme por el juez. Por ello, aunque no se haga mediante el recurso que se hace mención porque ya haya transcurrido el plazo para interponerlo, podrá llevarse a cabo mediante otro escrito dirigido al juzgado.

En el supuesto en que se hubiese declarado el secreto de sumario, esta obligación de fundamentar el porqué de la adopción de la medida no decae. Así lo establece el artículo 506.2 LECr, que exige que se omitan en la notificación los extremos necesarios para preservar la finalidad del secreto, pero en ningún caso se puede omitir la descripción del hecho imputado (*fumus boni iuris*) ni los fines que se pretenden conseguir con la adopción de la medida (*periculum in mora*).

La razón de ser de esta idea es que el secreto del sumario no significa atribuir al juez la facultad de omitir la tutela de derechos fundamentales, ni le autoriza para ocultar todos los fundamentos fácticos y jurídicos de sus resoluciones, lo cual causaría indefensión en el investigado o encausado que, de no conocer los fundamentos de la decisión, tendría reducida la posibilidad de impugnación a los aspectos puramente formales, en detrimento de una eficaz tutela judicial.¹⁴

De igual forma, al alzarse el secreto de sumario se notificará a las partes el auto de forma íntegra y se podrá interponer el recurso de apelación (artículo 507.2 LECr).

4.4. Posibles medidas a adoptar

4.4.1. Obligación de comparecer ante el Juzgado

Como se ha visto anteriormente, la libertad provisional es una medida cautelar intermedia entre la prisión provisional y la completa libertad. Para conseguir tal posición intermedia, el sujeto queda a disposición de la autoridad judicial obligándose a comparecer periódicamente.

¹⁴MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 342

Esta obligación de comparecer ante el juez está regulada en el artículo 530 de la LECr, precepto que recoge una doble obligación para el investigado o encausado: “*El investigado o encausado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá apud acta obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, el juez o tribunal podrá acordar motivadamente la retención de su pasaporte*”.

Se ve así la doble obligación que comprende esta medida: comparecer ante el juez de forma periódica en los días que este establezca mediante auto, así como los días que el juez lo requiera mediante llamamiento judicial.

El objetivo de esta medida a través de esa doble obligación es garantizar que el sujeto esté presente en el proceso y evitar el riesgo de fuga.

La periodicidad de las comparecencias vendrá determinada mediante auto por el juez. La mayor o menor frecuencia con que deba presentarse es decisión del órgano jurisdiccional, condicionada a la finalidad pretendida de mantener noticias con cierta frecuencia del paradero del que se halla en libertad provisional.¹⁵

El juez se servirá del principio de proporcionalidad para determinar la frecuencia de las comparecencias. En este sentido, cuanto mayor sea la gravedad del delito y mayor sea la pena a la que se enfrenta el investigado, se impondrá una menor periodicidad de las comparecencias. De esta manera, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto *nada impide que el Juez instructor acuerde una frecuencia semanal, quincenal, mensual, trimestral o incluso diaria*.¹⁶

La comparecencia del sujeto debe llevarse a cabo ante el Letrado de la Administración de Justicia del órgano jurisdiccional que ha adoptado la medida. Excepcionalmente, la comparecencia podrá hacerse en el órgano judicial donde trabaje o tenga el domicilio el encausado.

¹⁵ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso Penal: Derecho Procesal III* (1ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2021. Página 353.

¹⁶ STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014

El incumplimiento de la comparecencia viene regulado en el artículo 835.3º LECr, que establece que “*Será llamado y buscado por requisitoria el que, hallándose en libertad provisional, dejare de concurrir a la presencia judicial el día que le esté señalado o cuando sea llamado*”.

Por tanto, salvo que la incomparecencia esté debidamente justificada, la consecuencia del incumplimiento de esta medida será la modificación de la misma en una dirección agravatoria con el objetivo de mantener la seguridad del procedimiento y la efectividad de la futura sentencia.

4.4.2. Fianza

Por regla general, el sometido a la libertad provisional se limita a asumir *apud acta* la obligación de comparecer en el Juzgado¹⁷. Sin embargo, la LECr establece que se pueda exigir la prestación de una fianza, destinada a garantizar la presencia del acusado en el juicio oral. Así lo ha señalado la doctrina del Tribunal Constitucional al entender la fianza como una medida cautelar que conlleva una limitación de la libertad personal¹⁸ y que garantiza el cumplimiento de la eventual sentencia condenatoria.¹⁹

Así, la fianza comporta una de las obligaciones que admite la libertad provisional y cuyo fin es evitar el riesgo de fuga del imputado.

Viene regulada en los artículos 531 y siguientes de la LECr y en relación con estos serán de aplicación los artículos 591 a 595 LECr que se refieren a la fianzas y los embargos. No obstante, ya el art. 529 LECr se refiere a la fianza estableciendo el carácter facultativo de la misma al decir que “*el juez o tribunal decretará (...) si el investigado o encausado ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional*”.

De este precepto se deduce la existencia de dos tipos de libertad provisional: con fianza o sin fianza. Como ya se ha visto, ambas se diferencian en la forma de adopción de la misma ya que la segunda podrá ser adoptada de oficio por el juez, así como el levantamiento de la medida o mejora de las condiciones. Sin embargo, la libertad provisional con fianza deberá

¹⁷ MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 351.

¹⁸ STC 56/1997 de 17 de marzo

¹⁹ STC 108/1984, de 26 de noviembre

ser decretada tras la solicitud de las partes acusadoras o el Fiscal y la celebración de la audiencia del artículo 505 LECr.

Es importante en este punto diferenciar dos conceptos: la libertad provisional con fianza y la prisión provisional eludible con fianza. Materialmente ambas se resumen en lo mismo, pero en la práctica son diferentes:

En el caso de la libertad provisional con fianza, el investigado continúa en libertad con la condición de que en el plazo señalado preste la fianza que se haya acordado y, de no hacerlo, será reducido a prisión provisional (540 LECr).

Mientras que, en la prisión provisional eludible con fianza, se parte del ingreso en prisión del investigado y, solo podrá eludir la privación de libertad prestando la garantía que constituye la fianza.

El destino de la fianza, de acuerdo con el artículo 532 LECr será responder de la comparecencia del procesado cuando sea llamado por el juez o tribunal que conozca de la causa, satisfacer las costas causadas para su constitución y el resto se adjudicará al Estado, sin perjuicio de lo establecido en el art. 541 LECr. En ningún caso la fianza servirá para evitar la reiteración delictiva o asegurar la investigación.²⁰

En caso de decretarse por el juez la libertad provisional con fianza, si el investigado dejase de cumplir su obligación de comparecencia *apud acta* ante el juez, éste perderá la fianza y será adjudicada al Estado a través de la vía de apremio o de la realización de los bienes pignorados.

La fianza será siempre acordada mediante auto en pieza separada de aquella en la que se acordase la medida de la libertad provisional (art. 544 LECr). En este mismo auto se determinará la calidad y cantidad de la fianza (art. 529 LECr) atendiendo a la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado, así como a las circunstancias que puedan influir en el interés de este para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial (art. 531 LECr).

Por calidad de la fianza debe entenderse la naturaleza de la misma, la cual puede ser muy variada. Puede consistir en una fianza personal, pignoratícia o hipotecaria recayendo sobre los bienes del inculcado o de un tercero. También podrá consistir en dinero en efectivo

²⁰ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Pág. 333

mediante aval solidario o cualquier medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate (art. 591 LECr).

Y, por cantidad de la fianza, ha de entenderse la cuantía de la fianza, que en palabras de NEIRA PENA fijará el juez o tribunal en atención al riesgo de fuga y a la capacidad patrimonial del encausado²¹ desde la debida proporcionalidad.²² Esta idea del establecimiento de la cuantía de la fianza en base a la capacidad patrimonial del encausado ha sido criticada por RAMOS MÉNDEZ, quien sostiene que este criterio *introduce una cierta discriminación por razón de la distinta capacidad económica de los inculpados.*²³

En cualquier caso, es comprensible que la cuantía debe ser accesible a las condiciones económicas y posibilidades del investigado, con la finalidad de que realmente pueda ser prestada.

Cuando el acusado no comparezca ante el juez o tribunal, se aplicará lo establecido en los artículos 534 y siguientes de la LECr:

En caso de incomparecencia injustificada en el primer llamamiento, el Letrado de la Administración de Justicia dará al fiador personal o al dueño de los bienes dados en fianza un plazo de diez días para presentar al rebelde. En caso de no hacerlo, se procederá a hacer la fianza efectiva, adjudicándosela al Estado y entregándosela a la Administración de Rentas más próxima, con las deducciones que contiene el artículo 532 LECr. Estas deducciones son las referidas a la satisfacción de las costas causadas por el ramo separado formado para la constitución de la fianza.

Para la realización de la fianza, contiene el artículo 536 LECr que se llevará a cabo conforme a la vía de apremio regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, incluso en los casos que se esté ante fianza personal contra los bienes del fiador, hasta hacer efectiva la cantidad que se haya fijado de fianza.

²¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. y VARONA JIMÉNEZ, A. *Derecho Procesal penal* (1ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Página 363.

²² GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y BARONA VILAR, Silvia. *Proceso Penal: Derecho Procesal III* (1ª Edición). Valencia. Tirant lo Blanch. 2021. Página 352.

²³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier, 2016. Página 326.

Conforme al art. 537 LECr, en los casos de incomparecencia injustificada al llamamiento del juez y cuando los bienes de la fianza sean de dominio del procesado, se realizará conforme a la vía de apremio y se adjudicará de forma inmediata al Estado.

De la misma forma, el art. 542 LECr se refiere a la situación en que, habiendo sentencia firme condenatoria, si el condenado no comparece o no justificase la posibilidad de hacerlo, la fianza se adjudica inmediatamente al Estado.

Por lo que se refiere a la figura del fiador, el art. 543 LECr le dedica la posibilidad de ejercer su derecho para reclamar la indemnización contra el investigado o sus causahabientes, pero no la posibilidad de ejercer la acción para pedir la devolución de la misma cuando ya haya sido adjudicada al Estado.

En cuanto a la posibilidad de modificación de la fianza, el art. 539 LECr establece que la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio y ello en aplicación del principio de variabilidad al que se ha aludido anteriormente.

Por otra parte, la fianza que se haya fijado junto con la medida cautelar de la libertad provisional, podrá cancelarse, de acuerdo con el art. 541 LECr, en los siguientes supuestos:

- Cuando el fiador lo pida, presentando a la vez al procesado
- Cuando el procesado sea reducido a prisión
- Cuando se dicte auto firme de sobreseimiento o sentencia firme absolutoria
- Cuando se dicte sentencia firme condenatoria y se presente al reo para cumplir la condena
- Cuando muera el procesado estando pendiente la causa.

4.4.3. Privación provisional del permiso de circulación

El artículo 529 bis LECr prevé la posibilidad de retirada provisional del permiso de conducir al procesado cuando el motivo del delito sea su conducción de vehículos a motor.

Adicionalmente, el artículo 764.4 LECr prevé la posibilidad de que se acuerde la *“intervención inmediata del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo, por el tiempo indispensable, cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del investigado o encausado o del tercero responsable civil”*.

Atendiendo a esto, autores como GIMENO SENDRA definen esta medida como aquella que *puede adoptar el Juez de Instrucción contra una persona imputada por delito cometido con ocasión de la conducción de un vehículo de motor hasta tanto dure el peligro de alteración de la seguridad del tráfico y hasta la obtención de una resolución definitiva y firme.*²⁴

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta medida existe debate doctrinal ya que existen autores como el anteriormente mencionado que la entienden como una medida de seguridad más que una medida cautelar. Mientras, otros como MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ la asimilan a una medida cautelar “limitativa de derechos”.²⁵

Por lo que se refiere a la ejecución de esta medida, se hará tal como dispone el precepto regulador de la misma, que se privará provisionalmente de usar el permiso, recogiendo e incorporando al proceso el documento.

La adopción de la medida deberá ser comunicada al sujeto sometido a la misma. Así mismo, se le informará de que en caso de incumplimiento podrá incurrir en responsabilidad penal por delito de quebrantamiento de medida cautelar del artículo 468 del Código Penal (en adelante CP), lo que conllevará *pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos* (468.1 CP).

Posteriormente se informará al organismo administrativo que lo expidió con el objetivo de que, en caso de que el imputado incumpla la prohibición de conducir, se informe al juzgado para que tome las medidas contempladas en el párrafo anterior.

4.4.4. Retención del pasaporte

Como se ha dicho anteriormente, la medida cautelar personal de la libertad provisional puede llevar aparejada la adopción de la medida de retener el pasaporte al sometido a la medida, tal y como se enuncia en el artículo 530 LECr.

La posibilidad de adoptar esta medida es relativamente nueva, ya que fue introducida tras la reforma de la LECr de 2003. Con anterioridad a esta reforma, fueron varias las sentencias

²⁴ GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Lunas, 2015. Página 496

²⁵MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 346.

que significaron la falta de regulación de esta medida ya que, al no estar recogida expresamente en la ley, su adopción iría en contra del principio de legalidad.

En concreto, la STC 169/2001, de 16 de julio, admitió el recurso de amparo interpuesto por un ciudadano argentino al que el juez había privado la salida del territorio español, vulnerando (en ese momento) su derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17.1 CE. Esto así en base a que, en ese momento, en palabras del TC (...) *es evidente que no contienen una habilitación legal específica en cuanto a la prohibición de que los extranjeros abandonen el territorio nacional y la retirada del pasaporte, que es lo que se cuestiona por el recurrente en el presente caso.*²⁶

Vista la necesidad de que se pudiese adoptar esta medida para garantizar el correcto curso del procedimiento y evitar el riesgo de fuga del investigado, fue la Ley Orgánica (en adelante LO) 13/2003, de 24 de octubre, la que introdujo la nueva redacción del artículo 530 LECr que recoge esta medida.

En cuanto al objetivo de esta medida, no es otro que garantizar el cumplimiento de las comparecencias periódicas *apud acta* a las que se obliga al investigado o encausado mediante auto, o de las que deriven del llamamiento ante el juez que conozca de la causa. Por ello, más que una obligación autónoma, constituya una que refuerza la medida de comparecencia.²⁷

Esta retención del pasaporte y, naturalmente la prohibición de expedir otro²⁸, tienen la finalidad de prohibir al investigado salir del territorio nacional y que pueda ponerse fuera del alcance de la justicia dificultando gravemente la persecución del delito. En palabras de GIMENO SENDRA, es un medio para evitar el riesgo de fuga del imputado al extranjero.²⁹

La adopción de la medida de retención del pasaporte se llevará a cabo mediante resolución judicial motivada atendiendo a la naturaleza del delito, situación del imputado y valoración del riesgo de fuga. La misma deberá ser remitida a los órganos correspondientes del Ministerio del Interior para que no se expida un nuevo pasaporte y para que los controles fronterizos y aeroportuarios impidan la salida del territorio al sometido a la medida.

²⁶ STC 169/2001 de 16 de julio

²⁷ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020. Página 334.

²⁸MORENO CATENA, Víctor y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. Página 352.

²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Lunas, 2015. Página 494.

4.5. El abono de la pena durante la libertad provisional

El artículo 58 del Código Penal establece la regla para el abono de los días de la medida de la prisión provisional que establece que se abonarán en su totalidad. Esto es, todos los días que el condenado estuvo en prisión provisional se descontarán de la pena impuesta en sentencia condenatoria firme que decreta una pena privativa de libertad.

Ahora bien, no existe en estos términos una regla para el abono de la pena en referencia a la medida cautelar de la libertad provisional. Únicamente el art. 59 del Código Penal alude a la posibilidad de que el Juez tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada cuando hayan sido otras medidas cautelares (diferentes a la prisión provisional) las que hayan sido impuestas al acusado.

Por ello se debe acudir a la jurisprudencia creada al respecto y en concreto a la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, en la cual se aplica lo tratado y resuelto por el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª del TS, de 19 de diciembre de 2013. En ella se establece la compensación de las comparecencias restando días efectivos de la pena de prisión impuesta a aquel que tenía la obligación de comparecer.

En concreto, esta STS establece que, por cada diez días de comparecencias *apud acta*, se restará un día de la pena impuesta. Este es un criterio que posteriormente han seguido otras sentencias pero que no es una regla consolidada, por lo que habrá que atender al caso concreto para determinar el abono de la pena o no cuando el finalmente condenado haya estado sometido a libertad provisional.

5. LIBERTAD PROVISIONAL EN EL ANTEPROYECTO DE LECR DE 2020

5.1. Introducción y novedades del Anteproyecto de LECr de 2020

Una de las tareas que la Constitución Española de 1978 imponía era la de implantar un proceso penal propio de una “sociedad democrática avanzada”³⁰ que permitiese fundamentalmente abarcar tres extremos: la defensa de los bienes y derechos de los ciudadanos, la injerencia del Estado respetando unos límites racionales y efectivos, y principalmente, un sistema comprometido con los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Desde la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, aún vigente, no se ha promulgado una nueva LECr que plasme un sistema judicial penal moderno y garantista. La norma actual ha sido objeto de sucesivas reformas, hasta un total de setenta y siete modificaciones (cincuenta y cuatro de ellas posteriores a la CE de 1978), hecho que ha provocado que la LECr sea una norma con un cuerpo de difícil comprensión por la forma en que se han ido encajando unas normas con otras.

Han sido numerosas las propuestas de LECr que finalmente no llegaron a buen puerto, como ocurrió con los anteriores anteproyectos en los años 2011 y 2013 con los cuales se buscaba el objetivo que de alguna manera se persigue también con esta propuesta de 2020. Pues bien, la función de este Anteproyecto de LECr del año 2020 es la de ofrecer una ley con un cuerpo normativo organizado que permita configurar las normas que se vienen recabando en tres siglos diferentes en un texto ordenado y adaptado a las necesidades de la sociedad y de la Administración de Justicia.

Es por ello que el 24 de Noviembre de 2020 el Consejo de Ministros aprueba el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, el cual va a ser objeto de estudio desde una perspectiva general en un primer momento, para irse acotando al objetivo principal de este trabajo: las medidas cautelares personales y en concreto la libertad provisional.

³⁰ Apartado I de la Exposición de Motivos del Anteproyecto “*NECESIDAD DE UNA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL*”.

En cuanto a las novedades del Anteproyecto, más allá de ofrecer una sistemática más accesible y ordenada para comprender las diferentes materias, los principales cambios que se intentan introducir con este texto, resumidamente, son los siguientes:

- El fiscal instructor. La fase de instrucción de los procedimientos penales se asignará al Ministerio Fiscal, quien se encargará además de informar a la opinión pública.
- El nuevo papel del Juez. Los Jueces de Instrucción pasan a ser los Jueces de Garantías, que tutelarán los derechos de los investigados. En la fase intermedia van a intervenir los denominados Jueces de la Audiencia Preliminar, quienes decidirán si se abre o no el juicio oral. Posteriormente dicta sentencia el Juez o Tribunal de Enjuiciamiento y el encargado de ejecutar la misma será el Juez de Ejecución.
- Labor de la policía judicial. Actuarán bajo la dirección del fiscal, quien dictará las instrucciones y pautas procesales precisas para dirigir la actuación investigadora de la policía.
- El estatuto del encausado. La principal novedad introducida será la configuración de un estatuto jurídico para la persona encausada, así como un estatuto para la persona encausada con discapacidad y de la persona jurídica encausada.
- El estatuto de la víctima y régimen de la acusación particular. Será suficiente la condición de persona ofendida o directamente perjudicada para admitir la personación en el procedimiento como acusación particular.
- La acción popular. Se prohíbe su ejercicio a las personas jurídicas públicas, partidos políticos y sindicatos. Se permite su ejercicio a los ciudadanos frente a infracciones que protegen intereses difusos o para los delitos de corrupción política, y siempre acreditándose ante el Juez de Garantías y personándose a través de la querrela.
- La acción civil. Es posible excluir su ejercicio, a decisión del Juez de Garantías, en supuestos de “especial complejidad” o si puede implicar un perjuicio para el desarrollo de la investigación criminal.
- La denuncia. Se elimina la exención del deber de denunciar en caso de vínculo familiar o afectivo para delitos cometidos contra bienes personales de menores de edad. Se incorpora la posibilidad de formalizar la denuncia de forma telemática. También se añade la posibilidad, en delitos cometidos por personas jurídicas, de que sea el responsable del canal de denuncias quien la presenta sin que se revele la identidad de la persona que dio la alerta.
- Las medidas cautelares. Se crea una nueva forma de detención junto con la detención preventiva que recibe la denominación de detención para la ejecución de actos y

resoluciones. Su duración es de un máximo de 24 horas y su finalidad es facilitar la comparecencia del acusado cuando su presencia sea requerida minimizando la injerencia en la libertad del mismo.

- La primera comparecencia. Será el momento a partir del cual se inicia el control de la dilación indebida del procedimiento de investigación. En esta primera comparecencia se comunican los cargos al investigado y se incorpora un mecanismo de sanción judicial para que el fiscal cumpla escrupulosamente con los tiempos.
- Incidente de aseguramiento. En caso de posible pérdida de prueba, este mecanismo permite al Juez de Garantías cumplir una función sustitutiva de la prueba cuya fuente pueda verse imposibilitada. Este mecanismo permite la confesión judicial urgente de la persona investigada y la declaración de personas vulnerables.
- Ejecución de la sentencia. Se configura como un procedimiento separado y con entidad propia, independiente del proceso principal en el que las acusaciones particulares deberán volver a comparecer y, a la víctima no personada, se le brinda la oportunidad de intervenir como parte personada en este procedimiento de ejecución.
- Procedimientos urgentes. Se introduce una división que diferencia los juicios rápidos de los inmediatos, siendo estos últimos para delitos caracterizados por su “baja penalidad” como la conducción sin permiso, conducción con superación de tasa de alcohol o el hurto de uso de vehículo y daños.
- Indemnización de la prisión provisional seguida de absolución. Se configura un nuevo procedimiento para solicitar tal indemnización: debe reclamarse expresamente ante los órganos de la jurisdicción penal y tras la firmeza del pronunciamiento absolutorio.
- Nuevas herramientas de investigación. Se incluyen nuevos métodos para la investigación como la prueba científica, el tratamiento automatizado de datos, búsquedas inteligentes, investigaciones encubiertas en entornos digitales. Se introducen mejoras en la regulación relativa al tratamiento de ADN.
- Principio de oportunidad. Se incluyen dos mecanismos alternativos a la acción penal: el archivo de oportunidad y el archivo con condición. El primero, para delitos con penas que no excedan de dos años de privación de libertad, aplicable respetando los límites de no aplicación a materias inadecuadas o a casos incompatibles con su finalidad institucional. Y el segundo, previsto para delitos con penas de hasta cinco años de prisión y siempre con el consentimiento de la víctima y el compromiso del penado de cumplir unas determinadas reglas de conducta.

Desde una perspectiva general, estas son las principales novedades incluidas en el Anteproyecto de LECr de 2020. Ahora, desde un punto de vista más particular se va a pasar a ver lo relativo a las medidas cautelares personales y en concreto las que tiene que ver con la libertad provisional que, como se verá, se configura como la medida cautelar personal de adopción preferente, desplazando a la prisión provisional a supuestos específicos.

5.2. Medidas cautelares personales en el Anteproyecto LECR

5.2.1. Introducción

El nuevo Anteproyecto de LECr del año 2020 recoge, desde un punto de vista sistemático, de forma distinta a la legislación actual toda la regulación de las medidas cautelares, pues se caracteriza por modular la afectación a la libertad del encausado de forma progresiva³¹:

Dedica el Libro II (artículos 186 a 305) por completo a las medidas cautelares, dividiéndose este Libro II en cinco títulos diferentes, que son:

- Título I: Disposiciones generales (arts. 186 a 189)
- Título II: Medidas cautelares personales (arts. 190 a 276)
- Título III: Medidas cautelares reales (arts. 277 a 298)
- Título IV: Especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública (arts. 299 a 304)
- Título V: Medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas y a otras entidades (art. 305)

Así, la norma diferencia entre medidas cautelares personales y reales (diferencia que ya se puso de manifiesto en la primera parte del trabajo con la legislación vigente), con el precedente de las disposiciones generales aplicables a ambos tipos de medidas. Estas disposiciones generales se refieren a los principios aplicables a todas las medidas cautelares: legalidad, necesidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad.

A esto se añaden las normas especiales para delitos contra la Hacienda Pública y las medidas cautelares de aplicación específica para personas jurídicas y otras entidades.

³¹ PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

Entre las medidas cautelares personales, se encuentran la detención, la libertad provisional y la prisión provisional. Como principales novedades del Anteproyecto, además de la nueva figura de la detención para la ejecución de actos y resoluciones, que se tratará más adelante, está el establecimiento en la norma de la prisión provisional como medida de adopción exclusiva, solo aplicable cuando la libertad provisional no sea suficiente para garantizar la seguridad del procedimiento. Se convierte así, la figura que nos ocupa de la libertad provisional, en la medida cautelar de adopción preferente por ser menos gravosa que la prisión provisional, que se inmiscuye en mayor grado en la libertad del encausado.

Asimismo, procede hacer mención al Título II del Libro I, donde en la Sección 4ª del Capítulo II (arts. 73 a 78) se recogen una serie de reglas especiales aplicables cuando el sujeto encausado es una persona con discapacidad. En estos preceptos se establece la forma de aplicación de las diferentes medidas cautelares personales estableciéndose los límites de la detención o los límites al contenido de las obligaciones o prohibiciones que se pueden imponer al decretarse la libertad provisional del encausado con discapacidad. Asimismo, se recogen los extremos relativos al internamiento cautelar en establecimientos especiales y las reglas específicas aplicables en el procedimiento en el que interviene un encausado con discapacidad.

Para profundizar en las medidas cautelares personales y en concreto en la libertad provisional, se verán a continuación: las disposiciones comunes aplicables a todas las medidas cautelares personales, posteriormente los aspectos más importantes de la detención y la prisión provisional en el Anteproyecto para finalmente, profundizar en la regulación, aplicación y novedades que encontramos en relación con la Libertad Provisional.

5.2.2. Disposiciones comunes

Se va a tratar en primer lugar lo relativo a las disposiciones comunes aplicables a todas las medidas cautelares personales, aunque sistemáticamente es posterior a la regulación de las medidas en sí mismas. Se verá la regulación relativa a la adopción de las medidas, su control, revisión, extinción y la posibilidad de prórroga. Asimismo, se recogerán las especialidades aplicables en aquellos supuestos en que se guarde el secreto de las actuaciones y finalmente se verá el régimen de recursos aplicable.

5.2.2.1. *Procedimiento de adopción y prórroga de las medidas cautelares*

5.2.2.1.1. *Ámbito de aplicación*

Las normas recogidas en este apartado, artículos 258 a 274 son aplicables a todas las medidas cautelares previstas en la ley, es decir: detención, libertad provisional y prisión provisional. Excluye de su aplicación a la orden de protección, a la que se aplicarán los preceptos dedicados a esta medida exclusivamente (arts. 237 a 245).

5.2.2.1.2. *Legitimación*

Las personas legitimadas para llevar a cabo la solicitud de adopción o prórroga de una medida cautelar personal serán el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes acusadoras personadas en el proceso.

No obstante, durante la fase de investigación, únicamente podrá solicitar la adopción de una medida cautelar personal el Ministerio Fiscal y la víctima solo en relación con las medidas recogidas en los artículos 225 a 227, 230 y 231 que se verán con detalle más adelante.

5.2.2.1.3. *Solicitud*

En todo caso, la solicitud de adopción o prórroga de una medida cautelar debe ir acompañada de una narración de los hechos, indicios y finalidad que se persigue además de los elementos probatorios y la justificación de que no se puede adoptar una medida menos gravosa para el encausado para cumplir con la finalidad propuesta.

Si es el Ministerio Fiscal quien solicita la medida cautelar personal, debe acompañar su solicitud con la acreditación de los actos de investigación que resulten de los hechos o indicios, así como aportar en soporte documental los mismos con una antelación suficiente para que la autoridad judicial pueda proceder a su examen.

Si, por el contrario, la solicitud proviene de una de las partes acusadoras, estas deberán aportar los documentos de los que resultan los hechos e indicios o bien, indicar a la autoridad judicial el lugar donde se encuentren para que pueda reclamarlos.

5.2.2.1.4. *Comparecencia de las partes*

El artículo 261 del Anteproyecto recoge la figura análoga a la audiencia del artículo 505 de la LECr vigente, de necesaria celebración para la adopción de la medida cautelar que se solicite.

Así, tras la solicitud de la medida cautelar, bien por el Ministerio Fiscal o bien por alguna de las partes acusadoras, se convoca tanto al fiscal como a las acusaciones a una comparecencia que se deberá celebrar en el plazo máximo de 72 horas desde la solicitud. En el caso de que la persona estuviera ya detenida, dispone el art. 264 que este plazo de 72 horas comenzará a computar desde la puesta del detenido a disposición judicial.

Para la celebración de la comparecencia se exige que estén presentes el Ministerio Fiscal y la persona para la que se ha solicitado la medida, siempre asistida por abogado.

El curso de la comparecencia seguirá el siguiente orden:

1. Alegaciones de las partes que solicitan la medida
2. Alegaciones de las demás partes acusadoras, si las hubiere
3. Alegaciones de la persona contra la que se solicita la adopción de la medida
4. Posible desistimiento de la parte solicitante
5. Práctica de las pruebas presentadas por las partes que hayan sido admitidas. Las pruebas podrán practicarse en el acto o en el plazo que fije el órgano judicial que en ningún caso podrá exceder de 72 horas.
6. Resolución mediante auto motivado del órgano judicial

5.2.2.1.5. *Resolución judicial*

Tras la celebración de la comparecencia el órgano judicial deberá resolver sobre la adopción o prorroga de la medida cautelar mediante auto motivado. Esta resolución judicial está sujeta a unos límites que impone el artículo 262:

- No puede imponer una medida cautelar más gravosa que la solicitada por las partes. El juez solamente puede proponer a las partes la adopción de una medida menos gravosa para el encausado que la solicitada si considera que con ella se alcanzan los fines que se persiguen.
- No puede basar la adopción o prorroga de la medida cautelar en hechos delictivos más graves ni fines distintos a los que las partes hayan planteado en la solicitud. El juez deberá motivar la resolución en base a los hechos, diligencias y documentos que hayan sido objeto de debate durante la comparecencia celebrada anteriormente.

Añade este precepto que en caso de que fuera solicitada la prisión provisional, el órgano judicial puede adoptar en su lugar la libertad provisional con imposición de reglas de

conducta que hayan sido objeto de debate o bien con la prestación de caución tras oír a las partes pronunciándose sobre la cuantía de la misma.

5.2.2.1.6. *Supuestos de urgencia*

Únicamente podrá el órgano judicial adoptar la medida cautelar personal sin la celebración de la comparecencia cuando concurran los siguientes requisitos:

- No pueda celebrarse la audiencia
- Concurran razones de urgencia que hacen inaplazable su adopción
- Solicitud de la medida a instancia de parte
- Audiencia del fiscal
- Concurran los presupuestos que justifiquen su adopción

No obstante, adoptada la medida en este caso de urgencia, es preceptiva la celebración de la comparecencia en un plazo máximo de 72 horas desde la adopción de la misma.

5.2.2.1.7. *Reglas especiales en caso de detención*

Cuando la persona esté detenida, el plazo de 72 horas para la celebración de la comparecencia del artículo 261 comenzará a computarse desde la puesta a disposición judicial del detenido.

En caso de no poder ser puesto a disposición del juez o tribunal que conozca del procedimiento, se pondrá a disposición del Juez de Garantías del lugar donde se practicó la detención. Si en este escenario se acordase la adopción de la prisión provisional, se deberá convocar a las partes a la comparecencia del art. 261 cuando el juez o tribunal competente reciba las diligencias.

5.2.2.2. *Especialidades procedimentales en caso de secreto*

En este aspecto, el nuevo Anteproyecto diferencia entre dos situaciones distintas: cuando se adopta una medida cautelar no privativa de libertad y cuando la medida adoptada es la prisión provisional.

En el primer caso, decretado el secreto de las actuaciones, el Ministerio Fiscal puede solicitar del Juez mediante comunicación reservada y motivada que a la hora de dictar auto tome en consideración las diligencias que hayan sido declaradas secretas y que no pueden ser

conocidas por el investigado ni su defensa. El juez solo las tendrá en cuenta cuando la petición esté justificada y las considere relevantes para la adopción de la decisión.

El investigado y su defensa, a efectos de poder impugnar la decisión, tendrán acceso al auto íntegro cuando se alce el secreto de las actuaciones.

En el caso de que la medida solicitada sea la prisión provisional, el Ministerio Fiscal deberá aportar junto con la solicitud los elementos de las actuaciones esenciales para resolver sobre la privación de libertad, aunque se encuentren bajo la declaración de secreto. En este caso, el investigado podrá acceder a estos elementos desde el momento en que haya sido convocado a la comparecencia.

De forma excepcional, el Ministerio Fiscal podrá solicitar al Juez que acuerde la prisión provisional teniendo en cuenta diligencias que habiendo sido declaradas secretas, no puedan ser conocidas por el investigado ni su defensa. Si el Juez admite la petición y decide acordar la prisión provisional, señalará en el auto los extremos que se omiten para preservar el secreto y comunicará al fiscal el plazo máximo de 20 días para que realice las actuaciones necesarias que impiden la comunicación de las diligencias secretas a la defensa. Tras este plazo, el Juez adoptará una de las siguientes decisiones:

- Notificar a la defensa el auto de prisión íntegro para su posible impugnación
- Mantener el secreto de las diligencias por petición del fiscal, pero adoptando la libertad provisional del investigado. En este supuesto, el auto íntegro se dará a conocer a la defensa cuando se alce el secreto.

5.2.2.3. Control, revisión y extinción de las medidas cautelares

En los artículos 268 a 272 se regula lo relativo al control, revisión, extinción y abono de las medidas cautelares.

En primer lugar, las condiciones de control se fijarán en el auto que acuerde la adopción de la medida. No obstante, las partes podrán solicitar en cualquier momento del procedimiento la modificación o el levantamiento de la medida impuesta.

Si la solicitud consiste en imponer una medida más grave, el Juez deberá citar a las partes a la comparecencia del artículo 261, sin que en este caso la ausencia del investigado o de la víctima sean impedimento para su celebración si fueron debidamente citadas.

Si, por el contrario, la modificación solicitada, ya sea por las partes o de oficio por el Juez, consiste en la revocación o sustitución por otra medida menos grave, para tomar la decisión no será necesaria dicha comparecencia.

En segundo lugar, si se produce el incumplimiento de las medidas cautelares adoptadas, el artículo 269 regula las siguientes consecuencias:

- Acordar medidas más gravosas teniendo en cuenta la entidad del incumplimiento y las circunstancias del caso concreto. Solamente el incumplimiento no implica que se adopten medidas más gravosas, habrá que atenderse siempre a las circunstancias que lo rodean.
- Si el incumplimiento es de una medida de protección de la víctima, la autoridad judicial a petición de parte convocará a las partes para la comparecencia del art. 261 para adoptar una medida cautelar con mayor limitación de la libertad atendiendo en todo caso a la gravedad del incumplimiento y demás circunstancias que rodeen al caso concreto.

Por lo que se refiere a la revisión de la prisión provisional y de la orden de protección, la norma establece que la autoridad judicial cada 3 meses desde la adopción de la medida o desde la última revisión de la misma, revisará la medida acordando, previa comparecencia del art. 261 el mantenimiento, modificación o revocación de la medida.

Además, llegada la fase de enjuiciamiento, el juez competente en todo caso revisará las medidas de prisión provisional y orden de protección y decidirá, previa comparecencia del art. 261 sobre su modificación, sustitución, revocación o mantenimiento.

En cuanto a la extinción de las medidas cautelares, la norma recoge las siguientes causas:

- a) Desaparición de los presupuestos que justificaron su adopción
- b) Transcurso de los plazos máximos de duración
- c) Transcurso de los plazos establecidos sin que se haya acordado su prórroga
- d) Archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria
- e) Si la sentencia es condenatoria, previa audiencia de las partes el juez decidirá sobre su mantenimiento, modificación o supresión

Por último, para el abono de las medidas, la norma diferencia entre dos situaciones distintas:

- Abono de medidas cautelares de misma naturaleza a la pena o medida de seguridad impuesta en sentencia condenatoria. Estos son los supuestos de la detención, prisión provisional, internamiento o prisión atenuada. En estos casos, se abona conforme a lo dispuesto en el Código Penal remitiéndose la norma al artículo 58 del CP, regulación ya vista para el abono de la libertad provisional en la legislación vigente (*ver: 4.5. El abono de la pena durante la libertad provisional*).
- Abono de medidas cautelares de distinta naturaleza a la pena o medida de seguridad impuesta en sentencia condenatoria. En estos casos, la norma establece que será el juez quien estime la parte de la pena que debe verse compensada. Como se vio anteriormente, la regla que se viene aplicando para la libertad provisional, si bien no es una regla consolidada y habrá que atender a cada caso, es la establecida en la STS 1045/2013, de 7 de enero de 2014, que establecía el abono de un día de prisión por cada diez comparecencias ante el juez.

5.2.2.4. *Recursos*

Los artículos 273 y 274 regulan el régimen de recursos frente a las resoluciones sobre medidas cautelares. En todo caso será posible la interposición de recurso de reforma frente a estas resoluciones, sin que ello implique un efecto suspensivo de lo dispuesto en la resolución.

Existe un régimen más específico para los casos en que la medida cautelar fuese privativa de libertad, supuestos en los que será preceptiva la celebración de una audiencia con la persona sobre la que recae la imposición de la medida cuando:

- a) La resolución recurrida sea la que adopte la medida o la de revisión que deniegue su alzamiento
- b) La resolución recurrida sea la que agrave la duración o el régimen de prisión
- c) La resolución recurrida sea la que modifique los fines o motivos que justificaban la prisión³²
- d) La valoración de la personalidad del recurrente sea relevante para decidir sobre la impugnación de la medida.

³² STEDH de 10 de Octubre de 2000 (Asunto Grauzinis c. Lituania)

Con esta regulación, el texto asume la doctrina del TEDH que se cita en la STC 29/2019³³, de 28 de febrero, en la cual se enuncian estas circunstancias determinadas en las que es necesaria la intervención personal del individuo privado de libertad.

En los casos de los apartados a) y b), el recurso tendrá carácter preferente y se resolverá en el plazo máximo de diez días.

5.2.3. La detención en el Anteproyecto de 2020

La regulación de la detención simplifica el complejo sistema contemplado en la normativa actual que distingue la detención por cualquier persona y la detención practicada por autoridad o agente de la misma.³⁴

Como ya se ha anticipado anteriormente, el Anteproyecto de LECr de 2020 incorpora una gran novedad en cuanto a esta medida cautelar personal, añadiendo a la figura tradicional de la detención preventiva una nueva figura: la detención para la ejecución de actos y resoluciones.

Esta nueva forma de la detención tiene por objeto facilitar que se lleven a cabo las actuaciones procesales en las que es preceptiva la presencia del investigado y siempre que la presencia de este no pueda asegurarse de una forma distinta y menos gravosa.

Esta detención para la ejecución de actos y resoluciones tiene además de tal finalidad, minimizar la injerencia que se produce en el derecho fundamental a la libertad del investigado ya que su duración máxima va a ser de 24 horas. El antecedente en la regulación actual puede encontrarse en el art. 487 LECr, según el cual, la orden de comparecencia puede convertirse en orden de detención si la persona a quien se imputa un hecho punible no comparece a la citación ni alega justa causa que lo impida.

Además de esta nueva figura, la nueva regulación propone el incremento de poder conferido al Ministerio Fiscal en relación con la detención preventiva dándole potestad para tomar la

³³ PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

³⁴ PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020)”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

decisión sobre la puesta en libertad del detenido, el traslado de los cargos o bien la puesta a disposición judicial. Con ello además se unifican los plazos de la detención, a diferencia de lo que pretendía el Anteproyecto de 2011 que diferenciaba entre el momento en que el detenido estaba bajo custodia de la policía y el momento en que se ponía a disposición del fiscal. Con esta regulación, el fiscal desde el inicio será quien de las instrucciones pertinentes a la Policía judicial.

Por lo que se refiere a detención preventiva, los supuestos de hecho en los que se va a recurrir a ella son los casos en que exista riesgo de fuga, peligro de ocultación o de reiteración delictiva, o riesgo de pérdida, destrucción o alteración de pruebas. Junto a estos, se admite el uso de la detención ante la comisión de un delito flagrante, único caso en los que los particulares están habilitados para practicar esta detención.

En cuanto a la duración, se mantiene la idea de que será la estrictamente necesaria para alcanzar los fines que con ella se persiguen y con un límite máximo de 72 horas para la puesta a disposición judicial, como norma general, salvo los supuestos en que estén involucradas organizaciones criminales o delitos de terrorismo, en cuyo caso, se mantiene la posibilidad de prorrogar la detención por 48 horas.

Por último, cabe hacer referencia a la inclusión, desde un punto de vista sistemático, de las requisitorias dentro de la regulación de la detención con motivo de, según el propio Anteproyecto *evidente relación directa*³⁵ con la detención ya que ambas formas pueden canalizarse a través de esta figura de la requisitoria.

5.2.4. La prisión provisional en el Anteproyecto de 2020

Además de la detención y la libertad provisional, figura que se verá en el siguiente apartado, es de gran importancia la medida cautelar de la prisión provisional. Como principal cambio o novedad incluida con el Anteproyecto objeto de estudio, es de destacar que con la nueva redacción de la norma esta figura pasa a tener un papel secundario, siendo adoptada únicamente cuando no exista otra posibilidad para alcanzar los fines que se pretenden.

³⁵ Apartado XXX de la Exposición de Motivos del Anteproyecto “MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES: EL DOBLE RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DETENCIÓN”.

En la legislación vigente, la regulación de las medidas cautelares personales parte de los preceptos aplicables a la prisión provisional entendiéndose esta como el núcleo esencial de la regulación. Sin embargo, la sistemática elegida en este nuevo Anteproyecto traslada este núcleo esencial a la libertad provisional, como se verá posteriormente.

Pese a ello, la prisión provisional juega un papel importante como forma de garantizar el correcto desarrollo del procedimiento y, por ello, la norma le dedica un capítulo completo desde los artículos 246 a 257 donde se regulan los presupuestos, duración y régimen aplicable a esta medida cautelar.

En relación con el tema que ocupa este trabajo, este apartado se centra en ver el ámbito de aplicación de la prisión provisional, regulado en los artículos 246 y 247 del texto, donde se expresan los presupuestos y fines que deben concurrir para la adopción de esta medida en lugar de la libertad provisional.

Así, en el art. 246 encontramos una delimitación positiva y otra negativa en cuanto a los presupuestos de la prisión provisional:

- Positiva: se aplica cuando existan indicios racionales de que el encausado ha cometido uno o varios hechos que presenten caracteres de delito castigados con una pena con dos o más años de prisión.
- Negativa: no se adopta la prisión provisional cuando de las investigaciones se deduzca que el hecho no es constitutivo de delito o si concurre alguna causa de justificación.

En cuanto a los fines, el art. 247 establece que la prisión provisional solo va a poder adoptarse cuando su objetivo sea alguno de los siguientes:

- a) Evitar la fuga del encausado
- b) Prevenir la ocultación, destrucción o alteración de pruebas
- c) Impedir que el encausado pueda actuar con bienes jurídicos de la víctima
- d) Evitar la reiteración delictiva relacionada con el hecho que motiva la prisión

Todos estos fines permiten la adopción de la prisión provisional, pero con un importante matiz que incluye expresamente el artículo 247.2: *cuando los fines legítimos indicados [...] no puedan garantizarse con otras medidas cautelares menos gravosas*. De esta manera, la propia norma marca el

carácter secundario, exclusivo o de último recurso de la figura de la prisión provisional frente al resto de medidas cautelares personales y en concreto frente a la libertad provisional.

5.3. Libertad provisional en el Anteproyecto de 2020

5.3.1. Introducción

“*La persona investigada, presumida inocente, permanece en libertad*”. Esta es la frase con la que comienza la regulación de la Libertad Provisional en el Anteproyecto de LECr que estamos viendo y ello resalta la importancia de esta medida como principal frente al carácter excepcional que va a tener la prisión provisional, dejando atrás de esta manera la regulación vigente. Este carácter excepcional de la prisión viene literalmente plasmado en el art. 216.3 al decir que solo cuando las restricciones de la libertad provisional sean insuficientes, se podrá acordar la prisión preventiva como medida excepcional.

Este carácter de preferencia por la libertad provisional frente a la prisión provisional viene marcado también en la sistemática de la regulación. Como ya se dijo anteriormente, el núcleo esencial de la regulación de las medidas cautelares personales se encuentra dentro de este capítulo que regula la libertad provisional, superando así lo plasmado en la legislación actual, donde este núcleo normativo residía en la parte dedicada a la prisión provisional.³⁶

La forma en que se configuran las medidas cautelares personales tiene antecedentes en ordenamientos de otros Estados. Ejemplo de ello es el Código italiano, donde al igual que en este nuevo texto, se articulan las medidas menos gravosas y se añade finalmente la medida cautelar que supone una intromisión mayor en la libertad de la persona encausada, la prisión provisional, y que solamente será adoptada cuando las anteriores no sean suficientes para garantizar los fines que se persiguen, cumpliendo de esta forma con la doctrina del TC y del TEDH³⁷.

Como se irá viendo a continuación, esta nueva ley permite que la libertad del encausado pueda quedar condicionada al cumplimiento de diferentes obligaciones, a la no comisión de las prohibiciones que puedan adoptarse o a la prestación de una caución. Todo esto influido

³⁶ Apartado XXII de la Exposición de Motivos del Anteproyecto “*LA LIBERTAD PROVISIONAL*”.

³⁷ STEDH de 28 de Noviembre de 2018 (Asunto Selahattin Demirtas c. Turquía)

por la adaptación de la norma a las nuevas tecnologías, como se verá con la aplicación de los medios telemáticos de localización, por ejemplo.

La forma de ver la regulación de la libertad provisional será el análisis del Capítulo II (*Libertad Provisional*) del Título II (*Las Medidas Cautelares Personales*) del Libro II (*De las Medidas Cautelares*), que comprende los artículos 216 a 245 del Anteproyecto de LECr de 2020. Gran parte de la regulación, como ya la propia norma indica, tiene como punto de partida³⁸ la legislación vigente, por lo que se verán aspectos comunes con lo analizado anteriormente.

5.3.2. Disposiciones generales

5.3.2.1. Principios generales (art. 216)

Para poder adoptar la medida limitativa de la Libertad Provisional es necesario que se den dos principios o presupuestos:

- A) *Fumus boni iuris*. Este principio se traduce en el *fumus boni delicti*. Significa que, para poder adoptarse la medida, deben existir indicios de participación del investigado en la comisión de un delito, es la apariencia de comisión de un delito por parte de la persona para la que se solicita la adopción de la medida.
- B) *Periculum in mora*. Por su parte, este se traduce en este ámbito en el *periculum in libertatis*, esto es, el riesgo de que el investigado se encuentre en libertad. Tiene que existir una situación de riesgo que haga necesario proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, evitar la reiteración delictiva o simplemente asegurar la presencia del investigado en el proceso si existe riesgo de fuga. Añade la norma que podrá adoptarse cuando se persigan cualesquiera otros fines legítimos, en la forma y condiciones establecidos en la misma.

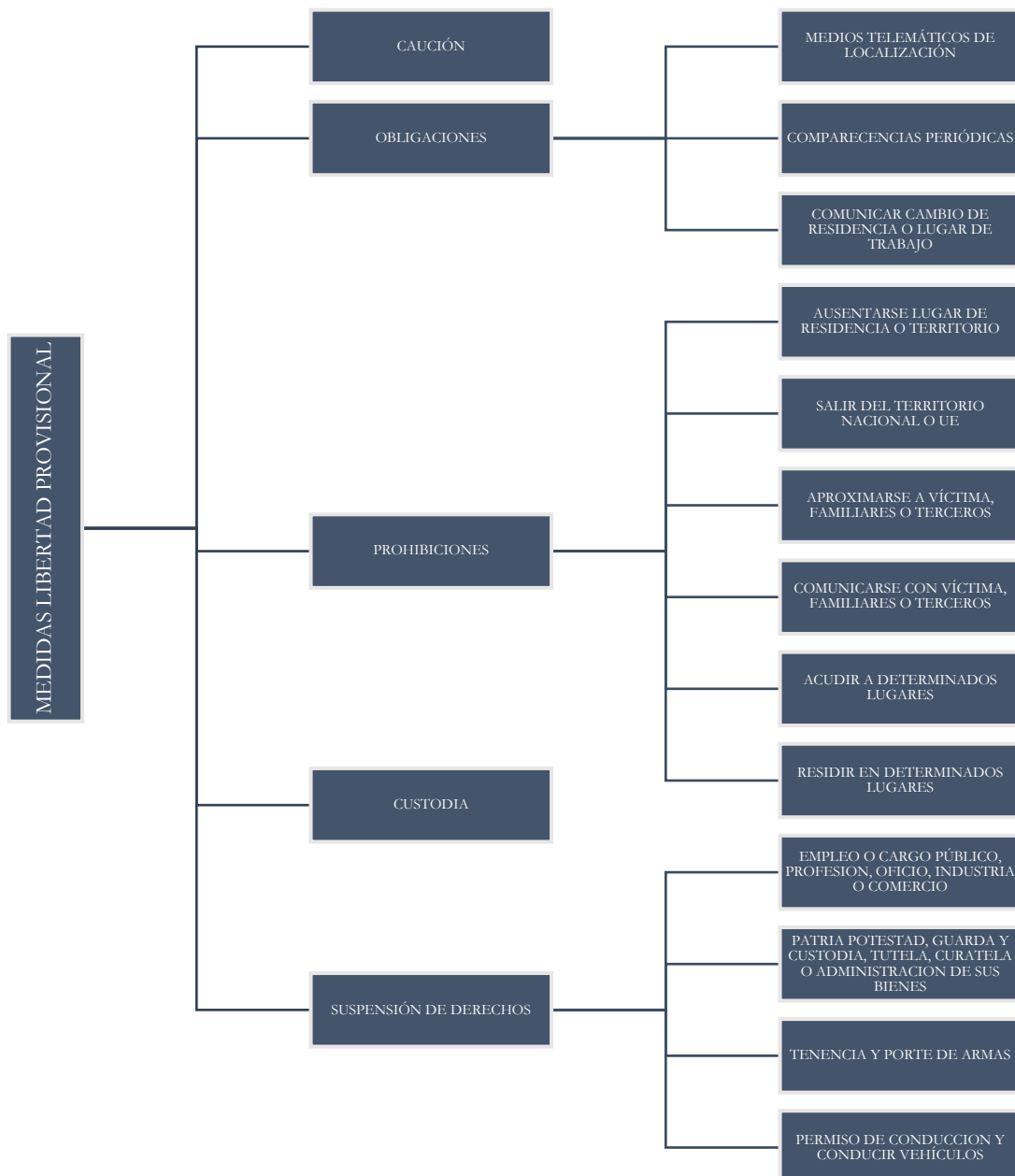
Siempre que se den estos dos presupuestos se va a poder imponer la medida y las obligaciones o prohibiciones que se estimen oportunas con un único límite que añade el art. 216.2: *el órgano judicial deberá descartar la posibilidad de utilizar otras medidas menos gravosas que puedan resultar igualmente útiles*. Además, exige que se tengan en cuenta otros factores como la gravedad del delito, circunstancias personales del sujeto o la proximidad en el tiempo del acto del juicio oral.

³⁸ Apartado IV de la Exposición de Motivos del Anteproyecto “*LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 1882 COMO PUNTO DE PARTIDA*”.

5.3.2.2. Posibles medidas a adoptar (art. 217)

El artículo 217 contiene una lista numerus clausus de las posibles restricciones que pueden ser impuestas por el órgano judicial a la hora de adoptar la libertad provisional. Todas ellas se van a ir estudiando haciendo en primer lugar una clasificación atendiendo a su naturaleza (obligacional, prohibitiva, etc.) y posteriormente se hará especial hincapié en la caución, las comparecencias ante el juez y la novedad incluida con la utilización de los medios telemáticos de localización.

Esquema de las posibles medidas a adoptar por el juez o tribunal competente (Gráfico 1: *Elaboración propia*):



5.3.2.2.1. *Obligaciones*

Las posibles obligaciones que el juez puede imponer al investigado durante la medida de la libertad provisional son las siguientes:

- Estar siempre localizable, continua o discontinuamente, mediante dispositivos telemáticos que permitan el seguimiento permanente (art. 221)
- Presentarse periódicamente en el lugar que el juez o tribunal establezca (art. 222)
- Comunicar cualquier cambio en el lugar de residencia o de lugar o puesto de trabajo (art. 222)

5.3.2.2.2. *Prohibiciones*

La mayor parte de restricciones que encontramos en el artículo 217 son prohibiciones, que son:

- No ausentarse del lugar donde resida o de un determinado territorio sin autorización del juez o tribunal (art. 223)
- No salir del territorio nacional o del territorio de la UE (art. 224)
- No aproximarse a la víctima o familiares de la misma u otras personas que el juez determine (art. 225)
- No comunicarse con la víctima, familiares u otras personas determinadas por el juez (art. 225). Esta prohibición puede consistir en no comunicarse o bien únicamente hacerlo mediante los medios o condiciones que establezca el juez.
- No acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 226)
- No residir en determinados lugares (art. 227)

5.3.2.2.3. *Custodia*

Una de las medidas novedosas en esta materia es el sometimiento a custodia.³⁹

³⁹ PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

El posible régimen de custodia aplicable a la hora de adoptar la libertad provisional viene reflejado en la letra k) del artículo 217 y su posterior desarrollo se encuentra recogido en el artículo 228.

Este último artículo dispone que el juez o tribunal podrá establecer que la persona en libertad provisional quede bajo el cuidado o vigilancia de otra persona o una institución designada por el juez y que acepte tal función. Ello con motivo de cumplir alguno de estos tres objetivos:

- a) Asegurar la presencia del encausado, es decir, evitar la fuga dificultando así la continuación del proceso.
- b) Proteger a terceras personas.
- c) Evitar la comisión de un nuevo y concreto delito relacionado con el que ya es objeto del proceso.

Así, para la consecución de estos objetivos, el juez podrá designar a una persona o institución que vigile al investigado. Tal función de custodia comporta para la persona o institución que acepte la vigilancia, las siguientes obligaciones:

- Procurar que la persona encausada cumpla con las obligaciones y prohibiciones impuestas por la autoridad judicial
- Adoptar las medidas que estime pertinentes para dirigir el comportamiento del encausado para cumplir los fines por los que se adoptó la custodia. Aquí tiene el custodio el único límite de que tales medidas no pueden ser de carácter coactivo.
- Informar de forma periódica al Ministerio Fiscal sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones impuestas al encausado. La periodicidad será establecida por el propio Ministerio Fiscal, sin que la misma pueda ser superior a un mes.
- Comunicar de inmediato al Ministerio Fiscal cuando el encausado se sustraiga del control o vigilancia del responsable de la custodia.

5.3.2.2.4. *Suspensión de derechos*

Toda suspensión de derechos impuesta al encausado deberá ser informada por parte del Letrado de la Administración de Justicia tanto a las personas o instituciones competentes

para hacer efectivo su cumplimiento, como al propio encausado, advirtiéndolo a este último de las consecuencias del quebrantamiento de las mismas.

Las posibles suspensiones de derechos vienen recogidas en las letras l), m), n), y ñ) del artículo 217, respectivamente desarrolladas por los artículos 229 a 232 del Anteproyecto de LECr de 2020, y son las siguientes:

- A) Suspensión de empleo o cargo público o profesión, oficio, industria o comercio (art. 229).

Para la adopción de esta medida es necesaria la concurrencia de dos requisitos: (i) que la medida resulte necesaria para prevenir el riesgo de comisión de otros delitos relacionados con el delito objeto del procedimiento y (ii) que este lleve aparejada una pena de inhabilitación o suspensión de igual naturaleza.

Cuando el delito lleve aparejada la inhabilitación o suspensión para el ejercicio de un cargo público, el juez debe concretar su alcance atendiendo en todo caso a las obligaciones inherentes al cargo público de que se trate.

- B) Suspensión de las facultades inherentes a la patria potestad, guarda y custodia, tutela, curatela o de la administración de sus bienes (art. 230).

Esta suspensión de derechos exige que el delito objeto del procedimiento lleve aparejada la pena de privación o suspensión de estas facultades y su adopción tiene como objetivo principal la protección de los bienes jurídicos de la víctima, así como la comisión de otros hechos delictivos relacionados con el que es objeto de la acusación o investigación.

En todo caso, se adoptará la medida previa audiencia del otro progenitor o persona que ejerza la institución que corresponda y, en la medida de lo posible, al menor o discapacitado atendiendo a su edad, madurez y demás circunstancias personales.

Además de la suspensión del ejercicio de estas facultades, el juez puede adoptar otras medidas tales como:

- Suspensión o modificación del régimen de visitas o comunicaciones con el no conviviente u otros familiares
- Establecimiento de un régimen de supervisión en el ejercicio de estas facultades

En el caso de que haya menores o personas con discapacidad a cargo de la persona encausada, el juez podrá adoptar estas medidas para garantizar su protección. En tal caso, si el menor o persona con discapacidad quedase como consecuencia de la adopción de la medida en situación de desamparo, se dará traslado de tal circunstancia al organismo competente de la Administración pública para que adopte las medidas que fuesen necesarias.

C) Suspensión del derecho a la tenencia y porte de armas (art. 231).

Esta medida se adoptará con el objetivo de prevenir el riesgo de que la persona investigada pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima o prevenir la comisión de otros hechos delictivos relacionados con el que es objeto del proceso.

Esta suspensión de derechos puede contener las siguientes medidas:

- Suspensión del derecho a tener o portar armas
- Intervención del arma
- Intervención de la licencia
- Intervención de la guía de pertenencia

D) Intervención del permiso de conducir y la prohibición de conducir vehículos de motor y ciclomotores (art. 232).

Esta restricción será adoptada en caso de que el delito objeto del procedimiento esté relacionado con la conducción de vehículos y consistirá en las siguientes medidas:

- Intervención del permiso de conducción
- Abstención de conducir vehículos a motor o ciclomotores

Adoptadas las medidas, se comunicarán las mismas a los organismos administrativos correspondientes, a efectos de que, aunque la ley no lo establezca expresamente, no se expida un nuevo permiso de conducción o se notifique el quebrantamiento de la medida por parte del sometido a la misma.

5.3.2.2.5. *Especialidades para la persona encausada con discapacidad (art. 74)*

Es de especial importancia la referencia que hace el artículo 74 de la ley en cuanto a las reglas aplicables a la libertad provisional en casos de que el encausado sea una persona con discapacidad. En concreto, ofrece la siguientes puntualizaciones o especialidades que pueden ser aplicadas:

- El contenido de las obligaciones y prohibiciones y la forma de ejecutarse deben adecuarse al grado de discapacidad
- Se ha de tener en cuenta el tratamiento que la persona con discapacidad pueda necesitar. En este caso, una de las obligaciones puede ser el sometimiento a tratamiento o controles médicos
- Si la medida adoptada es la custodia, la persona o institución sobre la que recaiga dicha función deberá comunicar toda incidencia que se produzca a quien ejerza la asistencia de la persona con discapacidad encausada

5.3.3. Caución

El nuevo Anteproyecto de LECr de 2020 en el artículo 217.1.a) incluye como posible medida a adoptar por el órgano judicial la prestación de garantía o caución. Al usar esta terminología supera la utilizada en la norma vigente que utiliza impropia, como ya resaltaban algunos autores como VICTOR MORENO CATENA, el término de fianza.

Para regular la caución la norma dedica los artículos 218 a 220, donde se desarrollan, como se verá en lo sucesivo, los presupuestos necesarios para su adopción, la función que viene a cumplir la caución cuando se adopta, las formas que puede adquirir, las consecuencias en caso de incumplimiento, así como su cancelación.

5.3.3.1. Función

El órgano judicial podrá imponer la obligación de prestar caución como condición a la libertad provisional (art. 218). El art. 218.3 regula específicamente la libertad provisional condicionada a la prestación de caución.⁴⁰ De este precepto se desprenden pues, las dos posibles formas de libertad provisional en función de la imposición de caución o no: libertad

⁴⁰ PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

provisional bajo caución o libertad provisional sin caución, modalidades que ya se encontraban en la LECr actual con la libertad provisional bajo fianza o la libertad provisional sin fianza.

De ser adoptada la medida, la caución va a cumplir la función de garantizar que el obligado a prestarla comparecerá ante el órgano judicial cuando sea requerido por el Ministerio Fiscal o por el juez o tribunal competente en cualquier fase del procedimiento.

5.3.3.2. *Adopción y formas (libertad con fianza o prisión eludible con fianza)*

Para determinar la imposición de caución al encausado, así como para determinar su modo y cantidad, el órgano judicial deberá atender a los siguientes criterios:

- Gravedad del delito, grado de ejecución y de participación del encausado
- Capacidad económica del encausado
- Observar que no hay otras medidas menos gravosas para cumplir con el fin que se persigue

Si tras analizar los criterios el órgano judicial impone la constitución de caución, podrá hacerlo indistintamente (art. 218.4) bajo la forma de libertad provisional con caución o bien, optar por la prisión provisional eludible mediante caución:

- a) Libertad provisional bajo caución: el encausado queda en libertad concediéndole el juez un plazo para la prestación de la caución
- b) Prisión provisional eludible mediante caución: el encausado ingresa en prisión de forma inmediata y cesará la privación de libertad desde el momento en que preste la caución.

En el caso de la prisión eludible con caución es necesario que se den los presupuestos necesarios para adoptar la medida de la prisión provisional, pues la misma, aunque posteriormente sea eludible con esa garantía, implica una restricción más grave de la libertad que solo debe ser adoptada cuando no existan otras medidas cautelares personales menos gravosas y que afecten en menor grado a la libertad del sujeto.

Por lo que se refiere a la forma en sí misma de la caución, se estará a lo previsto en la LEC y podrá ser prestada bien por el propio encausado o bien constituirse por un tercero.

5.3.3.3. *Incumplimiento, realización y adjudicación al Estado*

En la ley encontramos dos tipos de incumplimiento por parte de la persona encausada, con sus correspondientes consecuencias.

El primer posible incumplimiento es la no constitución de la caución en los términos y plazo fijado por el órgano judicial. Si adoptada la obligación de constituir caución el encausado no cumpliera con la prestación de la misma en la forma y tiempo establecidos por el juez o tribunal, el mismo, a instancia de parte, podrá adoptar la medida cautelar que estime oportuna, incluyendo entre ellas si fuese necesario y se diesen los requisitos, las que acarrearán una privación de libertad.

El otro posible incumplimiento consiste en que, una vez constituida la caución, el encausado dejase de comparecer sin justificación ante el juez tras la cita del fiscal o del propio juez o tribunal competente. En este caso, se procederá previa audiencia de las partes a la realización de la caución y, tal y como establece el art. 219.3, el importe obtenido se adjudicará al Estado.

Además de la realización de la caución, en estos casos es posible que el juez adopte la medida de la detención del encausado y también puede, a instancia del fiscal o de las partes, sustituir la prestación de caución por la medida cautelar personal necesaria para asegurar la presencia de la persona encausada en el proceso.

5.3.3.4. Cancelación de la caución

El artículo 220 ofrece una lista cerrada en la que establece los supuestos en los que se cancelará la caución:

- a) Cuando se ordene la prisión provisional
- b) Cuando se archiven las actuaciones
- c) Cuando se dicte auto de sobreseimiento
- d) Cuando se dicte sentencia absolutoria
- e) Cuando se dicte sentencia condenatoria y la persona se presente voluntariamente para cumplir la pena. Si existiesen responsabilidades pecuniarias que no estuviesen cubiertas, el importe de la caución se aplicará a satisfacer las mismas.
- f) Cuando fallezca el encausado durante la tramitación del procedimiento. En este caso, la caución quedará a disposición del tercero que la hubiese constituido o de los causahabientes.

5.3.4. Medios telemáticos de localización

Esta es una de las grandes novedades incluidas en la nueva regulación que ofrece el Anteproyecto de LECr de 2020, adaptándose con esta medida a las nuevas tecnologías, aplicables de forma directa al aseguramiento y garantía del buen funcionamiento del procedimiento.

Se regula en el art. 221 de la norma donde se establecen los presupuestos para su adopción, la necesidad del consentimiento del encausado y todo lo relativo al tratamiento de los datos derivados de la aplicación de estos medios telemáticos.

5.3.4.1. Adopción, instalación y funcionamiento

Para poder adoptar el juez esta medida de control a través de los medios telemáticos de localización es necesario que su implantación esté justificada para asegurar la presencia de la persona encausada o bien como forma de control para la protección de la víctima o terceras personas. En todo caso su instalación y uso debe estar justificado.

5.3.4.2. Consentimiento

El apartado segundo del art. 221 establece la necesidad del consentimiento de la persona encausada para la implantación de esta medida: *esta medida solo podrá imponerse si la persona encausada presta su consentimiento.*

Además de ello, antes de que este preste su consentimiento o no, deberá ser informado de que, en caso de aceptar su implantación, deberá soportar tres obligaciones:

- Permitir la instalación de los dispositivos. En el momento de la instalación, será informado del funcionamiento, condiciones y mantenimiento de los mismos para poder cumplir con la siguiente obligación.
- Mantener los dispositivos en funcionamiento.
- Llevar los dispositivos consigo en los casos y condiciones que se establezcan.

Si el encausado muestra su negativa a la instalación y uso de estos dispositivos, las partes podrán solicitar la imposición de otras medidas cautelares personales que sean más gravosas para el cumplimiento de los fines que se persiguen con esta medida.

5.3.4.3. Datos y su tratamiento

Los datos que se pueden recabar mediante el uso de estos dispositivos deberán limitarse únicamente a los establecidos en el art. 221.4:

- a) Identidad de la persona
- b) Juez o tribunal que haya impuesto la medida
- c) Domicilio designado por el encausado a efectos de su localización
- d) Periodo de vigencia de la medida
- e) Lugares en los que puede permanecer y a los que tiene prohibido acudir o distancia de alejamiento de estos
- f) Datos identificativos de los dispositivos
- g) Posiciones, coordenadas y datos de geolocalización facilitados por el sistema de localización
- h) Incidencias acaecidas en el control o seguimiento

Todos estos datos deberán ser recogidos y registrados en el soporte idóneo para su almacenamiento y serán conservados por el encargado de dicho sistema estando en todo momento a disposición del fiscal y del juez o tribunal competente. Asimismo, la defensa del encausado podrá solicitar del fiscal que se le facilite tal información.

En cuanto al tratamiento de los datos, los derechos de acceso, rectificación, supresión y portabilidad de los datos personales, el propio artículo en su apartado séptimo se remite a “su legislación reguladora” que será la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Por último, la cancelación de los datos a la que se refiere el apartado sexto del mismo artículo se acordará por parte de la autoridad judicial en dos supuestos: cuando ya no resulte necesaria la información recabada por los dispositivos o cuando se resuelva de forma definitiva el proceso. En cualquier caso, para la cancelación será necesaria la petición del afectado y la audiencia de las demás partes.

5.3.5. Comparecencias periódicas. Comunicación cambio de residencia y lugar de trabajo

La medida de las comparecencias periódicas del investigado está recogida en el art. 217.1.c) y su regulación en el Anteproyecto es concisa, dedicándose a ella solamente dos apartados de un precepto, concretamente los arts. 222.1 y 222.3.

En ellos se recoge la posible obligación que podrá imponer el juez al encausado de comparecer de forma periódica ante el Ministerio Fiscal o ante la Policía Judicial para asegurar su presencia en el proceso.

El juez o tribunal competente deberá fijar el lugar, días y horas en que el encausado deberá comparecer teniendo en cuenta siempre el lugar de residencia del mismo, su actividad y horario laboral, así como las circunstancias familiares y personales a efectos de que la medida sea lo menos gravosa para el investigado y permita cumplir las exigencias cautelares perseguidas con su adopción (art. 222.3)

Vamos a aludir en este apartado también, a causa de la sistemática elegida para la confección de esta nueva norma, a la medida consistente en la obligación de comunicar a la autoridad judicial el cambio de residencia y/o de lugar de trabajo, recogida en el art. 222.2.

La intención de reunir estas dos medidas u obligaciones que pueden imponerse al investigado puede entenderse desde el punto de vista del objetivo común que tienen las dos medidas, que no es otro que mantener el conocimiento de la localización y presencia de la persona encausada durante la tramitación del proceso.

Pues bien, esta obligación consiste en la comunicación del posible cambio de residencia o el cambio de lugar de trabajo durante el proceso, el cual debe ser notificado de forma inmediata y mediante el medio que el juez señale a tal efecto. Junto con esta medida, se obligará también al investigado a facilitar su dirección de correo electrónico, número de teléfono o cualquier otro medio que permita la comunicación con él.

5.3.6. Resto de prohibiciones del art. 217

En los apartados anteriores se han visto todas las medidas que pueden adoptarse en régimen de libertad provisional a excepción de las prohibiciones que puede imponer el juez al encausado. Todas ellas están contenidas desde la letra e) hasta la letra j) del art. 217 y desarrolladas en los arts. 223 a 227.

Las prohibiciones que pueden acompañar a la situación de libertad provisional son las siguientes:

- Prohibición de ausentarse del lugar de residencia o de un determinado territorio (art. 223). Con el objeto de asegurar la presencia del encausado en el proceso el juez podrá imponer esta prohibición determinando con precisión en su resolución los lugares a los que se extiende tal limitación de movimientos. Adoptada la medida, a petición del afectado, el juez o tribunal podrá otorgar permisos ocasionales o periódicos tras la valoración de las circunstancias, audiencia de las partes y los motivos que puedan justificar el permiso.
- Prohibición de salida del territorio español y de la UE (art. 224). Tiene la misma finalidad que la prohibición anterior, asegurar la presencia del encausado en el proceso. En la resolución en la que se adopte, se deberán incluir las medidas de control que se estimen oportunas, como es la posible retención del pasaporte o cualquier otro documento de identificación que sea válido para salir del país. Esta es la figura de la retención del pasaporte que analizábamos para la regulación vigente. Todas estas medidas deberán ser comunicadas a la Administración que controla el paso de fronteras para impedir cualquier intento de huida. Excepcionalmente, y a causa de graves motivos familiares o laborales que lo justifiquen, el juez podrá autorizar la salida temporal del encausado, a cambio de la constitución de caución que establezca el órgano judicial.
- Prohibición de aproximación o comunicación a la víctima, familiares o terceros (art. 225). El objetivo de esta prohibición es la protección de los derechos de la víctima, familiares o terceros que puedan verse afectados por la conducta del encausado. Solo se podrá adoptar esta medida cuando existan indicios racionales de que la persona investigada pueda atentar contra los derechos de estas personas. Esta prohibición puede consistir en alguna de las siguientes medidas:
 - o Prohibición de acercarse a las personas que determine la resolución, o a su lugar de trabajo u otros lugares que frecuenten. En este caso, el juez deberá determinar también la distancia de la prohibición.
 - o Prohibición de comunicarse por cualquier medio con las personas que determine la resolución. En este caso, previa audiencia de la persona que se

pretende proteger, se podrán determinar los medios o situaciones en que se pueda permitir la comunicación.

Con el objeto de asegurar estas medidas, será posible la aplicación conjuntamente del art. 221, es decir, la instalación de los medios telemáticos de localización bien al encausado o bien a la persona que se pretende proteger siempre previo consentimiento de la persona a la que se aplique.

- Prohibición de acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos (art. 226). Con el objetivo de evitar encuentros y proteger los derechos de la víctima, familiares o terceras personas, el juez o tribunal competente podrá prohibir al encausado transitar o entrar en determinados lugares, especificando en la resolución los ámbitos espaciales y temporales a los que se extiende la prohibición, las distancias y horarios de vigencia de la medida.
- Prohibición de residir en determinados lugares (art. 227). El juez puede establecer esta prohibición para evitar encuentros con la víctima u otras personas, así como para protegerlos frente a la vulneración de sus derechos como la vida, integridad física y moral, seguridad, intimidad, bienes, etc. Para su adopción el juez deberá tener en cuenta las circunstancias personales, laborales y familiares del encausado.

5.3.7. Disposiciones comunes

5.3.7.1. Resolución judicial

Todas las medidas que pueden ser acordadas en relación con la libertad provisional deben ser adoptadas a través de resolución judicial. Esta resolución judicial debe contener los plazos de duración de la medida adoptada, así como los plazos periódicos en que esta debe ser objeto de revisión.

Estos plazos periódicos de revisión pueden ser alterados si, tras la producción de algún cambio importante o relevante en las circunstancias que rodean al caso concreto, la persona afectada solicita la modificación o alzamiento de la medida.

En concreto, para las medidas contenidas en las letras g), h), i) y j) (todas ellas consistentes en prohibiciones) esta resolución judicial debe determinar también las posibles medidas de

control que puedan ser adoptadas para el efectivo cumplimiento de las mismas, que deberán ser ejecutadas por la policía judicial. Asimismo, en estos casos, se puede exigir a la persona investigada que facilite su número de teléfono, correo electrónico, o cualquier otro medio a través del cual se pueda establecer comunicación en cualquier momento, además de poderle obligar a comunicar los lugares y horarios en que puede ser encontrada.

En el momento que se adopte la medida y se emita esta resolución judicial, la persona que quede sometida a ella deberá recibir la información de que el incumplimiento de lo establecido en la resolución puede acarrear consigo la imposición de medidas más gravosas, llegando incluso a la imposición de la medida que más afecta a su libertad: la prisión provisional, o el enjuiciamiento por su quebrantamiento.

5.3.7.2. Control de Ministerio Fiscal

El artículo 235 se refiere a la obligación de la policía de informar al Ministerio Fiscal de cualquier incidencia que se produzca cuando las medidas adoptadas sean las de las letras b) a j), es decir, cuando la medida consista en una obligación o una prohibición.

Además, este artículo permite a la policía que, de ser urgente y necesario, a consecuencia de la incidencia producida pueda proceder a la adopción de las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los que puedan verse afectados por la misma, llegando incluso a la posible detención del encausado.

5.3.7.3. Resolución europea sobre medidas alternativas a la prisión provisional

El artículo 236 regula el supuesto de una persona que se encuentra en España en régimen de libertad provisional pero cuya residencia legal y habitual está en otro Estado miembro de la UE.

En estos supuestos, conforme a la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la UE, concretamente los artículos 109 a 111, el juez podrá transmitir la resolución a la autoridad competente del Estado miembro donde se encuentre la residencia del sometido a la medida cautelar para que se lleve a cabo su ejecución en los términos previstos en la citada ley.

En estos casos, añade el 236.2 de la norma que la condición de extranjero de la persona encausada no puede ser motivo suficiente para imponer la prohibición de salir del territorio

nacional o acordar la prisión provisional, siempre que con otras medidas alternativas puedan garantizarse los fines perseguidos.

6. COMPARATIVA LECR VIGENTE Y ANTEPROYECTO DE LECR DE 2020

Vistas las dos regulaciones que la LECr vigente y el Anteproyecto de 2020 dedican a las medidas cautelares personales, se van a destacar las diferencias que guardan ambas regulaciones en relación con las medidas cautelares en general, las medidas cautelares personales y más en concreto nos centramos en lo que ha sido objeto de estudio a lo largo de todo el trabajo que es la libertad provisional. (Ver Tabla 1: Diferencias entre las normas y Tabla 2: Diferencias en la Libertad Provisional).

| DIFERENCIAS ENTRE LAS NORMAS | LECR VIGENTE | ANTEPROYECTO LECR 2020 |
|-------------------------------|--|--|
| MEDIDAS CAUTELARES | Regulado dentro del Libro II "Del Sumario" y dedica varios Títulos diferentes separando la Libertad Provisional del resto de Medidas Cautelares Personales | Dedica el Libro II completo "De Las Medidas Cautelares" dividiéndose en Títulos y Capítulos dedicados específicamente a cada medida cautelar |
| | Medidas cautelares reales divididas en los Títulos IX y X del Libro II | Medidas cautelares reales recogidas en el mismo Libro II bajo un único Título III |
| MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES | Se regulan bajo el mismo Título la Citación, Detención y Prisión Provisional. En otro Título distinto la Libertad Provisional. | Se excluye de esta parte de la regulación la Citación y se comprenden todas las medidas cautelares personales bajo el mismo Título II del Libro II |
| | Regulación ambigua de las características y presupuestos necesarios para su adopción, desarrollados posteriormente por la doctrina | Regulación y explicación exhaustiva de los presupuestos <i>sumus boni iuris y periculum in mora</i> así como de las notas definitorias de las medidas cautelares |
| DETENCIÓN | Detención preventiva | Nuevo tipo de detención junto a la Detención Preventiva: Detención para la ejecución de actos y resoluciones. |
| | Regla general de duración de 72 horas | Regla general de 72 horas para Detención Preventiva pero nuevo límite de 24 horas para la Detención para ejecución de actos y resoluciones |
| PRISIÓN PROVISIONAL | Medida cautelar personal principal | Medida cautelar excepcional |
| | Punto de partida de las medidas cautelares personales | Solo adoptada cuando el resto no son suficientes para garantizar los fines que se persiguen |

TABLA 1: Diferencias entre las normas (Elaboración propia)

| DIFERENCIAS EN LA LIBERTAD PROVISIONAL | LECR VIGENTE | ANTEPROYECTO LECR 2020 |
|--|---|---|
| SISTEMÁTICA | Sistemática poco clara y desordenada fruto de la sucesión de reformas | Reordenación de la materia de forma más clara y comprensible (ej.: sección 2ª del capítulo II regula todo lo relativo a la caución de forma conjunta) |
| MEDIDAS QUE SE PUEDEN ADOPTAR | Medidas posibles a adoptar reguladas en preceptos de forma conjunta (ej.: retención del pasaporte y comparecencias en el art. 530) y en ocasiones una sola medida regulada de forma desordenada (ej.: privación permiso de conducción y prohibición de conducir vehículos a motor en los arts. 529 bis y 764.4) | Recogidas todas ellas en el art. 217 y desarrolladas posteriormente individualmente en los sucesivos artículos |
| FIANZA | Uso del término de "Fianza", considerado inapropiado por algunos autores | Suprime el término de "Fianza" y lo sustituye por el término más correcto de "Caución" |
| NUEVAS TECNOLOGÍAS | Regulación no adaptada a las nuevas tecnologías | Regulación de los nuevos medios telemáticos de localización |
| COMPARECENCIAS | Periódicamente y cuando sea llamado por el juez Ante el Juez o Tribunal competente | Periódicamente pero el art. 222 no incluye la posibilidad de que sea llamado por el juez en cualquier momento del procedimiento sustituyéndolo por la obligación de que esté localizable en todo momento Ante la Policía o el Fiscal |
| CUSTODIA | No regulada como posible medida a adoptar | Se puede designar a una persona o institución que cumpla con la función de hacer cumplir las obligaciones o prohibiciones impuestas |
| SUSPENSIÓN DE OFICIO O CARGO PÚBLICO | Solamente recogido en el 384 bis para el sometido a prisión provisional | Incluido como posible suspensión de derechos para el sometido a libertad provisional |
| RETENCIÓN PASAPORTE | Regulado como un instrumento para garantizar la comparecencia | Inclusión de la expresión "y cualquier documento válido para salir del territorio" y regulación más exhaustiva de la medida |
| SUPUESTOS DE URGENCIA (medida adoptada por el juez sin audiencia previa) | Regulado solo para la prisión provisional | Regulado en las disposiciones comunes, aplicables a todas las medidas cautelares personales |
| PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN Y PRÓRROGA | Previsto para la prisión provisional y extendido a la libertad provisional | Procedimiento recogido en las disposiciones comunes aplicables a todas las medidas cautelares personales |

TABLA 2: Diferencias en la Libertad Provisional (Elaboración propia)

7. CONCLUSIONES

1. Regulación actual de la Libertad Provisional parca y desordenada. La regulación actual de la Libertad Provisional es una regulación poco clara, escasa y muy desordenada fruto de las continuas reformas. Prueba de ello es que su regulación se encuentra repartida por la Ley dentro de su propio Título VII “De la Libertad Provisional del Procesado” pero también encontramos disposiciones aplicables a esta medida en los preceptos dedicados a la prisión provisional o en los artículos dedicados a los procedimientos especiales y al procedimiento abreviado.
2. Regulación más ordenada y clara. El Anteproyecto de 2020 ofrece una regulación mucho más ordenada de las medidas cautelares, dedicando exclusivamente a ellas el Libro II “De las Medidas Cautelares”, dividido en los Títulos, Capítulos y Secciones necesarios para delimitar bien cada una de las posibles medidas que se pueden adoptar durante el curso del procedimiento penal. Con ello permite una mejor comprensión de la materia, dejando atrás el desorden y poca claridad existente en la Ley vigente, fruto de las sucesivas reformas desde su promulgación en 1882.
3. La Libertad Provisional como núcleo y la Prisión Provisional como medida excepcional. Dentro de las medidas cautelares personales, el Anteproyecto de 2020 fija como punto de partida de las mismas a la Libertad Provisional. Se elimina de ese lugar a la Prisión Provisional que no puede entenderse como el núcleo esencial de las medidas cautelares personales sino como una medida totalmente de carácter excepcional por ser la más gravosa de todas al privar totalmente de libertad al sujeto sobre el que recae la medida.
4. La novedad incluida para la Detención. En lo que se refiere a la detención es importante a mi parecer la nueva forma incluida de la “Detención para la ejecución de actos y resoluciones”, pues se incluye con ello una medida restrictiva de la libertad con un fin muy concreto para el correcto desarrollo del procedimiento y que, aún privando de libertad al sujeto, lo hace por un tiempo menor al de la regla general contenida en la Ley vigente de 72 horas, excesivo para el fin de esta nueva institución.

5. Exhaustividad a la hora de regular las posibles medidas a adoptar junto con la Libertad Provisional. La relación de medidas posibles a adoptar cuando se acuerda la libertad provisional para el encausado se encuentra regulada de forma clarividente, con una sección o un precepto (en función de la medida) dedicado exclusivamente a la explicación de la medida. Se superan de esta manera desarrollos escasos como el que se refiere a la retirada del pasaporte, actualmente expresado únicamente como una forma de garantizar la comparecencia.

Asimismo, se incluyen nuevas regulaciones de medidas posibles para adoptar como la custodia, la suspensión de ejercicio de un cargo público o la utilización de medios telemáticos de localización.

6. Procedimiento común para la adopción de medidas cautelares personales. De igual manera, el procedimiento exigido para la adopción de todas las posibles medidas cautelares personales está recogido en la nueva norma de forma clara dentro de su propio Capítulo, dejando atrás así la poca claridad del procedimiento a seguir para la adopción de la libertad provisional.
7. Adaptación y utilización de las nuevas tecnologías en el proceso penal. El Anteproyecto de 2020 incluye como medidas que acompañan a la Libertad Provisional la utilización de medios telemáticos de localización, adaptándose de esta manera la norma a las nuevas tecnologías, cada vez más presentes en todos los ámbitos y sirviendo de gran utilidad para el cumplimiento de las obligaciones o prohibiciones que se impongan al encausado.
8. Acierto en la regulación de las medidas cautelares. En lo que respecta a la regulación de las medidas cautelares personales en general y de la libertad provisional en particular, considero que el nuevo Anteproyecto de LECr de 2020 es una norma desarrollada con gran acierto, claridad y orden que de convertirse en la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal supondría un gran salto para este ámbito, fundamental para el buen curso del procedimiento.

8. BIBLIOGRAFÍA, LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

ASENCIO MELLADO, José María, y FUENTES SORIANO, Olga. *Derecho procesal penal* (2ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

BARONA VILAR, Silvia. *Prisión Provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Bosch, 1988.

BARONA VILAR, Silvia, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, MARTÍNEZ GARCÍA, Elena y PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. *Proceso penal: Derecho procesal III*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor. *Derecho procesal penal* (9ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel. *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2015

DOTÚ IGURI, María del Mar. *Los Derechos Fundamentales: derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*. Barcelona: Bosch, 2013

GIMENO SENDRA, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal* (5ª Edición). Madrid: AGESA, 1959.

ORTELLS RAMOS, Manuel, MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis y MONTON REDONDO, Alberto. *Derecho Jurisdiccional III: Proceso Penal* (6ª Edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús, VARONA JIMÉNEZ, Alberto, NEIRA PENA, Ana M., ROCA MARTÍNEZ, José María, PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón, RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás y FERREIRO BAAMONDE, Xulio Xosé. *Derecho Procesal Penal* (1ª edición). Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

PINTO PALACIOS, F., “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, núm. 9843, de 5 de mayo de 2021.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Criminal. Duodécima lectura constitucional*. Barcelona: Atelier, 2016.

LEGISLACIÓN:

Constitución Española de 1978

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la UE.

Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional

OTROS TEXTOS:

Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Versión para información pública.

JURISPRUDENCIA:

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH):

STEDH de 10 de Octubre de 2000 (Asunto Grauzinis c. Lituania).
ECLI:CE:ECHR:2000:1010JUD003797597.

STEDH de 28 de Noviembre de 2018 (Asunto Selahattin Demirtas c. Turquía).

ECLI:CE:ECHR:2018:1120JUD001430517.

Tribunal Constitucional (TC):

STC 108/1984, de 26 de noviembre. ECLI:ES:TC:1984:108

STC 85/1989, de 10 de mayo. ECLI:ES:TC:1989:85

STC 56/1997 de 17 de marzo. ECLI:ES:TC:1997:56

STC 169/2001 de 16 de julio. ECLI:ES:TC:2001:169

STC 98/2002, de 29 de abril. ECLI:ES:TC:2002:98

STC 82/2003, de 5 de mayo. ECLI:ES:TC:2003:82

STC 29/2019, de 28 de febrero. ECLI:ES:TC:2019:29

Tribunal Supremo (TS):

STS 888/2014, de 23 de diciembre. ECLI:ES:TS:2014:5577

STS 1045/2013, de 7 de enero. ECLI:ES:TS:2014:595

PÁGINAS WEB CONSULTADAS:

Noticias Jurídicas. (2020, 30 noviembre). Novedades del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. Consultado el 20 de junio de 2021, de <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/15795-novedades-del-anteproyecto-de-ley-de-enjuiciamiento-criminal/>

Noticias jurídicas. (2014, 29 septiembre). El abono de las comparecencias "apud acta" en la liquidación de condena de prisión. Consultado el 14 de junio de 2021, de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4931-el-abono-de-las-comparecencias-quot;apud-actaquot;-en-la-liquidacion-de-condena-de-prision/>