

Reformas penales en la península ibérica:

A «jangada de pedra»?

Coordinadores

María Acale Sánchez
Anabela Miranda Rodrigues
Adán Nieto Martín

Prólogo

Juan Carlos Campo Moreno
Ministro de Justicia



Derecho Penal
y Procesal Penal

REFORMAS PENALES EN LA PENÍNSULA IBÉRICA: A «JANGADA DE PEDRA»?

MARÍA ACALE SÁNCHEZ
ANABELA MIRANDA RODRIGUES
ADÁN NIETO MARTÍN

COORDINADORES

Jornadas de las Secciones española y portuguesa de la AIDP

Cádiz, 16 y 17 de julio de 2020



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2021

Primera edición: julio de 2021

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado para esta edición
© De los trabajos, sus autores

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO: 090-21-095-3 (edición en papel)
090-21-096-9 (edición en línea, PDF)
090-21-097-4 (edición en línea, ePub)

ISBN: 978-84-340-2742-8

Depósito legal: M-18996-2021

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

REFORMA PROCESAL PENAL: ALGUNAS CUESTIONES URGENTES ¹

CORAL ARANGÜENA FANEGO

Catedrática de Derecho Procesal. Universidad de Valladolid

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Corría julio de 2020 cuando haciendo frente a los mil y un problemas que la pandemia provocaba, se organizaron en la Universidad de Cádiz unas Jornadas presenciales sobre «La Política Criminal ante una nueva Legislatura» auspiciadas por las Secciones Española y Portuguesa de la Asociación Internacional de Derecho Penal en las que tuve el honor y el placer de intervenir.

Desde aquí, nuevamente, mi felicitación por la organización de las Jornadas al responsable para España de la AIDP, Dr. Adán Nieto Martín y a la Dra. María Acale Sánchez a quién además, como cara visible de la Universidad de Cádiz, manifiesto mi agradecimiento por la cálida acogida que nos dispensaron al grupo de investigadores que allí nos reunimos para debatir en torno a temas de actualidad penal de carácter sustantivo y procesal.

En esas Jornadas, tras la magistral exposición del Dr. Gómez Colomer sobre las grandes cuestiones dogmáticas acerca del deseable modelo procesal

¹ Trabajo realizado en el marco de los Proyectos de investigación «Claves de la Justicia civil y penal en la sociedad del miedo» –PROMETEO/2018/111 B Generalitat Valenciana–; «Derechos y garantías de las personas vulnerables en el Estado del Bienestar» –UMA18-JA175–. Se corresponde en lo esencial con la ponencia impartida el 17 de julio de 2020 en la Universidad de Cádiz en el marco de las Jornadas de la Asociación Internacional de Derecho Penal «La política criminal ante una nueva legislatura». Se ha procurado respetar el tono de la presentación oral, lo que se traduce también en la reducción al mínimo de las referencias bibliográficas.

penal y su reforma para poder pasar a un verdadero modelo de justicia adaptado a los tiempos vigentes², me centré yo en tres cuestiones que consideraba especialmente relevantes y/o necesitadas de especial atención de cara a una modificación. Modificaciones, algunas de ellas, requeridas directa o indirectamente por la necesaria transposición y/o aplicación de normas de la Unión Europea: tránsito a un modelo de Fiscal investigador, mejora del sistema de conformidades y profunda modificación en la regulación de las medidas cautelares, de imprescindible sistematización.

Cuando recupero para este trabajo la exposición que entonces realicé se han producido algunas novedades de importancia: la aprobación en sesión del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2020 del Anteproyecto de LECrim y del Anteproyecto de Ley Orgánica para la implementación de la Fiscalía Europea. Es imposible hacer un estudio riguroso y mínimamente sosegado de ambos Anteproyectos dada la fecha de su aprobación, cuando ya se tienen redactadas estas páginas. Pero sí efectuaré, siquiera sea de manera sucinta o a pie de página, alguna referencia a la regulación de varias cuestiones relacionadas con los aspectos que a continuación voy a abordar.

II. TRÁNSITO A UN MODELO DE FISCAL INVESTIGADOR

Comencemos por lo más obvio: tránsito a un modelo de fiscal investigador conforme al modelo ya acogido en los Anteproyectos de 2011³ y 2013, siguiendo el camino marcado por el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia de 28 de mayo de 2001, suscrito por el Partido Popular y por el Partido Socialista Obrero Español⁴.

No me voy a detener sobre la problemática general que este cambio entraña y en las cuestiones de política criminal y dogmática procesal penal, abordadas por el Dr. Gómez Colomer en esta misma obra colectiva, a cuya detenida lectura remito⁵.

Simplemente voy a añadir algunos aspectos concretos que, en mi opinión, abonan la necesidad de que este cambio se acometa de una vez por todas.

² Véase sobre estos aspectos GÓMEZ COLOMER, J. L. «Bases de lo que debería ser una totalmente nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en España», en esta misma obra colectiva.

³ Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal aprobado en Consejo de ministros de 22 de julio de 2011 (conocido como Anteproyecto Caamaño) y Propuesta de Código Procesal Penal de 2013.

⁴ Cuyo apartado 17, dedicado a la necesidad de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya planteaba la posibilidad de atribuir la función de investigación en el proceso penal al fiscal y la aparición de un nuevo papel diferenciado del juez como juez de garantías.

⁵ *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J. L. «Política criminal y dogmática procesal...», *op. cit.*

El cambio de modelo a una investigación dirigida por el Fiscal, con un Juez de Garantías al lado que adopte las medidas restrictivas de derechos es el aceptado por los Anteproyectos de LECrim de 2011, 2013 y, como es sabido, por el que se acaba de aprobar en Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 tras su elaboración por la Comisión de expertos designada por el Ministerio de Justicia.

No es cuestión de traer aquí las ventajas o inconvenientes del nuevo modelo, cuestiones que por conocidas nos excusan de todo comentario⁶.

Pero si parece conveniente recordar alguna razón adicional cuya importancia a veces se desdeña.

Me refiero, en primer lugar, a la más que probable mejora que el cambio supondría en el funcionamiento de la cooperación judicial penal en el ámbito UE. A este respecto, el Informe de la sexta ronda de evaluaciones mutuas del grupo GENVAL del Consejo de la Unión Europea sobre España publicado el 9 de octubre de 2014, analiza de forma completa y realista la situación existente, destacando la falta de un marco legal homologable con la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Este informe afirma que «el sistema procesal español es extremadamente complejo y fragmentario», y que «la cooperación en materia penal se caracteriza por la multiplicidad de actores y la falta de coordinación general, y por la carencia de un instrumento general para seguir el curso de las solicitudes de asistencia judicial». Por ello recomienda «reflexionar sobre la función, atribuciones y obligaciones respectivas de todos los actores de la asistencia judicial en España»⁷.

Y, en segundo lugar, y tanto o más importante, a la relevancia que va a tener en nuestro proceso penal la entrada en funcionamiento en diciembre de 2020 de la Fiscalía Europea, por aplicación del Reglamento 2017/1939, de 12 de octubre de 2017, del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía de la Unión Europea.

Se trata de una circunstancia que hace altamente aconsejable el cambio general hacia un modelo de fiscal investigador, pues resulta difícilmente de-

⁶ Véase, entre otros, el estudio de FUENTES SORIANO, O., *El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma*. Documento de trabajo 16/2003, Fundación Alternativas, 2003, pp. 21-38 y los de Díez-PICAZO, L. M., «Siete tesis sobre la idea de Fiscal investigador» y MORENO CATENA, V., «El Ministerio Fiscal, director de la investigación de los delitos», ambos en *Teoría y Derecho Revista de Pensamiento Jurídico* 1/2007 *¿Ministerio Fiscal o Juez instructor? La investigación penal a debate*, 2007, pp. 28-39 y 74-97, respectivamente. *Vid.*, asimismo MORAL GARCÍA, A. DEL: «La Reforma del Proceso Penal: retos y objetivos» en *Boletín del Ministerio de Justicia*, número 2186, febrero 2016 (Monográfico 8: Las reformas del proceso penal); pp. 205-236.

⁷ Consejo de la Unión Europea (Grupo Genval), *Informe de evaluación sobre la Sexta ronda de evaluaciones mutuas. Informe sobre España* (Doc.1104/2/14), pp. 11, 31, 47 y 75.

fendible la coexistencia de dos modelos diversos en nuestro sistema de enjuiciamiento criminal. Ciertamente es que en realidad ya contamos con esta dualidad (no olvidemos el proceso penal de menores), pero cosa distinta es que a partir de diciembre de 2020 para el proceso penal de adultos estemos sometidos a una investigación totalmente diversa en función del tipo de delito que hayamos cometido (PIF o no).

Ante la imposibilidad de contar con un nuevo texto procesal penal, la solución pasaba por realizar un nuevo «parche» dentro de la LECrim. para hacer las modificaciones imprescindibles para el funcionamiento de la Fiscalía europea, o bien por adoptar una norma *ad hoc* para su regulación. Modificaciones a las que, naturalmente, en todo caso habrían de sumarse las de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Y es que, pese a tratarse de un Reglamento, norma que tiene eficacia directa en los ordenamientos nacionales, algunos de sus preceptos requieren de los ajustes correspondientes a nivel interno.

Nuestro prelegislador ha optado por una solución en cierto modo combinada.

Ha prescindido de «parchear» la vigente LECrim elaborando en cambio un Anteproyecto específico para el encaje de la Fiscalía Europea en nuestro sistema nacional que nace con una vocación de interinidad en tanto será aplicable mientras no llega la esperada nueva LECrim.

En efecto, el pasado 24 de noviembre, junto al Anteproyecto de LECrim también se aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea. En él se aborda de manera completa todas las exigencias que entraña la incorporación de esta nueva institución a nuestro sistema procesal penal, regulándose las funciones y principios de actuación de la Fiscalía Europea, incluyendo reglas de competencia objetiva y territorial con delimitación de las atribuciones que se conferirán en estos procedimientos al Juez de garantías y, asimismo, las normas de desarrollo del procedimiento con el nuevo sistema de investigación bajo la dirección del Fiscal europeo delegado⁸. Todo ello acompañado, además, de las modificaciones oportunas de la LOPJ y del EOMF.

⁸ Recuérdese que el modelo que implanta el Reglamento, atribuye la dirección de la investigación penal a la Fiscalía Europea, siendo también la autoridad que decidirá sobre su terminación, postulando o no a continuación el ejercicio de la acción penal

Se trata de una regulación que, como decimos, tiene un carácter transitorio⁹, a la espera de la aprobación y futura entrada en vigor de la nueva LECrim en la que la investigación del Fiscal se reconocerá ya como modelo general y hará innecesaria la referida regulación específica del Anteproyecto que comentamos, bastando, en cambio, con la inclusión dentro del Libro dedicado a los procedimientos especiales, de uno específico para la actuación de la Fiscalía Europea¹⁰.

En definitiva, y como puede leerse en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Fiscalía Europea, la nueva norma «constituye además de un ejercicio de adaptación normativa, un vehículo hacia el nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Vehículo que, sin embargo, debe ser entendido como paso intermedio y no definitivo en la transición entre modelos. Así, la norma parte de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal, que resultará de aplicación supletoria, para, apoyándose en esta regulación, incorporar a nuestro ordenamiento las lógicas del que habrá de ser el futuro proceso penal. Pero esta incorporación no se produce de forma total ni definitiva, sino únicamente en el ámbito propio de la institución que es llamada a regular, con ciertas limitaciones propias del carácter especial de la presente ley y solamente en tanto no se disponga de una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal capaz de culminar el proceso de transformación. Puede decirse entonces, que «esta norma nace con vocación de transitoriedad, a modo de puente entre dos paradigmas que habrán de confluir durante el periodo de tiempo necesario para que la transformación se produzca en la totalidad del sistema»¹¹.

III. MEJORA DEL PROTOCOLO DE CONFORMIDADES

Sigamos a continuación, entre la selección de materias susceptibles de reforma y mejora, por un indispensable retoque en el procedimiento de obtención de la conformidad, claramente inspirado por los aires utilitaristas/economicistas tendentes a potenciar las negociaciones intraprocesales para obtener

⁹ Carácter transitorio afirmado expresamente en la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto en cuyo apartado I *in fine* se indica que se trata de una norma «que, de forma transitoria y hasta se produzca a nivel nacional el necesario cambio de paradigma, inserte en la legislación aún vigente las figuras previstas en el Reglamento, evitando antinomias y anudando nuestro sistema procesal a la nueva institución europea».

¹⁰ Véase el Título IV (Procedimiento especial para la actuación de la Fiscalía Europea) dentro del Libro VIII (Procedimientos especiales) del Anteproyecto de LECrim.

¹¹ Exposición de Motivos, apartado II.

conformidades que eviten la celebración del juicio oral pero en el que la víctima tiene un discreto, por no decir nulo, papel.

No cabe duda alguna de que las soluciones consensuadas han venido para quedarse.

La potenciación por la reforma procesal penal de 2002¹² de las soluciones incorporadas en 1988¹³, arrojan unos reveladores datos de la consulta a las distintas Memorias anuales de la Fiscalía General del Estado.

Así, y por centrarnos en las más recientes, en 2018, del total de sentencias condenatorias dictadas en los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, el 62% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 47% respecto del total de las sentencias. Más concretamente, en diligencias urgentes (juicios rápidos) el 67% de las calificaciones se llegó a conformidad en el juzgado de instrucción.

Esa tónica se mantiene a la vista de la consulta de los datos que arroja la Memoria del año 2019. De nuevo, el mayor número de sentencias condenatorias se produjo por la conformidad del acusado y su letrado con la calificación del Fiscal. Así, del total de sentencias condenatorias que constan dictadas por los Juzgados de lo Penal (113.234), 71.909 sentencias lo fueron por conformidad del acusado con la petición del Ministerio Fiscal (el 63%). En las Audiencias Provinciales se dictaron un total de 7.814, de las cuales 4.282 (el 55%) lo fueron por conformidad del acusado y su defensa con la posición del Fiscal. Esto supone que, del total de sentencias condenatorias dictadas en los Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales, el 63% de las mismas se dictan por conformidad del acusado con la posición del Fiscal, lo que representa aproximadamente el 48% respecto del total de las sentencias.

Es más; las bondades de la «conformidad premiada» y los elevados índices de este tipo de sentencias en los juicios rápidos pueden estar en la base de que, entre otras propuestas de reforma legislativa, la Fiscalía General del Estado en la Memoria correspondiente al año 2018 apuntara modificar el ámbito de aplicación de los juicios rápidos extendiéndolo a delitos de mayor gravedad¹⁴.

¹² Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

¹³ Se introduce el procedimiento abreviado por medio de Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴ En ella podía leerse que «Se pone de manifiesto cómo las últimas reformas del Código Penal, en algunos casos, han determinado que muchos de los delitos que era posible tramitar a través de este procedimiento hayan quedado ahora excluidos del mismo, al preverse ciertos tipos agravados cuya pena excede de esos cinco años de privación de libertad. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del delito de robo en casa habitada, para el que el actual art. 241.4 CP establece penas que podrían llegar a alcanzar los seis años de

Petición de reforma ésta que, sin embargo, no se ha reiterado en la Memoria correspondiente al año 2019.

Teniendo en cuenta que el panorama real es éste, aunque a los procesalistas no nos termine de convencer atendida la lesión que entraña al principio de legalidad, al acusatorio, al derecho de defensa y al principio *nemo tenetur* con el consiguiente desequilibrio de las partes¹⁵, habrá que legislar desde la realidad, pero procurando al menos mejorar las condiciones para la obtención de esta conformidad y diseñar un procedimiento para su logro que realmente consiga una auténtica economía procesal (mediante su anticipación en todo caso a una fecha previa a la del inicio de las sesiones del juicio oral) y conciliándolo con las legítimas expectativas y mínima consideración debida a la víctima, que todavía aún hoy asiste estupefacta a conformidades realizadas a la puerta de la sala de vistas e incluso «a pie de estrados», cuando ha sido citada para testificar en el juicio oral¹⁶.

Nos centraremos en estas dos cuestiones que acabamos de apuntar, aunque somos conscientes de que otras muchas podrían traerse a colación.

La solución pasa, en primer lugar, por una correcta aplicación del Protocolo de actuación para juicios de conformidad, suscrito el 1 de abril de 2009 por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española y al que siguió, en el mismo año, una Instrucción de la Fiscalía General del Estado (la n.º 2/2009) sobre aplicación de dicho Protocolo, para procurar su articulación en un momento temprano.

La Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente al año 2018 así lo indica: «potenciar la aplicación del Protocolo de Conformidades entre la Fiscalía General del Estado y los Colegios de Abogados y generalizar la previsión legal establecida en el art. 779.5 LECrim. Tal conclusión se fortalece si además se pone atención en el volumen de conformidades que se alcan-

prisión; otro tanto ocurre con el delito de revelación de secretos del art. 197.6 CP, para el que se prevén ahora penas que pueden llegar a los siete años y seis meses de prisión. Los encorsetados límites de aplicación que se prevén para este procedimiento vienen, en consecuencia, a excluir la conformidad privilegiada que para el mismo establece la ley, cuando en realidad se sigue tratando, en muchos casos, de delitos flagrantes o de sencilla tramitación».

¹⁵ Las razones son muchas y de imposible reproducción en estas páginas. Pero resulta sumamente ilustrativo de los problemas que indicamos la lectura de los trabajos de A. DEL MORAL GARCÍA («La conformidad en el Proceso Penal: reflexiones al hilo de su regulación en el ordenamiento español», *Revista Auctoritas Prudentium*, N.º 1, 2008, pp. 9 a 11 especialmente) y de J. L. GÓMEZ COLOMER (*La contratación del derecho procesal penal*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, pp. 255 a 265).

¹⁶ Recuérdese que tal posibilidad cuenta con cobertura legal en los arts. 784.3 y 787.1 de la LECrim que permiten la presentación de escritos conjuntos que acojan la conformidad de acusación y defensa en cualquier momento anterior a la celebración del juicio oral y, asimismo, que al inicio de las sesiones del juicio oral el acusado manifieste su conformidad con el escrito de acusación que entonces se presente y cuyo contenido habrá sido pactado tan sólo unos minutos antes «a pie de estrados».

zan con carácter previo al juicio oral, una vez señalado y cuando ya han transcurrido los tiempos medios referidos, lo que malogra gran parte de los beneficios que, tanto para las partes como para la organización en general, se producen cuando la conformidad se logra en un momento procesal anterior».

Un buen ejemplo e intento de mejorar en la práctica el logro de acuerdos de conformidad es el realizado por los Juzgados de Valencia en 2020 con motivo del COVID-19 adaptando el Protocolo general de conformidades elaborado y firmado entre el Consejo General de la Abogacía Española y la Fiscalía General del Estado en 2009. En él se establecen los mecanismos adecuados para propiciar la obtención de conformidades dentro de los plazos deseables fijados en el Protocolo general y, en todo caso, con tiempo suficiente para evitar citaciones y los traslados para asistencia a juicios¹⁷.

Pero, en segundo lugar, resulta imprescindible en nuestra opinión dar audiencia a la víctima. Nos referimos, obviamente, a la víctima no personada puesto que la personada como acusación popular o como actor civil en la causa deberá ser oída en todo caso¹⁸.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2009 recoge la exigencia de que los Fiscales, de cara a la conformidad, cuiden «la especial protección de los intereses de las víctimas y los perjudicados por el delito, oyéndolos previamente cuando sea necesario para ponderar los efectos y el alcance del acuerdo»¹⁹. El problema se halla en que el cumplimiento de esta previsión recogida en la Conclusión 6.º de la Instrucción se omite en más ocasiones de las que debiera, atendido que la audiencia sólo resulta inexcusable en los casos en que «por la gravedad o trascendencia del hecho o por la intensidad o la cuantía sean especialmente significativos los intereses en juego, así como en todos los supuestos en que víctimas o perjudicados se encuentren en situación de especial vulnerabilidad»; en los restantes el Fiscal «*procurará oír previamente a la víctima o perjudicado... siempre que sea posible y lo juzgue necesario* para ponderar correctamente los efectos y el alcance de tal conformidad», términos que rebajan enormemente la pretendida tutela de los derechos de las víctimas²⁰.

¹⁷ Vid. Adaptación del Protocolo de Actuación para conformidades penales suscrito entre la Fiscalía Provincial de Valencia y el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia como complemento y desarrollo del Protocolo de conformidad de 2009 y a la vista de la Instrucción 2/2009 de la Fiscalía General del Estado sobre aplicación de dicho Protocolo de conformidades.

¹⁸ En el Protocolo anteriormente citado así se indica (apartado III) como también lo hace la Instrucción 2/2009

¹⁹ Vid. Conclusión 6 de la Instrucción 2/2009, de 1 de abril de 2009, sobre aplicación del Protocolo de conformidad suscrito por la Fiscalía General del Estado y el Consejo General de la Abogacía Española

²⁰ La cursiva es nuestra. Vid. apartado III.2 de la Instrucción 2/2009, anteriormente citada.

La terminología empleada, tan poco concluyente, puede estar en la base de que pese a las buenas intenciones que traslucen, en la práctica la audiencia previa a la víctima sea anecdótica, limitándose mayoritariamente a la información *ex post* también prevista en la citada Instrucción cuando indica que «Igualmente deberá asegurarse en lo posible que éstos sean informados de la existencia y los términos de la conformidad una vez pactada, y de sus consecuencias procesales».

A nuestro juicio, esto no es suficiente.

La Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, deberían hacer reflexionar al legislador sobre este punto y avanzar en el sentido que proponemos²¹. En ella se aboga por impedir a la víctima cualquier tipo de victimización secundaria. Y, a este respecto, somos de la opinión de que negociar la conformidad a espaldas de la víctima normalmente entraña una revictimización. Las víctimas no entienden el arrinconamiento al que se les somete en el proceso y, muy especialmente, la que perciben como exclusión del propio sistema resultante de un acuerdo de conformidad entre el Fiscal y la defensa. Máxime cuando esta exclusión en muchas ocasiones se materializa privándole del acceso a la sala de vistas, y se le informa de resultado del acuerdo entre el Ministerio Fiscal y la defensa del victimario agradeciéndole el haber venido al juicio pero indicándole que como consecuencia de haberse alcanzado una conformidad, con la consiguiente rebaja de la pena, puede marcharse a su casa²².

Sorprende, en este sentido, que la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima, que incorpora a nuestra legislación la Directiva 2012/29/UE, pese a la frecuencia con que se realizan los pactos de conformidad, guarde un absoluto silencio sobre este punto. Máxime cuando se trata de una Ley cuyos esfuerzos se han centrado especialmente en atender y potenciar los derechos de las víctimas que no se han constituido en parte en el proceso²³, habiendo llegado a darles entrada en fase de ejecución mediante su preceptiva audiencia

²¹ Concluye GÓMEZ COLOMER tras su exhaustivo estudio sobre el estatuto jurídico de la víctima del delito que, pese a los avances producidos por la Directiva y por la Ley 4/2015, la víctima es un ser todavía desprotegido (Estatuto jurídico de la víctima del delito. *La posición jurídica de la víctima del delito ante la Justicia penal. Un análisis basado en el derecho comparado y en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito en España*, 2.ª ed., Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 413-416).

²² Gráficamente descrito por ALMANSA LÓPEZ, A., «Hacia la justicia restaurativa desde mi trabajo como Abogado» en Soletto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 218-219

²³ Habida cuenta de que la legislación procesal española ya trata debida y generosamente la posición procesal de las que si se han constituido como parte en calidad de acusador particular o de actor civil.

con carácter previo a la adopción por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de alguna de las resoluciones indicadas en el art. 13 LEV²⁴.

Veamos ahora mediante un rápido vistazo al Anteproyecto de 2020 (en adelante, ALECRim), las soluciones que el prelegislador baraja sobre los aspectos que hemos comentado.

Comenzando por el último de los apuntados, lo cierto es que el texto guarda un abrumador silencio sobre la participación de la víctima en el procedimiento para la articulación de la conformidad tanto en la Exposición de Motivos (Apartado XXVI) como en el articulado (*cf.* arts. 164-173), limitándose a prever que el Juez de la Conformidad, al que encomienda velar por la debida reparación de la víctima, rechazará la homologación del acuerdo de conformidad presentado si con él no se encuentra suficientemente salvaguardada la reparación de la víctima (art. 172 ALECRim). Tal solución, aunque poco ambiciosa a nuestro juicio²⁵, al menos avanza un paso más en la tutela de la víctima mediante la introducción indirecta de su papel y de su debida consideración entre las variables de las que finalmente se hace depender el éxito de la conformidad.

Más acertados, en cambio, los pasos que se dan en pro de encauzar la conformidad en unos correctos espacios temporales tendentes a la consecución del deseable objetivo de economía procesal. Lo que se logra mediante el establecimiento de un plazo preclusivo (diez días desde la notificación a la defensa del auto de apertura del juicio oral) transcurrido el cual se impide que un acuerdo posterior pueda desplegar efecto alguno merced a la obligación del tribunal de resolver en atención a la prueba practicada en el juicio oral, sin que la confesión del acusado o la adhesión de la defensa a las pretensiones de la acusación pueda producir los efectos de la conformidad ni aplicar el beneficio a que ésta puede conducir (la imposición, a petición del Fiscal, de la pena inferior en grado a la prevista legalmente)²⁶.

²⁴ Por más que en la práctica la citada intervención sea más restringida que lo que inicialmente pudiera derivar de una lectura apresurada del referido art. 13 LEV. Sobre este punto, permítaseme remitir a ARANGÜENA FANEGO, C., «De nuevo sobre la participación de la víctima en la ejecución penal», en Soleto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 307-342.

²⁵ Aunque acertada desde el punto de vista del reforzamiento del papel del Juez a la hora de la homologación de la conformidad, en la medida que puede acabar con el pasivo al que *de facto* se le ha conducido en la práctica, limitado a un laxo control sobre la regularidad de la conformidad formalizada ante él. *Vid.* en este sentido LÓPEZ YAGÜES, V., «Dinamización de la justicia penal: conformidad, mediación y reparación», en Calaza López, S. y Muínelo Cobos, J. C. (coordinadores), *Justicia, reparación y reinserción*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2020, pp. 152 y 156.-

²⁶ *Cfr.* arts. 171 en relación con 170.5 ALECRim.

Con tales prevenciones se avanza en la solución de poner coto a las denominadas «conformidades encubiertas»²⁷, lo cual es también digno de aplauso. Como también lo es el que se hayan fijado límites al *quantum* de beneficio penológico que tiene como contrapartida la conformidad²⁸, hoy únicamente fijada para la denominada conformidad premial de los juicios rápidos (art. 801 LECrim) y que en el Anteproyecto se cifra en la reducción de la pena en grado a la prevista legalmente, a petición del Fiscal (art. 170.5 ALECRim).

Mayores dudas nos suscita, en cambio, la idea de permitir la extensión del mecanismo a todo tipo de delitos con independencia de su gravedad; esto es, prescindiendo del límite de seis años de petición de pena que hoy marca con carácter general el art. 787 LECrim²⁹.

En efecto, en la Exposición de Motivos del conocido como Anteproyecto Caamaño se podía leer que «la limitación vigente de la conformidad en atención a la gravedad de las penas no ha tenido un reflejo real en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuando el asunto tratado rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión. Este recurso solapado a la conformidad en las hipótesis de penas graves no viene acompañado, por tanto, de cautelas legales que aseguren su correcto ejercicio. Legislando, pues, desde el realismo, el nuevo modelo opta por admitir una salida consensuada en los casos de penas superiores a este tope máximo, sujetando este supuesto cualificado a un control judicial más estricto que obligue a comprobar la efectiva existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales a la mera confesión». Idénticos términos y, en consecuencia, similar solución es la que aparece en el Anteproyecto de LECrim de 2020³⁰.

El cambio, ya barajado por los Anteproyectos de 2011 y 2013 precedentes, no me parece conveniente atendido el hecho de que la conformidad signi-

²⁷ Objeto de atención, por vez primera en la STS 291/2016, de 7 de abril (ECLI: ES: TS:2016:1505) y a la que siguió inmediatamente la 808/2016, de 27 de octubre (ECLI: ES: TS:2016:4663). En la primera de ellas, en su FJ 6 se decía que «La conformidad no puede ser clandestina o fraudulenta, encubierta tras un supuesto juicio, puramente ficticio, vacío de contenido y que solo pretende eludir las limitaciones legales. Ha de ser transparente y legal, porque con independencia del criterio más o menos favorable que se sostenga respecto de los beneficios que puede aportar el principio de consenso aplicado al proceso penal, este objetivo no puede obtenerse a través de procedimientos imaginativos o voluntaristas, sino que exige en todo caso el estricto respeto de los cauces y limitaciones legales».

²⁸ En este sentido LÓPEZ YAGÜES, V. «Dinamización de la justicia penal.», op. cit., p. 15, quién por otra parte considera lógica la actual omisión legal de la LECrim puesto que, estuviera o no en su mente, el legislador silencia la idea de que a la conformidad venga anudada una rebaja de la pena pedida por el Fiscal, por obvio que ello resulte, ante lo ingenuo de pretender que el acusado acepte la condena sin obtener ventaja alguna distinta a la evitación del juicio».

²⁹ Y que también se recoge en el art. 50 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

³⁰ Cfr. Apartado XXVI de su Exposición de Motivos.

fica darle la vuelta³¹ a principios inquebrantables de nuestro derecho penal sustantivo (legalidad) y una suerte de renuncia a los que integran la dogmática procesal penal (principio de necesidad, principio acusatorio, derecho de defensa, principio *nemo tenetur*, derecho al juicio oral, derecho a la prueba, presunción de inocencia y derecho al recurso) lo que hace adecuado reservar las soluciones consensuadas a delitos menores.

Y no me parece que la ampliación del ámbito pueda entenderse compensada con las mayores garantías que para su convalidación se introduce, proporcionales a la mayor gravedad de las penas que pueden ser impuestas por esta reforma, consistentes en que de ser la pena aceptada superior a cinco años el Juez de la Conformidad habrá de verificar también la concurrencia de indicios racionales de criminalidad junto al propio reconocimiento del hecho (art. 172.3 ALECrim).

Comparto la idea expresada por Aguilera Morales³² de que claudicar a la realidad que hoy se cierne sobre las conformidades, procurando a esa realidad cobertura legal, no parece que sea la solución; no, desde luego, desde la perspectiva de los derechos de la víctima ni, tampoco, del encausado. Las aspiraciones han de ser otras: la de encontrar la fórmula en que la regulación de la conformidad vele por los derechos del acusado, procure la reparación de la víctima y responda a los propios fines de la Justicia penal, y en la medida de lo posible sin que nada de esto repercuta en la eficacia aceleradora del proceso característica del expediente.

IV. REFORMA DEL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES

Finalicemos nuestra selección de modificaciones urgentes con la imprescindible reforma del sistema de medidas cautelares.

IV.1 Panorámica de la regulación vigente

La regulación vigente es manifiestamente mejorable por múltiples razones que trataremos de sintetizar a continuación.

³¹ En gráfica expresión de GÓMEZ COLOMER, J. L., *La contracción del derecho procesal...*, *op. cit.* p. 456.

³² AGUILERA MORALES, M., «Conformidad y reparación», en Soletto, H. y Carrascosa, A. (directoras), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 304-305.

a) *Carencia de sistemática*

Seguimos sin disponer, pese a las sucesivas y constantes reformas en la materia, de un auténtico sistema de medidas cautelares penales al modo en que, por ejemplo, aparece hoy recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las medidas de ese carácter (civil), sin que sus presupuestos estén enunciados no ya con carácter general para todas las medidas cautelares penales, sino con la suficiente claridad y mínima precisión que debieran presentar y sin que el cauce procesal para su adopción sea ni siquiera relativamente homogéneo.

La falta de sistemática es manifiesta.

Llama la atención, en primer lugar, la dispersión de las medidas cautelares a lo largo del articulado de la LECrim, con una mixtura en algunos de sus títulos, como el que se dedica a la libertad provisional³³, de la más variada tipología de medidas, sin una mínima separación en diversos capítulos de las que son cautelares personales en sentido estricto de otras en las que tal naturaleza, aunque no ausente, si aparece en un segundo plano (medidas de protección de los arts. 544 bis, 544 ter y 544 quinquies LECrim) o exige un cierto ejercicio de analogía para conferirles tal carácter «personal» (medidas cautelares frente a personas jurídicas del art. 544 ter LECrim³⁴). Además, y refiriéndonos a las últimas mencionadas, adviértase de que las que pueden considerarse como tales –clausura temporal de locales y establecimientos, suspensión de actividades sociales e intervención judicial– ni siquiera están enunciadas dentro del precepto que se les dedica (art. 544 ter LECrim) siendo absolutamente censurable la regulación por remisión que se hace al Código Penal, tan genérica que ni concreta el artículo de la norma sustantiva en que se contienen tales medidas³⁵.

La falta de sistemática se advierte, a continuación, en la carencia manifiesta de los pilares propios de un auténtico sistema, sin que exista una indicación de los presupuestos generales aplicables a todas las medidas cautelares, esto es, del *fumus boni iuris* o apariencia de derecho que, tratándose de medidas frente al investigado, se torna más bien en *fumus commissi delicti*, del *pe-*

³³ Título VII del Libro II LECrim

³⁴ Que lo serían por incidir en la esfera de libertad de actuación del imputado-persona jurídica (restringiéndola o privándola de ella) y dirigida por tanto al aseguramiento de las responsabilidades criminales que pudieran declararse en la sentencia. En un paralelismo con las medidas cautelares personales aplicables a las personas físicas, podría considerarse que las medidas cautelares previstas para las jurídicas son privativas (la suspensión y clausura totales) o restrictivas (la intervención judicial y la suspensión y la clausura parciales) de la libertad societaria.

³⁵ Art. 33.7 CP donde únicamente se dice que «La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

riculum in mora (o, tratándose del investigado, *periculum libertatis*) y la observancia del principio de proporcionalidad. Tales presupuestos, en su caso, se enuncian para algunas medidas (v.gr. prisión provisional y orden de protección, entre las personales) y se omiten en otras (v.gr. libertad provisional, medidas frente a personas jurídicas).

Se echa en falta, asimismo, una mínima mención a sus características (jurisdiccionalidad, temporalidad, provisionalidad, variabilidad). Y, especialmente, unas normas comunes para su adopción, normas procedimentales por lo demás que únicamente aparecen reguladas con cierto detalle para acordar las más graves –vistilla del 505 LECrim para la prisión o libertad provisional con fianza– o más novedosas –orden de protección del 544 ter LECrim; medidas cautelares «personales» frente a personas jurídicas, art. 544 quáter LECrim–).

Más aún, tratándose de las cautelares reales el desconcierto hoy es absoluto con soluciones diversas en función de que se adopten en el procedimiento ordinario –oficialidad en su adopción cuando se dirigen frente al investigado (art. 589 LECrim) a diferencia de las que lo hacen frente al tercero civilmente responsable, condicionadas a petición de parte (art. 615 LECrim)– o en el abreviado –en el que con independencia del sujeto frente al que se dirijan puede entenderse preceptiva³⁶ la petición de parte atendida la aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a las que remite el 764 LECrim–.

b) *Exiguo catálogo de medidas cautelares*

Una de las principales censuras que ha de hacerse al sistema de medidas cautelares existente es el insuficiente catálogo con que se cuenta. Insuficiencia que afecta por igual a las de carácter personal y a las de carácter patrimonial o real.

Comenzando por las primeras, las personales, el vigente texto de enjuiciamiento criminal evidencia en esta materia su absoluta obsolescencia al estar anclado en un sistema claramente superado que sitúa la prisión provisional en

³⁶ Algo que tampoco es unánimemente admitido. Así la Circular 1/2003, de 7 de abril de la Fiscalía General del estado indica sobre este punto que: «Hay que dejar claro, en primer lugar, que la citada remisión no puede interpretarse en el sentido de que la adopción de cualquier medida cautelar tendente al aseguramiento de las responsabilidades civiles exija previa petición de parte (art. 721 LEC). Tal postura -aparte de contraria al tradicional entendimiento de los presupuestos y finalidad de estas medidas en el procedimiento penal- se opondría al tenor literal del apartado 3 del mismo artículo, que establece imperativamente la obligación de afianzar (o en su defecto proceder al embargo de bienes) de la compañía aseguradora cuando las responsabilidades civiles estén cubiertas por un seguro obligatorio.

Concretamente, por lo que respecta a los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, la remisión a la LEC habrá de ser interpretada como una remisión sólo a los presupuestos del art. 726 LEC.»

elemento central y preponderante con relación al cual se regulan otras medidas en simple condición de «alternativas» (*vid.* gráficamente el art. 529 LECrim), sin que la proclamada excepcionalidad de aquélla y la actualización o incorporación de algunas otras, fruto de las últimas reformas, haya podido eliminar esta deficiente sistemática.

A ello se suma la insuficiente variedad de medidas legalmente disponibles, cuya ampliación deviene indispensable para poder afirmar el carácter de *última ratio* de la prisión. Y es que como única medida «alternativa» con carácter general a la prisión aparece la libertad provisional, regulada de manera imperfecta y oscura (a consecuencia de sucesivas reformas que se han ido superponiendo por «aluvión») en los arts. 528 y siguientes. No es necesario recordar que tales disposiciones no determinan con suficiente claridad los casos en que ha de recurrirse a esta medida, y lejos de dotarle de la entidad debida y de un claro carácter preferente a la prisión, en cuanto menos gravosa, la regulan con un carácter subsidiario y supeditado («cuando no se hubiere acordado la prisión provisional del imputado...» puede leerse en el art. 529 LECrim).

Tampoco el catálogo de medidas en garantía de la libertad provisional es suficiente.

Medidas como la prohibición de abandonar el territorio nacional y la retención del pasaporte que afectan al derecho a la libertad personal protegido en el art. 17.1 CE y no simplemente a la libertad de circulación reconocida en el art. 19 CE (según dejó meridianamente claro el Tribunal Constitucional en su STC 169/2001) cuentan con una regulación poco precisa y extraordinariamente parca.

Algo parecido sucede con la caución que en nuestro sistema sólo aparece expresamente prevista como garantía de la libertad personal bajo la modalidad de «fianza carcelaria» (art. 529), respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha afirmado que la legitimidad constitucional de las resoluciones judiciales que acuerdan su imposición cuando sustituye la prisión provisional o permite eludir la, no depende de su adecuación al derecho a la libre disposición de los bienes, sino a la libertad personal, dado que la no prestación de fianza habilita para el ingreso en prisión o para su mantenimiento.

La incorporación en los últimos años de las órdenes de alejamiento y prohibiciones de residencia contenidas en el art. 544 bis LECrim, así como las medidas cautelares que pueden acordarse en virtud de las órdenes de protección de los arts. 544 ter y 544 quinquies LECrim ha mejorado algo el panorama descrito, aunque no debe olvidarse que cada una de ellas tiene un ámbito objetivo específico de actuación que no permite su empleo para cualquier tipo de infracción penal.

Y es que a fecha de hoy siguen sin regularse otras medidas tan relevantes como el empleo de medios electrónicos de localización; el internamiento cautelar en centros psiquiátricos de personas aquejadas por una enfermedad mental; vigilancia bajo custodia de otra persona/institución o las obligaciones de permanencia en lugares determinados y prohibiciones de aproximación/comunicación no limitadas a los delitos del art. 57 CP.

Algo similar sucede con las patrimoniales, no siendo muy adecuado para cumplir con las exigencias de previsibilidad/legalidad que demanda toda medida restrictiva de derechos, carecer de una mínima enumeración y/o sistematización de las disponibles e integrar el limitado catálogo de las que expresamente se regulan (fianza, embargo, pensión provisional, intervención de vehículo de motor) o, al menos, se enuncian (decomiso cautelar³⁷) con otras ubicadas fuera de la LECrim a base de remisiones desde ella –art. 764 LECrim– a la Ley de Enjuiciamiento Civil y desde ésta a otras normas.

En efecto, en aras a la claridad, certeza y previsibilidad que exige cualquier restricción de medidas restrictivas de derechos, no parece de recibo que en materia de medidas cautelares reales, contemos con una regulación nada clara –según hemos adelantado más atrás– y cuya insuficiencia se palía en cierta manera a través de la remisión del art. 764.2 LECrim a los presupuestos, contenido y caución sustitutoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero desde ahí, y por la cláusula abierta del art. 727.11.^a LEC (podrán acordarse aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio») cabe que entren otras de enorme importancia por ejemplo en causas por delitos sobre propiedad intelectual mencionadas (que no reguladas procedimentalmente) en la Ley de Propiedad Intelectual (arts. 141 y 143) y en el CP (apartados 1-3 del art. 270 CP «Cuando a través de un portal de acceso a Internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos objeto de la propiedad intelectual», el Juez pudiera acordar «cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual», lo que constituye una habilitación de amplio espectro que permite dar entrada en el proceso penal a medidas cautelares previstas en la normativa extrapenal).

³⁷ Es sumamente censurable que las referencias al decomiso cautelar se limiten a una alusión indirecta en un par de preceptos aislados (art. 367 quáter y 367 sexies LECrim), cuando se trata de un supuesto que debería ser objeto de explícita y concreta regulación.

c) *Falta de atención y/o incompleta transposición de normas UE*

Y finalicemos el elenco de deficiencias en materia cautelar advirtiendo la escasa atención prestada por nuestro legislador a algunos instrumentos de reconocimiento mutuo en materia penal propiciados por la acción de la Unión Europea que, como mínimo, exigían una ampliación del catálogo de medidas y un cambio de perspectiva en la que realmente la prisión provisional fuera con claridad la última *ratio*.

Me refiero a la Decisión marco 2009/829/JAI que regula la conocida como Orden Europea de Vigilancia (o de supervisión), instrumento de reconocimiento mutuo a disposición de los órganos con competencia en materia penal que permite la transferencia de medidas cautelares personales no privativas de libertad adoptadas en un Estado miembro a los fines del proceso penal a otro Estado miembro (el de residencia del investigado al que éste se desplaza) que asume su control. Decisión marco que contiene un amplio elenco de medidas sustitutivas de la prisión provisional y susceptibles de transferencia, que España se ha comprometido tanto a emitir como, en su caso, a reconocer y ejecutar según dispone el art. 110 de la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea³⁸.

Aunque España transpuso el instrumento en 2014 incorporándolo en el título V de la Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea como «medidas sustitutivas de la prisión provisional»³⁹, su aplicación en la práctica ha sido anecdótica. Basta revisar los datos de los últimos tres años para comprobarlo⁴⁰.

³⁸ En dicho precepto se recogen como medidas susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la Unión Europea o de recepción por las autoridades judiciales españolas competentes las siguientes: a) La obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) La obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado; d) La obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución; e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) La prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos; g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido; h) La obligación de no conducir vehículos de motor; i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único; j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones; k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

³⁹ Transposición tardía, común por lo demás a la generalidad de Estados miembros según se desprende del Informe de la Comisión de febrero de 2014 evaluando la implementación de la Decisión Marco en los Estados Miembros que indicaba un generalizado nivel de incumplimiento.

⁴⁰ Según la estadística que publica el Consejo General del Poder Judicial en *La Justicia Dato a Dato*, en 2019 se emitieron por órganos judiciales españoles 7 órdenes europeas de vigilancia y se recibieron 2;

Algo similar ha ocurrido con otro instrumento de reconocimiento mutuo de carácter cautelar como la Orden Europea de Protección (creada por la Directiva 2011/29/UE e incorporada al título VI de la Ley de Reconocimiento Mutuo)⁴¹.

Estas consideraciones nos suscitan incluso la duda de si realmente ha sido una buena idea que todos los instrumentos de reconocimiento mutuo necesitados de transposición (Decisiones marco y Directivas) aparezcan regulados en una norma específica –la ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea– al margen de la LECrim.

Cierto que las virtudes de esta opción de técnica legislativa –texto compilado general donde se van incorporando los diversos instrumentos que se van aprobando– son evidentes y probablemente haya sido la solución más acertada. Pero tiene el inconveniente de que aleja a buena parte de sus potenciales aplicadores (entre ellos, muchos Jueces y magistrados y muchos abogados) que lo siguen percibiendo como un derecho de especialistas alejado de la práctica cotidiana. De ahí su aplicación residual o anecdótica y la conveniencia de que en la legislación procesal se haga una mínima referencia a la posibilidad de adoptar estos instrumentos de transferencia de medidas cautelares y de medidas de protección en tales supuestos transfronterizos.

IV.2 Hacia una nueva regulación

Los dos Anteproyectos LECrim de 2011 y 2013 ya tomaban cartas en el asunto dedicando cada uno de ellos un Libro (el II y el III, respectivamente) a las medidas cautelares.

Y así lo hace, también, el Anteproyecto de 2020 que regula esta materia en su Libro II y le dedica seis apartados de su Exposición de motivos. Una rápida lectura de las disposiciones indicadas en relación con las carencias anteriormente señaladas de que adolece nuestra legislación actual, permite aplaudir la reforma, por más que permanezcan algunos aspectos imperfectamente resueltos.

Cuestiones como la correcta sistematización de las medidas cautelares, confiriéndoles el tratamiento debido son abordadas positivamente mediante la

en 2018 sólo se emitió una y ninguna se recibió; en 2017 fueron 2 las emitidas y 3 las recibidas; en 2016 fueron 3 las emitidas, aunque no se recibió ninguna. No hay datos de 2020 pero la incidencia del COVID-19 hace previsible que el instrumento no se haya podido aplicar.

⁴¹ Aquí los datos son algo superiores en cuanto a su emisión por órganos judiciales españoles (20 emitidas en 2019, 12 en 2018, 13 en 2017, 12 en 2016).

dedicación de un libro completo a su regulación. Ciertamente es que fuera de este libro (el II) se recogen algunas disposiciones sobre medidas cautelares que también integran la materia. Nos referimos, principalmente, a las reglas especiales aplicables a las medidas cautelares en casos de discapacidad (arts. 73-78 ALECRim) incluidas sistemáticamente dentro del capítulo dedicado al estatuto de la persona encausada con discapacidad⁴² lo cual, aunque discutible u opinable, parece también justificado.

Enlazando con la consideración anterior, hay que felicitarse porque el ALECRim aborde por fin la posibilidad de imponer con carácter cautelar, en sustitución de la prisión provisional, alguna de las medidas de corrección y de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal y ahora, también, en la futura LECrim (internamiento en centro psiquiátrico, de deshabitación o educativo especial) cuando ello resulte necesario y adecuado a la situación del imputado, dada la posible existencia de una causa de inimputabilidad (c.fr. arts. 75 y 77 ALECRim). Pese a que han transcurrido ya más de cinco años desde la STC 217/2015, de 22 de octubre⁴³ y aún tras el dictado de la posterior STC 84/2018, de 17 de agosto⁴⁴, el vacío legal en este punto continúa y resulta insostenible⁴⁵. De ahí el acierto en avanzar una solución y, más aún, en configurar un «status» procesal específico para la persona encausada con discapacidad.

Acertada es también la significativa ampliación del catálogo de medidas cautelares personales (cfr. especialmente art. 217 ALECRim) entre las que la

⁴² Capítulo II del Título II del Libro I ALECRim.

⁴³ Imposibilidad de aplicar la prórroga de la prisión provisional del art. 504.2 *in fine* LECrim en caso de recurso respecto de quien fue declarado exento de responsabilidad y se le impuso una medida de seguridad. La prórroga de la prisión provisional cabe para los «condenados» a los que se le impone una pena, pero no para quien ha sido absuelto, aunque se le haya impuesto una medida de seguridad.

⁴⁴ Que absolvió del delito de homicidio agravado en grado de tentativa y apreció la eximente completa de trastorno mental del artículo 20.1 del Código penal y, en su consecuencia, le impuso el cumplimiento de una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico (*ex art.* 101 CP) por tiempo máximo de doce años. Al interponerse por la defensa recurso de casación contra dicha Sentencia, se solicitó su puesta en libertad mientras se tramitaba el recurso, denegando lo pedido la Sección juzgadora por Auto de 20 de junio de 2017, que ordenó en cambio que el acusado permaneciera recluido en la «Unidad Psiquiátrica correspondiente al Centro Penitenciario» de Córdoba donde ya se hallaba privado de libertad en régimen de prisión provisional durante el proceso. *Vid.* sobre esta sentencia, SANZ MORÁN, A. J., «Acerca de las medidas cautelares personales aplicables a los sujetos inimputables autores de un delito: Comentario a la STC 217/2015, de 22 de octubre de 2015», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 42 (abril-junio 2016), pp. 213-230.

⁴⁵ La Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2019 daba cuenta de la necesidad urgente de esta reforma. También la doctrina venía reclamando largamente la modificación indicada; *vid.*, por todos, SANZ MORÁN, A. J., «El enfermo mental ante el proceso penal», en *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, n.º 56 (octubre-diciembre 2019) y, del mismo autor, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en Gómez-Jara Díez, C. (coordinador), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*. Tomo II, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 601-623.

prisión provisional realmente se configura como *última ratio* frente al régimen natural de libertad provisional, y habida cuenta, además, de que las privaciones de libertad tras la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencia del Pleno 87/2019 declarando la inconstitucionalidad del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial abren la puerta a una indemnización en la mayor parte de los casos que terminen con sentencia absolutoria⁴⁶ regulándose en el propio texto procesal penal el procedimiento especial para hacerla efectiva⁴⁷.

En íntima relación con el apartado anterior, la acertada ampliación del catálogo de medidas cautelares no privativas de libertad se halla en armonía con las recomendaciones del Consejo de Europa y con las exigencias de los instrumentos de reconocimiento mutuo aprobados por la Unión Europea. Concretamente y en relación con la posibilidad de recurrir a la orden de supervisión o vigilancia, contar con un amplio catálogo de «medidas sustitutivas de la prisión provisional» (según las denomina nuestra Ley 23/2014, de Reconocimiento Mutuo) facilita la aplicación del instrumento y posibilita que residentes de otros Estados miembros inmersos en un proceso penal en España puedan retornar a su lugar de residencia en espera de juicio (Decisión marco 2009/829/JAI).

Asimismo, se revela como muy correcta la mención en el texto del nuevo articulado de LECrim de dichas posibilidades de transferencia de medidas cautelares no privativas de libertad (art. 236 ALECrIm) lo que sin duda contribuirá a una potenciación del empleo de la orden europea de vigilancia, en la medida en que supondrá una generalización de su conocimiento entre los operadores jurídicos que más pueden contribuir a propiciar su empleo: los Abogados, que tienen en sus manos, mediante la petición en favor de su representado, poner en marcha el procedimiento. Algo similar ocurre con la Orden europea de protección y, por lo mismo, el acierto de su mención expresa en el articulado (art. 245 ALECrIm).

Volviendo la vista a las medidas cautelares reales, es positivo que se clarifique el régimen a seguir para su adopción, sometido siempre a petición de parte, con independencia del sujeto frente al que se dirijan. Como también lo es el que se haga mención expresa del catálogo de medidas cautelares disponibles (art. 288 ALECrIm) y se fijen unas normas comunes de procedimiento (art. 280 ALECrIm).

⁴⁶ Véase, al respecto, DE HOYOS SANCHO, M., «La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas», en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades españolas*, 2020-1, pp. 126-173 y, de la misma autora, *Efectos «ad extra» del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 21 a 110.

⁴⁷ *Vid.* Título VII del Libro VIII dedicado a los procedimientos especiales.

A ello se suma la regulación expresa y bastante detallada del decomiso cautelar, saliendo al paso de la criticable regulación vigente en que a una materia tan relevante apenas se efectúa una alusión indirecta en un par de preceptos aislados (art. 367 quáter y 367 sexies LECrim). Pese a su carácter jurisdiccional, en los supuestos de urgencia, se habilita al Fiscal para acordar la intervención de bienes y efectos a los fines de asegurar la efectividad del decomiso, así como el bloqueo de cuentas bancarias, sin perjuicio de la necesaria ratificación posterior por la autoridad judicial.

Adviértase, por último, que se hace mención expresa de las medidas cautelares susceptibles de adopción frente a las personas jurídicas que el prelegislador opta por recoger en un título específico (Título V) distinto de los dedicados a las personales (Título II) y reales (Título III) a modo de *tertium genus*. Opta por seguir el procedimiento cautelar real del art. 280 para adoptar las que a fecha de hoy son consideradas en la vigente LECrim cautelares «personales» (suspensión de actividades, intervención judicial, clausura de locales a las que suma la suspensión del derecho a obtener subvenciones). Al margen de la objeción derivada de su errónea ubicación sistemática atendida su naturaleza «personal» en cuanto interdictivas o limitativas de la libertad «societaria», resulta criticable la limitación que se introduce para su adopción puesto que sólo podrán acordarse a instancia del Ministerio Fiscal (*c.fr.* 305.1 ALECRim), sin que tenga explicación alguna la exclusión de la acusación particular en esta materia.

Enlazando ya desde aquí con los déficits advertidos en la legislación proyectada, las principales dudas de tipo general que una rápida lectura del Anteproyecto nos suscita son, en cuanto a las medidas cautelares personales, la falta de una formulación de los presupuestos generales para su adopción, estando indicados con mayor o menos concreción en cada una de las medidas específicas. Al igual que se han recogido expresamente y de manera general las características que acompañan a estas medidas, hubiera sido conveniente que en ese mismo Título I dedicado a las Disposiciones generales se hubiera recogido una formulación general de los presupuestos del *fumus commissi delicti*, *periculum in mora* y proporcionalidad, sin perjuicio de su posterior concreción en cada medida particular. En realidad, tales presupuestos generales aparecen recogidos en el art. 216 ALECRim (norma ubicada dentro del capítulo dedicado a la libertad provisional) y debieran haberse llevado, como indicamos, a las Disposiciones generales

Se ha renunciado también lamentablemente a unas normas comunes de procedimiento, sin que parezca justificado que se diversifique el que se sigue para la adopción de la orden de protección (art. 241 ALECRim), del común

para la adopción y prórroga de las medidas contenido en los arts. 258 y siguientes ALECrím.

En lo que se refiere a las medidas cautelares reales, también se advierte alguna falta de sistemática que convendría subsanar.

Baste reparar en que en lo relativo a sus presupuestos, el art. 280 LECrím que regula el procedimiento para su adopción hace referencia a la necesidad de expresar su concurrencia, sin que ninguno de los artículos precedentes se ocupe de precisarlos o lleve este título (Presupuestos) por rúbrica. El *fumus boni iuris* y *el periculum in mora*, de imprescindible concurrencia para la adopción de la medida exigen una clara formulación al modo en que se recoge en el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que resulte admisible entender que están colmados por la remisión que se efectúa desde el art. 277.3 ALECrím a la legislación civil ni, tampoco, que aparezcan incorporados en preceptos con rúbrica distinta (v. gr. el *fumus boni iuris* contenido en el apartado 1 del art. 277 precepto que lleva por rúbrica «Legalidad»).

Hay que lamentar en la regulación de las cautelares reales una cierta desatención que convendría subsanar⁴⁸. Desatención ya anticipada en cierto modo por la propia Exposición de Motivos que, a diferencia de las medidas cautelares personales a cuya presentación dedica seis extensos apartados, «despacha» a las reales con unas sucintas líneas en el apartado XXXIV en las que poco más se indica que la estructura que se ha seguido en su regulación.

⁴⁸ Hay otros ejemplos, también la falta de mención en el elenco de medidas cautelares que se cita, de la pensión provisional recogida en el art. 136 (ubicado en el Libro I).