

Nº 3

REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE  
PROFESORES DE DERECHO PROCESAL  
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS

Directora:  
CORAL ARANGÜENA FANEGO



APPDPUE

*Asociación de Profesores de  
Derecho Procesal de las Universidades Españolas*



**REVISTA DE LA ASOCIACIÓN  
DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL  
DE LAS UNIVERSIDADES ESPAÑOLAS  
Nº 3**

*Directora:*

**CORAL ARANGÜENA FANEGO**  
*(Universidad de Valladolid)*

*Subdirectora:*

**ESTHER PILLADO GONZÁLEZ**  
*(Universidad de Vigo)*

*Secretaria:*

**MONTSERRAT DE HOYOS SANCHO**  
*(Universidad de Valladolid)*

**tirant lo blanch**

Valencia, 2021

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: V-1936-2020  
ISSN: 2695 - 9976  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

# MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL NUEVO ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL<sup>1</sup>

## Precautionary measures involving property in the new Draft of the Spanish Criminal Procedure Law

**Coral ARANGÜENA FANEGO**

Catedrática de Derecho Procesal  
Universidad de Valladolid  
coral.aranguena@uva.es

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y FINALIDAD. III. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES. 1. Presupuestos. 2. Características. IV. CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES.- V. PROCEDIMIENTO. 1. Características. 2. Competencia; 3. Legitimación; 4. Solicitud. 5. Audiencia del encausado y partes personadas. Decisión; Impugnación. VI. EJECUCIÓN. VII. MODIFICACIÓN, CAUCIÓN SUSTITUTORIA Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS. VIII. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DEBERÍAN INCLUIR EN EL TÍTULO III. IX. A MODO DE CONCLUSIÓN. X. BIBLIOGRAFÍA.

**Resumen:** Análisis crítico de la regulación de las medidas cautelares reales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020

**Abstract:** This paper analyses from a critical perspective the regulation of precautionary measures involving property in the Draft of the Spanish Criminal Procedure Law of 2020.

**Palabras clave:** Medidas cautelares reales; fianza; embargo; decomiso; proceso penal.

**Keywords:** Precautionary measures involving property; preservation measures; bail; freezing order; confiscation order; criminal proceedings.

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación “Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y propuestas. PID2020-116848GB-I00” (Plan nacional I+D+i.Ministerio de Ciencia e Innovación); “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”; “El uso de las TICs en la Cooperación Jurídica Penal Internacional. PY18-1059”.

## ABREVIATURAS

Art.:	Artículo
ALECrIm.:	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.:	Confrontar
cit.:	citado
CP:	Código Penal
LEC.:	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrIm:	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LGT.:	Ley General Tributaria
LH.:	Ley Hipotecaria
LO:	Ley Orgánica
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
nº:	número
<i>op.cit.</i> :	obra citada
ORGA.:	Oficina de recuperación y gestión de activos
pp.:	páginas
ss.:	siguientes
TC:	Tribunal Constitucional
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>v.gr.</i> :	verbigracia
<i>vid.</i> :	véase

## I. INTRODUCCIÓN

El cambio de siglo nos ha traído esfuerzos redoblados para sacar adelante una ley procesal penal de nuevo cuño llamada a sustituir al decimonónico texto vigente, parcheado hasta la extenuación<sup>2</sup>.

En un breve lapso de tiempo se han sucedido dos textos prelegislativos uno en 2011, otro en 2013, cuya andadura no ha ido más allá de su apro-

---

<sup>2</sup> A las setenta y nueve modificaciones que contabilizaba a fecha enero de 2021 la Memoria del Análisis del impacto normativo del ALECrIm, se ha sumado, posteriormente cuando se corrigen estas páginas una más por obra de la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. Ochenta modificaciones, cincuenta y siete de ellas posteriores a la aprobación de la Constitución, que como indica la Exposición de Motivos del ALECrIm han hecho que nuestra LECrIm *de facto*, se haya visto sustituida por una maraña de normas fragmentarias, encajadas unas con otras por razones coyunturales.

bación en Consejo de Ministros como Anteproyecto (el primero)<sup>3</sup> y, aún sin pasar de mero Borrador, en el caso del segundo, con el trasvase de algunas de sus disposiciones o ciertos bloques temáticos al texto de la vigente LE-Crim<sup>4</sup>.

Pese a su discreta trayectoria ambos textos prelegislativos dieron lugar a valiosos estudios doctrinales sobre las líneas maestras de la reforma criminal<sup>5</sup> y constituyen referentes primordiales del nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobado por el Consejo de Ministros el 24 de noviembre de 2020 (ALECrim, en adelante) a cuyo análisis dedicaré estas páginas; concretamente a la materia cautelar real.

El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, dentro del Libro II dedicado a las medidas cautelares destina su Título III a las reales, regulación que ha de completarse con las Disposiciones generales, comunes a todo tipo de medidas cautelares (personales y reales) contenidas en su Título I.

Explican el sentido de la reforma en materia cautelar los apartados XXIX a XXXIV de la Exposición de Motivos siendo el último de ellos (el XXXIV) el dedicado específicamente a las medidas cautelares reales.

Una lectura de este apartado de la Exposición de Motivos nos revela ya que para el prelegislador las reales siguen siendo la *Cenicienta* de las medidas cautelares<sup>6</sup> pues deja entrever una cierta desatención a la materia ya que, a diferencia de las medidas cautelares personales a cuya presentación dedica seis extensos apartados, “despacha” a las reales con unas sucintas líneas en las que poco más se indica que la estructura seguida en

---

<sup>3</sup> Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011.

<sup>4</sup> Sobre las modificaciones provenientes del articulado de la Propuesta de Código Procesal Penal de 2013 vid. MARCHENA GÓMEZ, M. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2015), *La reforma de la Ley d Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.

<sup>5</sup> Por ello resulta también de suma importancia para el análisis del nuevo texto, los trabajos doctrinales elaborados sobre los precedentes, entre los cuales destacamos por su carácter omnicompreensivo, además del citado en la nota anterior: AA.VV. (2011) *La reforma del proceso penal* (Asencio Mellado, J.M<sup>a</sup> y Fuentes Soriano, O. directores), La Ley, Madrid, 2011; AA.VV. (2015), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el Borrador de nuevo Código Procesal Penal* (Moreno Catena, V. director; Ruiz López, C. y López Jiménez, R. coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia.

<sup>6</sup> Como indica M. MARCHENA, ese carácter de materia secundaria que doctrinalmente ha acompañado a estas medidas se ha extendido también a la práctica, de suerte que la tramitación de las medidas cautelares durante la fase de investigación no suele ser, con las obvias salvedades, un ejemplo de pulcritud, hasta el punto que no resulta difícil detectar una histórica inercia que inspira voluntaristas soluciones, algunas de ellas alejadas de las pautas legales y, lo que puede resultar más grave, con importante infracción de principios del máximo rango constitucional [MARCHENA GÓMEZ, M. (1998), “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Ref. D-229, tomo 5].

su regulación, lo que además se hace incurriendo en un error al incluir las especialidades en los delitos frente a la Hacienda pública y las medidas cautelares frente a personas jurídicas entre las reales (*c.fr.* el último párrafo del apartado XXXIV) cuando lo cierto es que sistemáticamente los ha ubicado fuera del título III que las regula: concretamente en dos títulos separados y sucesivos: IV y V.

Soslayando de momento este error del prelegislador, el propósito de este trabajo lo constituye facilitar una visión panorámica de la regulación que el ALECrim proporciona de las medidas cautelares reales sistematizando el análisis de los veintidós artículos de que consta el Título III que las regula (además de las disposiciones comunes a las medidas cautelares, que recoge el Título I). Para ello, partiendo de las cuestiones de tipo general (concepto, finalidad, presupuestos y características) se analizará a continuación la tipología o catálogo de medidas cautelares reales susceptibles de adopción en el proceso penal, el procedimiento a seguir, así como las consecuencias subsiguientes a su acuerdo: ejecución de las medidas, modificación y extinción.

Desde un punto de vista sistemático sorprende la ubicación elegida para la regulación de las medidas cautelares, situándose en el Libro II con carácter previo, por tanto, al que se dedica incluso al procedimiento de investigación. Por más que la Exposición de Motivos justifique su elección en la eficacia transversal de las medidas cautelares, pues pueden adoptarse en cualquier estadio del procedimiento (apartado XXIX) y —tratándose de las reales— también sin limitación en cualquier clase de procesos, lo cierto es que su hábitat natural es (o, prioritariamente, debería ser) la fase de investigación y (salvo la detención y, en su caso, incautación de bienes a efectos de decomiso) una vez celebrada la primera comparecencia, razón que justificaría resituirlas en un Libro posterior.

Adelantamos ya que la nueva regulación tiene la virtud de avanzar en el objetivo de dotar a estas medidas de un marco de regulación coherente y completo, del que hoy carecen al estar sustentado en una normativa fragmentaria y dispersa en los más variados textos sustantivos y procesales, claramente superada e ineficaz para un proceso del siglo XXI. Una somera lectura al contenido que le dedica la vigente LECrim. revela la insuficiencia de una regulación obsoleta que todavía habla<sup>7</sup> de españoles de buena

---

<sup>7</sup> Gráficos ejemplos que destaca PAVIA CARDELL, J, (2016) “Medidas cautelares y recuperación de activos”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Investigación y prueba en los delitos de corrupción*, p. 8.

conducta que actúan como fiadores (art. 592 LECrim) y de alguaciles que embargan bienes (art. 599 LECrim).

## II. CONCEPTO Y FINALIDAD:

Punto de partida es recordar que las reales son medidas que, recayendo de forma exclusiva sobre el patrimonio (bienes y derechos dice el 278.2) del legalmente obligado a su prestación, (278.2: encausado<sup>8</sup> —art. 277.1— o tercero civilmente responsable —art. 283.1)<sup>9</sup> están previstas para conjurar el peligro marginal del necesario transcurso del tiempo hasta la resolución definitiva, que puede hacer ilusoria la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional<sup>10</sup>.

Adviértase que el ALECrIm ha sustituido la expresión responsabilidad/des pecuniarias por responsabilidad/des patrimoniales, término más amplio, comprensivo también del decomiso<sup>11</sup>.

La finalidad genérica de aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales a declarar en la sentencia (afirmada en el art. 278) se diversifica y/o especifica en función de las distintas medidas que pueden adoptarse para dicho aseguramiento, aunque en pocos casos el prelegislador se preocupa de efectuar las convenientes precisiones: así en el art. 295 donde se menciona evitar la continuación delictiva, prevenir la consolidación del delito, preservar bienes jurídicos de las víctimas o reintegrarlas en el pleno ejercicio de sus derechos, o en el art. 296 donde se menciona evitar la continuación delictiva o reintegrar a la víctima en el ejercicio de sus derechos o en el art. 297 prevenir retrasos en el proceso o costes adicionales e innecesarios.

---

<sup>8</sup> Tomamos la denominación del art. 49.1 ALECrIm

<sup>9</sup> Como posteriormente veremos, hay otros terceros que aun cuando “legalmente” no estén obligados al aseguramiento cautelar, pueden resultar sujetos a ella y/o afectados por las medidas como evidencia art. 286.1 en relación con los arts. 137.1 y 138.

<sup>10</sup> Se trata de una definición que con mínimas variaciones ya empleé en mi monografía (1991) *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M. Bosch ed. Barcelona, p. 119.

<sup>11</sup> Conforme al diccionario de la Real Academia Española el significado de “pecuniario/a” es el de “perteneciente o relativo al dinero en efectivo” y el de “patrimonial” el de “perteneciente o relativo al patrimonio”.



### III. PRESUPUESTOS Y CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

El Título I del Libro II ALECrím que lleva por rúbrica Disposiciones Generales (aplicables tanto a las medidas cautelares personales como a las reales) debería recoger los pilares del sistema cautelar penal, aunque en realidad se limita a mencionar en cuatro preceptos algunos de los principios (o características) que informan las medidas cautelares (en ocasiones de forma imprecisa) omitiendo en cambio hacer la más mínima referencia a los presupuestos exigibles para su adopción y a las finalidades que con ellas se ha de perseguir llevando estos extremos a la regulación posterior de las cautelares personales y de las reales que se aborda en los Títulos II y III, respectivamente.

Tal solución, además de asistemática, es peligrosa toda vez que posteriormente y según veremos a continuación, tampoco en el título III que se ocupa específicamente de las medidas cautelares reales se concretan en debida forma los exigidos presupuestos pues, por más que de alguna forma estén reflejados en algunos preceptos, sus rúbricas no son nada expresivas, resintiéndose la previsibilidad /legalidad necesaria. Baste echar un vistazo al art. 277 (que lleva por rúbrica la de “Legalidad”) cuyo apartado primero en realidad acoge al *fumus boni iuris*.

#### 1. PRESUPUESTOS

Sería indispensable incorporar entre estas disposiciones generales un precepto dedicado a enunciar los presupuestos sobre los que descansa cualquier medida cautelar penal, sea ésta personal o real: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, toda vez que como veremos el art. 282.1 exige la acreditación de tales presupuestos en la solicitud de medidas cautelares, requisito indispensable para su adopción.

Soslayando la imprecisión del ALECrím:

a) el *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*<sup>12</sup>) debe acreditarse mediante la concurrencia de los indicios racionales de criminalidad de persona determinada<sup>13</sup> (art. 277.1) o de responsabilidad civil de un ter-

<sup>12</sup> Como hace más de medio siglo propuso en la doctrina italiana GUARINIELLO (1966), “La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1966, p. 523. Véase monográficamente sobre este concepto NEGRI, D. (2004), *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giapichelli, Torino.

<sup>13</sup> El ALECrím (art. 277.1) al igual que hoy hace la LECrím (art. 589) y la jurisprudencia, maneja el término “indicios” con un sentido muy distinto al de hecho base de una presunción; se trata de indicios

ceros con arreglo a las disposiciones del Código Penal (art. 283.1) para lo cual será precisa la aportación de los actos de investigación realizados por el Fiscal (art. 280.4 *in fine* y 5)<sup>14</sup>.

Tratándose del encausado, téngase en cuenta que según indica el art. 19.3, para decidir sobre la procedencia de las medidas cautelares la autoridad judicial deberá atenerse a los “cargos formulados” precisando el art. 14.1 que por tales han de entenderse “los hechos que se le atribuyen y su calificación jurídica” que deben serle comunicados desde que el procedimiento se dirija contra él en la primera comparecencia que regula el art. 557.

Tratándose del tercero civilmente responsable recuérdese que los indicios de responsabilidad civil añaden la exigencia de que el ilícito penal haya causado un daño resarcible o un perjuicio material o moral y exista una relación de causalidad con el sujeto contra el cual se adoptan las medidas<sup>15</sup>.

b) el *periculum in mora* o riesgo de daño marginal derivado del peligro latente de que el transcurso del tiempo necesario para llegar a la sentencia que ponga fin al proceso pueda ser aprovechado para realizar actos que frustren su eficacia, debe ser afirmado por el solicitante apuntando el riesgo específico que se trate de evitar con la medida, pero sin que el ALECRim diga nada sobre el particular más allá de alguna mención aislada para alguna medida concreta. Así en el art. 295.2 exige “justificar la realidad del peligro que trata de prevenirse” mediante la cancelación de contrato, cierre temporal de locales o prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza que la investigada o el art. 297 que alude al “retraso injustificado que puede generar la práctica de diligencias por persona distinta del encausado” justificativo de la exigencia de caución en aseguramiento de las costas generadas por las acusaciones.

Sí incluye el ALECRim a este respecto una previsión de carácter general similar a la que se contiene en el art. 728.1.II LEC referida al carácter “actual” del peligro; me refiero a la prohibición de solicitar por acusadores particulares y actores civiles medidas con las que se pretenda alterar situaciones de

---

de acreditación para poder imputar y ordenar una medida cautelar [véase sobre esta cuestión GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 72 a 76].

<sup>14</sup> El art. 280.5 referido a los actos de investigación realizados por el Fiscal a instancia de quien solicite la medida, exceptúa de esta obligatoria aportación los casos en que medien razones de proporcionalidad, secreto o eficacia de la investigación que justifiquen.

<sup>15</sup> ARMENTA DEU, T. (2003), *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, de 24 de octubre de 2002, Marcial Pons, Madrid, p. 15. Vid, asimismo, JUAN SÁNCHEZ, R. (2004), *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, La Ley, Madrid, pp. 471-503.

hecho consentidas durante largo tiempo puesto que el *periculum* aquí resulta inexistente a no ser que se justifiquen cumplidamente las razones por las que dichas medidas no se solicitaron hasta ahora (art. 280.2). Además y para valorar el grado de peligro resulta de utilidad conocer la situación de la persona investigada razón por la cual y sin perjuicio de la obligación de manifestación de bienes que debe hacer el encausado conforme al art. 53.3, el Fiscal podrá realizar por sí o, de ser precisa, con autorización del Juez de garantías las diligencias necesarias para su averiguación (art. 280.3)<sup>16</sup>.

Soslayando la omisión del prelegislador, sería adecuado una regulación algo más concreta de este presupuesto de modo que el ALECRim incluyera una fórmula al respecto<sup>17</sup> cuya concurrencia, no se olvide, sí exige que se determine por el solicitante de la medida para que esta pueda ser adoptada.

Este presupuesto implica la necesidad de que el peticionario acredite, la concreta probabilidad de que se produzcan, durante la pendencia del proceso, situaciones que impidan o dificulten la efectividad del pronunciamiento de condena (patrimonial y/o civil<sup>18</sup>) que pueda incorporar la Sentencia penal (peligro de infructuosidad<sup>19</sup> o riesgo de frustración procesal<sup>20</sup>).

---

<sup>16</sup> Solución (autorización judicial) que también se exige en el art. 293 para que se ordene a la ORGA efectuar una investigación patrimonial que incluya la localización de bienes y que no ha sido bien recibida por la Asociación de Fiscales (cit. p. 40), al considerar que mediatiza una facultad que en la actualidad les resulta directamente conferida por el art. 1 del Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre por el que se regula la ORGA [Asociación de Fiscales (2021) *Alegaciones que presenta la Asociación de Fiscales al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, p. 40].

<sup>17</sup> Al modo en que se recoge por ejemplo, en el *Codice di procedura penale italiano* cuyo art. 316 con la rúbrica "Presupposti ed effetti del provvedimento" indica: 1. *Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese di procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario dello Stato, il pubblico ministero, in ogni stato e grado del processo di merito, chiede il sequestro conservativo dei beni mobili o immobili dell'imputato o delle somme o cose a lui dovute, nei limiti in cui la legge ne consente il pignoramento.* 2. *Se vi è fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie delle obbligazioni civili derivanti dal reato, la parte civile può chiedere il sequestro conservativo dei beni dell'imputato o del responsabile civile, secondo quanto previsto dal comma 1.*

<sup>18</sup> Empleamos los términos que se manejan en el ALECRim comprensivos además de la responsabilidad civil en sentido estricto, otras responsabilidades de tipo patrimonial derivadas del delito, pecuniarias o no, como la multa, costas procesales, eficacia del decomiso y consecuencias accesorias de carácter patrimonial.

<sup>19</sup> El peligro concurrente justificativo de la medida puede ser de muy diverso tipo, atendida también la variedad de situaciones cautelables, de finalidades justificativas y de medidas cautelares adoptables. De ahí que no sea de recibo con carácter general y sin matización alguna la opinión de que en caso de estar plenamente acreditada la solvencia y arraigo del encausado en la investigación, decae el peligro indicado y no se justifica la práctica de estas medidas, cuya adopción podría revestir carácter sancionador, al tener el responsable civil innecesariamente que sufragar sus gastos económicos; así, el coste del aval, no resulta válido proclamado también como regla general [Así, DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), "El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal", *Diario La Ley*, nº 6059, p. 3 cuya opinión es matizada por GÓMEZ SOLER, E. (2007), "Medidas cautelares reales en el

## 2. CARACTERÍSTICAS

Se citan como principios (según expresión de la Exposición de Motivos —XIX—) que las informan los de legalidad, necesidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad. Más allá de si son principios o características:

– En lo que se refiere al principio de **legalidad** (art. 186), a diferencia de las cautelares personales en que se sigue un sistema de *numerus clausus*, tratándose de las reales se sigue un sistema de *numerus apertus* pues si bien, según veremos, se enumeran algunas de las medidas específicas que pueden adoptarse como tales, se opta, en cambio, por la remisión expresa a las que puedan estar previstas en otras leyes, singularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, o a las que puedan resultar necesarias para asegurar los pronunciamientos patrimoniales o civiles —las llamadas medidas cautelares “innominadas”, que resultan admisibles en el ámbito no personal<sup>21</sup>.

– El art. 188 con la rúbrica “**Provisionalidad**”, en realidad comprende alguna característica adicional a ésta puesto que se hace referencia en el mismo precepto a la variabilidad o revocabilidad de la medida (“deberán revisarse...en todo caso cuando varíen las circunstancias que las motivaron” y a la “temporalidad” (“no podrán exceder, en ningún caso, de los plazos máximos previstos en la ley...”).

– La **jurisdiccionalidad** propia de las medidas cautelares (art. 189)<sup>22</sup>, se afirma en la potestad cautelar conferida en exclusiva a los órganos jurisdiccionales para adoptar este tipo de resoluciones que, no se olvide, entrañan una valoración del *fumus commissi delicti* o juicio previo sobre la suficiencia del fundamento de los eventuales cargos, intrínseco a la potestad jurisdiccional (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado)<sup>23</sup>. Y en la necesidad de que las

---

nuevo procedimiento abreviado”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 11, p. 10 indicando que adoptar medidas cautelares respecto de quien presenta signos ostensibles de insolvencia carece de toda utilidad].

<sup>20</sup> Expresión esta última (“riesgo de frustración”) que proponía como más gráfica y en sustitución de la de *periculum in mora* PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, p. 112.

<sup>21</sup> Vid Exposición de Motivos, apartado XXIX.

<sup>22</sup> En este precepto la referencia a la tramitación en pieza separada [apartado 4)] no parece hallar precisamente una ubicación correcta. Tampoco la denominación de las piezas parece muy correcta al acoger la tradicional de la LECrim olvidando que conforme a la terminología que ahora maneja, sería más correcto sustituir la referida a la “pieza de responsabilidad civil” por “pieza de responsabilidad patrimonial”. Todo ello sin olvidar que también en la pieza separada de decomiso autónomo que puede abrir el Fiscal pueden adoptarse por el Juez de garantías medidas cautelares (arts. 853 y 854.2)

<sup>23</sup> Se ha hablado (en especial para las personales) de que constituyen actos jurisdiccionales por partida doble al implicar, *per se*, una limitación de derechos que como regla general se atribuye a miembros del Poder Judicial en régimen de exclusividad y, por otro lado, entrañar un juicio (que no un enjuiciamiento) de atribución por parte del Juez de unos hechos aparentemente delictivos —normalmente incluido

medidas directamente adoptadas por el fiscal en casos de urgencia (intervención de bienes o efectos o el bloqueo de cuentas) sean posteriormente ratificadas por la autoridad judicial, como también deban serlo mediante su convalidación judicial una vez iniciado un proceso por delito fiscal las medidas previamente acordadas por la Administración tributaria al amparo del art. 81 de la Ley General Tributaria<sup>24</sup>.

– Se echa en falta la **proporcionalidad** que es algo más completo que la *necesidad* a la que da cabida (rúbrica del art. 187) como también a la alternativa menos gravosa según reconoce la propia Exposición de Motivos. Sería mejor optar por la proporcionalidad como por otra parte menciona específicamente el art. 6 como principio exigible para toda medida restrictiva de derechos<sup>25</sup> y que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional implica un triple juicio: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, (i) que la medida sea “susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)”; (ii) que, además, sea “necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad)”; y, (iii) finalmente, que la misma sea “ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto” (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>26</sup>.

– Se echa también en falta la **instrumentalidad**, una de las características más significativas de las medidas cautelares cuya cita resulta inexcusable para poner de manifiesto que se trata de medidas que carecen de fin en sí mismas estando preordenadas al buen éxito de un proceso principal cuya fructuosidad aseguran preventivamente y al cual se subordinan instrumentalmente.

– Se ha optado también por no hacer referencia a la **homogeneidad pero no identidad con la medida ejecutiva**, cuestión de la que el prelegislador

---

en el fumus [LÍBANO BERISTAIN, A. (2020), *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, JM Bosch, Barcelona, p. 183].

<sup>24</sup> Algo expresamente exigido en nuestra LECrim (art. 614 bis) desde la reforma llevada a cabo por ley 34/2015, pero que con anterioridad había suscitado la crítica de la doctrina procesal [así MORENO CATENA, V (2014). “La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8331].

<sup>25</sup> Sobre este principio, vid. *in extenso* GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid. Asimismo, y del mismo autor, “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, 2004, nº 5 (septiembre-diciembre), pp. 191-215.

<sup>26</sup> STC 28/2020, de 24 de febrero, FJ 5 con cita de las precedentes STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 9; en el mismo sentido SSTC 43/2014, de 27 de marzo, FJ2; 170/2013, de 7 de octubre, FJ 5, y 39/2016, de 3 de marzo, FJ 5.

se ocupa expresamente en la Exposición de Motivos (XXIX)<sup>27</sup> con una explicación que parece olvidar que junto a las cautelares personales (en las que la omisión puede estar justificada) están las reales. Por nuestra parte afirmamos para esta categoría de medidas esta característica que indica que la medida cautelar opera anticipando de algún modo los efectos de lo que será la futura ejecución de la sentencia<sup>28</sup>, por lo que la medida dispuesta con carácter cautelar guarda un acusado parecido con la de carácter ejecutivo que en su día habrá de disponerse; no son idénticas, sin embargo, al obedecer en cada caso a presupuestos diversos y apoyarse unas en la mera probabilidad de una sentencia de condena y en la certeza de ésta las otras.

#### IV. CATÁLOGO DE MEDIDAS CAUTELARES

Según se ha adelantado el ALECrím ha hecho un intento de poner fin a la característica dispersión y fragmentaria normativa que en la actualidad caracteriza a estas medidas.

La reforma, eso sí, cumple ahora con las exigencias de legalidad procesales y previsibilidad al disponer de un elenco bastante completo de medidas cautelares reales que se enuncian en el art. 288 si bien con base en un sistema de *numerus apertus*. Y es que junto a las medidas “nominadas” como 1ª a 7ª en el art. 288, la cláusula de cierre numerada como 8ª da cobertura a las “innominadas” que puedan estar recogidas en otras leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso. Este extremo final es quizás demasiado abierto y, de nuevo, en aras a la previsibilidad y legalidad que debe informar toda medida limitativa de derechos debería sustituirse la conjunción disyuntiva “o” por una copulativa “y”.

Analícemos este elenco con algo más de detalle.

Como hemos adelantado, el art. 288 con carácter general regula el catálogo de medidas cautelares con una técnica gradual:

---

<sup>27</sup> En la que puede leerse que “...deliberadamente prescinde de cualquier referencia a la homogeneidad de la tutela cautelar con la respuesta punitiva que puede llegar a imponerse en la sentencia, a efectos de evitar todo recurso excesivo o desproporcionado a la prisión provisional”.

<sup>28</sup> Como indica DE PORRES, las medidas no anticipan el fallo judicial, sino que lo aseguran, ya que no suponen expropiación de los bienes sino limitación en el poder de disposición del sujeto [De PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2009), “Medidas cautelares reales en el proceso penal”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, nº 46, p.550].

– enuncia en primer lugar y a modo ejemplificativo el elenco de medidas cautelares que pueden considerarse “típicas” de adopción general en el proceso:

- 1.<sup>a</sup> La prestación de caución
- 2.<sup>a</sup> El embargo preventivo de bienes,
- 3.<sup>a</sup> La prohibición de disponer
- 4.<sup>a</sup> La intervención o la administración judiciales de bienes productivos,
- 3.<sup>a</sup> El depósito de bienes
- 4.<sup>a</sup> La formación de inventarios de bienes,
- 5.<sup>a</sup> Las anotaciones registrales cuando la publicidad registral resulte útil para el buen fin de la ejecución.

– admite a continuación y a modo de cláusula de cierre en 8.<sup>a</sup> posición: Aquellas otras medidas que prevean expresamente las leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso. Se trata de una norma abierta a través de la cual pueden entrar:

- Otras medidas cautelares no enumeradas en el elenco anterior pero recogidas en el propio ALECrim en el capítulo IV (*Otras medidas cautelares*) en los arts 294 (intervención de vehículos de motor) 295 (medidas para evitar la continuación de la actividad delictiva o para prevenir sus efectos como la suspensión de contratos, clausura de instalaciones o establecimientos mercantiles, prohibición de realizar actividades de la misma naturaleza que la delictiva investigada) y 296 (medidas en delitos cometidos a través de medios de difusión o reproducción como el secuestro de la publicación, la prohibición de difusión, la interrupción de la prestación del servicio de que se trate o la retirada de datos o contenidos, la retirada de páginas web o el acceso a las mismas)
- Otras medidas cautelares previstas en otras leyes (v.gr. en el Código Penal —art. 129.3 medidas de clausura temporal de locales, suspensión de actividades sociales e intervención judicial de empresas o entidades carentes de personalidad jurídica o 339 medidas cautelares necesarias para proteger el territorio y urbanismo, el patrimonio histórico y el medio ambiente—, en la Ley de Propiedad Intelectual o en la Ley de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, aunque buena parte de sus contenidos se han llevado ahora acertadamente a ese otro capítulo IV. *Otras medidas cautelares*)

- Otras medidas cautelares que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que ponga fin al proceso, extremo excesivamente abierto que para cohonestarse debidamente con las exigencias de legalidad/previsibilidad de la medida debe estar, entiendo, también prevista legalmente. Y que podría dar cabida a algunas de tanta importancia como el desalojo cautelar en casos de ocupación ilegal de inmuebles, que hoy se adopta con base en el art. 13 LECrim<sup>29</sup> (cuyo contenido, por cierto, desaparece como tal del ALECRim) y que, si el proyectado texto procesal penal finalmente es aprobado en los términos que hoy conocemos exigirá conectar esta previsión contenida en su art. 288.8<sup>a</sup> con alguna disposición de la LEC.

Se advierte, con relación a los Anteproyectos precedentes un intento de armonización de ambos textos que no acaba de ser perfecto, de modo que se observan algunas disfunciones/incorrecciones.

Se ha tomado en esta materia como principal referente el Anteproyecto de 2011 que huía de una categorización de las medidas cautelares reales en atención a sus finalidades y que recogía únicamente como tales (cautelares reales) las típicas del que hoy sería el elenco del referido art. 288 (y las destinadas al aseguramiento del decomiso) mientras que separaba en otro Título distinto y ajeno por tanto a las medidas cautelares personales y a las reales las dirigidas frente a personas jurídicas, la intervención de vehículo de motor y las medidas en casos de delitos cometidos por medios de difusión o reproducción, aunque remitía en materia de procedimiento seguir al previsto para las cautelares reales.

El problema es que al llevar no todas sino sólo parte de sus ideas al articulado, se producen desajustes clamorosos tales como el que arroja la lectura del art. 298 ubicado dentro del Título relativo a las medidas cautelares reales cuyo apartado 1) dice que para la adopción de las medidas precedentes (las del *capítulo IV: Otras medidas cautelares*) será de aplicación el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares reales (o sea, el “propio” conforme a la naturaleza otorgada a estas medidas en el nuevo ALECRim, lo que haría superflua tal mención; mención que sin embargo se explica a la vista de que en el Anteproyecto de 2011 del que se toma el texto, no se les confería el tratamiento de medida cautelar real). Y nuevo desajuste en el apartado 2 del art. 298 en el que se alude a una inexistente “Sección”.

---

<sup>29</sup> Sobre esta medida véase la Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, de la Fiscalía General del Estado *sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles*.



Por último, nótese que en el elenco del art. 288 no está recogida la pensión provisional por hechos derivados del uso y la circulación de vehículos de motor, solución que estimamos acertada puesto que, pese a su actual ubicación en la LECrim entre las medidas cautelares reales, somos de la opinión de que ésta no es su naturaleza sino la de una medida anticipatoria de la reparación que en su día fije definitivamente la sentencia y a cuenta de la misma<sup>30</sup>.

Sí pensamos en cambio que debería llevarse al contenido del citado precepto la intervención de vehículo de motor, medida de carácter residual (en tanto no resulte acreditada la solvencia) prevista en el art. 294 ALECRim<sup>31</sup>.

## V. PROCEDIMIENTO:

### 1. CARACTERÍSTICAS

Una lectura del art. 280 dedicado al procedimiento para la adopción de medidas cautelares permite destacar como principales notas caracterizadoras las siguientes:

- carácter uniforme del procedimiento con independencia de la medida cautelar solicitada, en cuanto a los trámites de solicitud, adopción y, en su caso, los de oposición, modificación o alzamiento y sustitución por caución. Se exceptúan únicamente de tal régimen las medidas cautelares adoptadas en un proceso de decomiso autónomo<sup>32</sup> que se apartan de la tramitación general contenida en el art. 280 ALECRim para seguir las normas del título VI del Libro VIII ALECRim y, en su caso, del título VI del Libro III LEC. También (aunque la regulación no es del todo clara puesto que sólo menciona de modo expreso las cautelares personales) el proceso por delitos leves.
- carácter contradictorio, articulado en forma oral o por escrito, pudiendo ser la contradicción previa (regla general) o diferida (supuestos de urgencia reservados bien al Fiscal —art. 282, incautación de bienes y efectos para asegurar el decomiso incluido, en su caso, el bloqueo de cuentas— bien al Juez —art. 298.2 que pese a su errónea redacción e inexplicable remisión al art. 282 parece querer dar a entender que

<sup>30</sup> Así, entre otros, ÁLVAREZ ALARCÓN (2021), *Abogacía y proceso penal*, Tirant lo Blanch. Valencia, p. 1003, con el que coincidimos. Se recoge ahora en el texto del ALECRim en su art. 136.

<sup>31</sup> Artículo cuya rúbrica, por cierto, convendría corregir pues figura “Circulación” de vehículos de motor, cuando debería decir “Intervención de vehículos de motor”.

<sup>32</sup> Se trata de los supuestos de decomiso autónomo por razones de necesidad o de oportunidad.

el juez puede acordar las medidas del capítulo IV posponiendo la preceptiva audiencia del art. 280.4).

- regido por los principios de rogación (art. 277.1 y 19.2), acusatorio (281.1 y 19.2), proporcionalidad (art. 187), y combinación de oralidad y escritura (art. 280.4).
- tramitación en pieza separada que permanecerá a cargo del Letrado de la Administración de Justicia que se encargará de asegurar su ejecución (arts. 189.4 y 289.5).
- supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley Hipotecaria (art. 277.2).

## 2. COMPETENCIA

En íntima conexión con el amplio ámbito de aplicación y con una de las características básicas de las medidas cautelares —jurisdiccionalidad— enunciada también en el apartado XXIX de la Exposición de Motivos y recogida en el articulado en el art. 19.1.2º y en el apartado 1 del art. 189, se reserva a la autoridad judicial la adopción de las medidas, sin perjuicio de la atribución al Ministerio Fiscal de ciertas facultades excepcionales para casos urgentes y a efectos de aseguramiento del decomiso (art. 189.3 y 282) que requieren en todo caso su posterior ratificación judicial dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes y previa audiencia de las partes.

Fuera de dichos casos excepcionales, la competencia corresponde al Juez de garantías en fase de investigación (art. 189.1 en relación con art. 28), al Juez de la audiencia preliminar en fase intermedia (art. 189.3 en relación con art. 29) y a la Sección de enjuiciamiento del tribunal de instancia en fase de enjuiciamiento (art. 189.3 en relación con arts. 30, 31, 34) órgano que mantiene su competencia para mantener, alzar o adoptar medidas cautelares durante la sustanciación de los recursos de apelación y casación contra la sentencia (art. 707).

## 3. LEGITIMACIÓN

### 3.1. *Legitimación activa*

Uno de los aciertos del nuevo ALECrím es el de poner fin al actual estado de cosas en que por la dificultad de conciliar lo prevenido en el art. 589 LECrím con lo que dispone el art. 764 LECrím tras su redacción por Ley 38/2002, de 24 de octubre, no hay unanimidad a la hora de considerar si la oficialidad en la adopción que prevé el primer precepto en el seno del proce-

so ordinario cuando se dirigen frente al encausado desaparece cuando del abreviado se trata en atención a la remisión que el apartado 2 del art. 764 hace a los presupuestos, contenido y caución sustitutoria de las medidas cautelares reguladas en la LEC<sup>33</sup>.

El ALECRim opta por condicionar en todo caso a la petición de parte la adopción de medidas cautelares reales con independencia de que se dirijan contra el encausado o contra un tercero civilmente responsable, acabando con el actual estado de dudas que arroja la lectura del del art. 589 LECrim (oficialidad en su adopción) y el 764 con su remisión a los presupuestos que rigen en la LEC para sus homólogas y, en consecuencia, a su carácter rogado.

Partiendo de la base de que las medidas cautelares reales requieren en todo caso instancia de parte (art. 277.1 y 283.1) con independencia del sujeto frente a quien se dirijan, el ALECRim establece diversas soluciones en función de sus potenciales peticionarios.

Así, en primer lugar, reconoce una amplia legitimación al Ministerio Fiscal, que puede con carácter general pedir todo tipo de medidas y en cualquier fase del proceso (art. 279), excepción hecha de las dirigidas específicamente al aseguramiento de las responsabilidades civiles si hubiera sido ejercitada por el ofendido/perjudicado la acción civil en la causa en calidad de acusador particular o de actor civil caso en que la solicitud de dichas medidas le estaría reservado (art. 87.3 y 114.2 *a contrario sensu*)

---

<sup>33</sup> Tal estado de dudas se constata en la Circular 1/2003 de la Fiscalía General del Estado que en este punto optaba por la solución indicada en el art. 589 (oficialidad) considerando 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”. De la misma opinión DE PORRES ORTIZ DE URBINA (2009), “Medidas cautelares reales...”, op. cit. p. 556. En contra, PÉREZ DAUDÍ, V. (2012), “Las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 28, pp. 11 y 12; también Díaz quien considera que esta remisión a la legislación civil conlleva “desterrar una práctica procesal inquisitiva conforme a la cual las fianzas y embargos civiles podrían ser dispuestos de oficio, sin que ningún acreedor legitimado las solicitase y sin justificar la concurrencia de sus presupuestos procesales (el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*)” [DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Diario La Ley*, n.º 6059, 12 de junio, p. 2].

La legitimación del actor civil se circunscribe a la petición de medidas dirigidas al aseguramiento de la responsabilidad civil en sentido estricto<sup>34</sup> (art. 131.2 y 279.I) y la del acusador particular se amplía a las dirigidas al aseguramiento del pago de la multa, las costas procesales, la ejecución del decomiso y las consecuencias accesorias de carácter patrimonial que pudieran derivarse del delito (art. 279.II) si bien posteriores preceptos contradicen esta afirmación general del art. 279.II al limitar al Fiscal (y no mencionar al acusador particular) la solicitud de diversas medidas algunas de las cuales están en mayor o menor medida justificadas (art. 291 medidas de aseguramiento del decomiso; art. 292, decomiso provisional a efectos de un futuro proceso de decomiso autónomo) mientras que otras no lo están o, en su caso, sólo lo están parcialmente (294: intervención de vehículo de motor; 295: medidas para evitar la continuación de la actividad delictiva, impedir su consumación o prevenir sus efectos, una de cuyas finalidades es preservar bienes jurídicos de las víctimas).

Finalmente, la defensa del acusado tiene legitimación para interesar la constitución de una caución en garantía de las costas cuando cualquiera de las partes solicite la práctica de diligencias que puedan generar un retraso injustificado en el desarrollo del procedimiento o costes adicionales e innecesarios (art. 297.1) incluido (art. 297-3) el incremento de la caución inicialmente exigida al acusador popular<sup>35</sup>.

### **3.2. Legitimación pasiva**

Además del encausado, obligado a manifestar sus bienes (art. 53.3)<sup>36</sup> a efectos de asegurar sus responsabilidades patrimoniales que puede ser una persona física o jurídica (art. 83.3) también están pasivamente legitimados los terceros civilmente responsables (entre los que se encuentran las Compañías aseguradoras, arts. 134-136) cuya responsabilidad se limita a la civil en sentido estricto (art. 283.1) y cuya intervención en la fase de in-

---

<sup>34</sup> Si bien no podrá hacerlo en fase de investigación atendido lo que indica el art. 131.1 que aplaza su personación a la fase intermedia

<sup>35</sup> Se trata de un supuesto tomado del Anteproyecto de 2013 (art. 238) aunque no reflejado en su totalidad. Y según se justificaba en su Exposición de Motivos (página 27) se trata de medidas cautelares vinculadas a las posibles responsabilidades procesales en aseguramiento del pago de costas procesales, tanto relativas a la actuación de la acusación popular, en el sentido de poder solicitar una ampliación de su fianza inicial, cuanto a la solicitud de fianza para asegurar el pago del coste de medidas de investigación o prueba solicitadas por alguna de las partes distintas del encausado, que supongan una dilación considerable en la tramitación del procedimiento o un coste adicional, sin que dicha diligencia se justifique de modo plena como necesaria.

<sup>36</sup> Se echa en falta en el art. 53.2 ALECrIm una referencia a “soportar medidas cautelares”.

investigación se limita exclusivamente a la pieza separada abierta con ocasión de la solicitud de adopción de una medida cautelar (art. 132.1) abriéndose un incidente para impugnar su llamada al proceso (art. 133) y donde sus posibilidades defensivas pueden verse limitadas<sup>37</sup>.

Igualmente cabe su adopción frente a **terceros** afectados no responsables (art. 137.1) que no teniendo la condición de encausado ni responsable civil ostenten la titularidad de los bienes que hayan de ser decomisados o de un derecho real o de crédito que haya de ser irremediamente perjudicado dispensándosele en fase de investigación idéntico tratamiento al del tercero civilmente responsable (art. 138 que remite de manera incorrecta a los arts. 131 y 132 en vez de hacerlo a los arts. 132 y 133).

## 4. SOLICITUD

### 4.1. Forma y contenido:

El art. 280.1 exige que la solicitud cautelar se formule por escrito con claridad y precisión indicando:

- la medida/s concreta/s que se solicita.
- la persona física o jurídica contra la que se dirige.
- en su caso, la cantidad en la que se estima suficiente la garantía (extremo que será preciso concretar para buena parte de las medidas interesadas —aunque no para todas, v.gr. desalojo de un inmueble ilegalmente ocupado<sup>38</sup> o algunos supuestos de decomiso—).
- justificando la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción, con el problema añadido de su falta de claridad en la regulación legal indicada anteriormente. Necesariamente, por ser intrínseco ahora a la nueva configuración de las medidas cautelares tanto personales, cuanto reales, la parte solicitante de la medida cautelar deberá precisar los hechos e indicios que sustentan la concurrencia del *fumus commissi delicti* así como la finalidad y necesidad de la medida cautelar que se impetra atendido el riesgo concreto que con ella se quiere conjurar y los elementos probatorios que la fundamentan<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Al menos así sucede bajo el régimen de la vigente LECrim.

<sup>38</sup> Sobre esta medida véase la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado 1/2020*, cit. apartado 3).

<sup>39</sup> En este sentido PINTO PALACIOS F. (2021), “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9843, de 5 de mayo, p. 5 considerando que tales exigencias son derivación del principio acusatorio.

- tratándose de la petición de decomiso provisional (art. 292) justificándose por el Fiscal además<sup>40</sup> las razones que le impiden la presentación de la demanda de decomiso autónomo.

## 4.2. Momento para deducirla

El ALECRim no es excesivamente claro a la hora de determinar el momento *a quo* para solicitar medidas cautelares pues únicamente indica que tratándose del encausado lo es desde que aparecen indicios racionales de la comisión de un hecho delictivo (art. 277.1) o tratándose del tercero civilmente responsable, desde que en la investigación resultan indicios de dicha responsabilidad con arreglo a las disposiciones del CP (art. 283.1).

Se plantea a este respecto la duda de si es necesario para realizar la solicitud ante el Juez de garantías que se haya practicado la primera comparecencia del art. 559 ALECRim<sup>41</sup> Adviértase que ese precepto establece esa exigencia cuando se trata de medidas cautelares personales distintas de la detención; pero nada dice de las reales.

La solución pasa por entender que también esa será la regla general cuando se trata del investigado, atendidos los mínimos requisitos exigidos para la preceptiva convocatoria de la primera comparecencia para el traslado de cargos (art. 558: que de las actuaciones resulten indicios que permitan atribuir a una persona determinada la realización de un hecho punible”) y lo comparamos con el art. 277.1 que se expresa en similares términos, aunque añadiendo un “plus”: la racionalidad de los indicios.

Ahora bien, hay medidas —como la anotación preventiva del decreto de iniciación de la investigación del Fiscal —art. 550— que pueden ser previas

---

<sup>40</sup> Tratándose de medidas en aseguramiento de un decomiso futuro, la concurrencia de una genuina situación jurídica cautelable requiere no sólo la existencia de una apariencia de delito (*fumus delicti commissi*), sino que es igualmente necesaria la apariencia de que los bienes son decomisables, esto es, de que están vinculados con el delito de manera tal que resulte procedente su decomiso, extremos que debe ser verificada por el tribunal teniendo en cuenta las normas que determinan cuáles son los bienes decomisables, incluyendo también los supuestos en que proceda hacer uso de una potestad de decomiso ampliada —lo que permitirá incautar bienes vinculados con hechos delictivos distintos de los perseguidos en el proceso penal— o decomisar bienes de terceros [GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal* n° 38, p. 54 § 90].

<sup>41</sup> Ciertamente que esta puede ser una duda más teórica que real, habida cuenta de la generalizada práctica tendente a posponer hasta la conclusión de la investigación la adopción de medidas cautelares reales materializándose en el auto de apertura de juicio oral a la vista de los escritos de acusación de las partes. Práctica que, a la vista de la regulación del ALECRim, puede pervivir pese a sus negativas consecuencias para la eficacia de los pronunciamientos patrimoniales de la sentencia.

a la primera comparecencia. Con más dudas, también, las urgentes del art. 282 o incluso las de los arts. 294, 295 y 296 por remisión del art. 298.

Tratándose del tercero civilmente responsable (art. 283) cuya responsabilidad puede ser directa o subsidiaria con arreglo a las disposiciones del Código Penal, la determinación de la concurrencia de esos indicios de responsabilidad civil con arreglo a las disposiciones del CP presupone siempre un proceso abierto contra una persona en calidad de encausado.

## 5. AUDIENCIA DEL ENCAUSADO Y PARTES PERSONADAS

El ALECrim sienta la regla general de la audiencia previa del encausado y partes personadas pudiendo sustanciarse por escrito o, en su caso, mediante celebración de vista. Y la lectura del art. 282.4 que regula esta cuestión da a entender que la segunda solución —vista— será residual.

Nótese que el precepto citado alude en primer término a que se recabará el parecer del encausado y partes personadas *por escrito* en el plazo común e improrrogable de setenta y dos horas tras la presentación de la solicitud. Y si la solicitud no procediera del Ministerio Fiscal éste al evacuar su escrito deberá acompañar el resultado de los actos de investigación<sup>42</sup> practicados que justifiquen su sentido (favorable o desfavorable a la medida solicitada) y, asimismo, los actos de investigación que hubiera realizado a instancia del solicitante de la medida.

Sólo a continuación alude a la posibilidad de *vista oral* que será acordada por el juez cuando la considere necesaria para la correcta formación de una convicción fundada y que, aunque el 280.4 no sea del todo claro al respecto, deberá convocar para su práctica dentro de las setenta y dos horas siguientes.

En mi opinión resulta cuestionable que a diferencia no sólo de las medidas cautelares personales penales sino incluso de las reales que se adoptan en el proceso civil en que la vista oral es la regla, se torne aquí —a la vista de la redacción del art. 280.4— en excepción. Más aún a la vista del art. 19.2 ALECrim que posibilita al Juez la adopción de medidas distintas, pero menos gravosas que las interesadas “siempre que hubieran sido debidamente debatidas”, con lo que parece estar pensando en todo caso en una

---

<sup>42</sup> En esta materia cobran especial importancia los actos de investigación patrimonial. Vid. al respecto LORENTE PABLO, L. (2018) “La investigación patrimonial y las medidas cautelares”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015*.

vista oral. Hubiera sido más correcto optar directamente por esta solución y permitir en la vista un planteamiento similar al acogido en el art. 262.2 ALECrIm para las personales. Y todo ello sin perjuicio de que para aquellos supuestos en que esa audiencia oral y previa no sea conveniente dadas las circunstancias del caso y la urgencia con que haya de adoptarse la medida (v.gr. incautación de bienes, efectos y ganancias del delito a efectos de asegurar el decomiso) pueda prescindirse de ella tal y como prevén los arts. 282 y 298 ALECrIm.

Sentado, eso sí, que la regla general es la contradicción previa, se prevé como excepción la contradicción (oposición) diferida para las medidas acordadas en casos de urgencia por el Fiscal (art. 282) o por el Juez (art. 298.2) y que deberá articularse dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su adopción (por escrito o en vista oral). No se define la “urgencia”, concepto jurídico indeterminado cuya concurrencia deberá ser justificada necesariamente en el decreto del Fiscal o en el auto del Juez.

## 6. DECISIÓN

El tribunal debe resolver por medio de auto (art. 281. 4), cuyo contenido debe ser congruente con las peticiones de las partes sin que pueda adoptar medidas más gravosas que las interesadas<sup>43</sup> (art. 281.1 en relación con art. 19.2). Deberá fijar la medida específica (o medidas) que acuerde precisando el régimen a que haya de estar sometida (art. 281.2) y, en su caso, el plazo por el que se imponen [algo no indicado en el art. 281 pero que se deduce del art. 290 a) y que expresamente se regula en la medida de decomiso provisional, art. 292.1]. Determinará asimismo la cantidad líquida suficiente para cubrir las responsabilidades pecuniarias (multa, costas, responsabilidad civil) incrementada en un tercio (art. 282.2.II)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> Terminología que claramente parece amparar la posibilidad inversa (acordar medidas menos gravosas) pero que plantea el inconveniente arriba apuntado de cumplir la exigencia del debido debate a que alude el art. 19.2.

<sup>44</sup> El aseguramiento de los bienes que puedan ser objeto de decomiso implica una decisión más sencilla que el de las responsabilidades civiles, pues mientras que las medidas cautelares para garantizar estas últimas exigen una determinación de su importe y una evaluación de los bienes en relación con dicha garantía, las referidas al comiso únicamente exigen que se aprecie indiciariamente que los bienes aprehendidos están incurso en alguna de las causas que permiten acordar el decomiso (arts. 127 y 127 bis CP), de modo que su valoración sólo resultará imprescindible en determinados casos, particularmente en los de la venta anticipada o en los supuestos de decomiso por valor equivalente.



Tratándose de medidas cautelares acordadas en garantía de la efectividad del decomiso<sup>45</sup>, soslayando la imprecisión del prelegislador que en el art. 291.1 parece referirse al depósito como única medida idónea a tal fin, aunque una lectura de su segundo apartado lo desmiente, además de describir detalladamente los bienes asegurados el juez o tribunal deberá acordar algunas previsiones adicionales en función de la medida en cuestión adoptada. El apartado 2 del art. 291 enuncia algunas indicadas especialmente para el caso de depósito (nombramiento de depositario, entrega de bienes a la ORGA) junto a otras pensadas para supuestos más específicos (intervención o administración judicial de empresa, nº 4º; anotaciones preventivas, nº 5) o formuladas a modo de cláusula abierta susceptible de dar cobertura a cualesquiera otras medidas de tipo patrimonial que resulten idóneas en el caso concreto (nº 6)<sup>46</sup>. Y todo ello sin perjuicio de que en el propio auto pueda decidirse la utilización provisional de los bienes intervenidos e incluso, de resultar necesario, su realización anticipada conforme a lo establecido en la propia ley (art. 282.2.III en relación con art. 291.2.3º y 448-454, si bien esta última previsión en puridad no constituye una medida cautelar sino una anticipación de la ejecución).

Cuando el auto fuera denegatorio de la petición, sin perjuicio de la posibilidad de recurso a la que a continuación me referiré, cabe la posibilidad de reproducir la solicitud de la medida, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 282.3).

## 7. IMPUGNACIÓN

La concesión o denegación de la medida es recurrible<sup>47</sup> en reforma, sin efectos suspensivos (art. 281.4).

Tal claridad en materia de impugnación desaparece cuando la medida cautelar se ha adoptado con carácter provisional e inmediato por el Fiscal en los supuestos de urgencia a que hace referencia el art. 282 cuyo párrafo tercero prevé el indicado recurso de reforma sin efecto suspensivo para los

<sup>45</sup> Sobre medidas cautelares y decomiso véase GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales...”, cit. pp. 50 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016), *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, pp. 235-244; GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019), *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid, pp. 117 y ss.

<sup>46</sup> La Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado de 30 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*, realiza una clasificación bastante completa de las medidas de aseguramiento del comiso.

<sup>47</sup> Según los casos, ante la Sección de reforma del Tribunal de instancia o de la Audiencia Nacional, por los trámites de los arts. 719 y siguientes.

casos en que el auto judicial ratifique la medida. Lo que suscita la duda de si está exceptuado de recurso el auto que no ratifique la medida adoptada por el Fiscal, extremo que convendría clarificar apostando por la solución general favorable a la procedencia del recurso en todo caso que prevé el art. 281.4 ALECRim<sup>48</sup>.

## VI. EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR.

La ejecución de la medida cautelar regulada en el art. 289 ALECRim incorrectamente ubicado en el capítulo dedicado a las *Medidas específicas*, corre a cargo del Letrado de la Administración de Justicia, para cuya ejecución serán hábiles todos los días y horas si no admitiere demora [art. 140.2.a)].

Una vez que existe un auto fijando la cantidad a asegurar y acordando la medida cautelar a tal efecto (art. 281.2 ALECRim), puede el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto motivado llevar a cabo la ejecución de la medida, empleando para ello los medios necesarios incluso los previstos para la ejecución de sentencias (art. 289.1 y 289.5 ALECRim). Esta separación material, que se mantiene hasta la fase de ejecución (y en casos excepcionales, pervive tras el archivo provisional de la causa), facilita la administración independiente de unas medidas que en ocasiones pueden resultar muy complejas y permite impulsar el procedimiento sin parasitar los autos principales con las múltiples incidencias que a menudo genera su gestión<sup>49</sup>. Esa gestión diferenciada también permite dotar a las medidas cautelares de la autonomía necesaria para su trasvase a la jurisdicción civil en el supuesto del art. 58.4 ALECRim a tenor del cual las medidas cautelares reales acordadas en el proceso penal se mantienen cuando el ofendido acuda a aquella jurisdicción a ejercitar las acciones correspondientes contra los que resulten responsables declarados en rebeldía.

Aunque el art. 289.1 ALECRim indica que acordada la medida cautelar se exigirá su inmediato cumplimiento empleando para ello los medios que sean necesarios “incluso los previstos para la ejecución de sentencias”<sup>50</sup>, es dudoso que pueda amparar el reenvío al art. 589 LEC, o al menos a la totalidad de las previsiones que contiene, pese a la supletoriedad expresa afirmada por el art. 277.2 ALECRim. Sí, entiendo, cabría aplicar aquí lo que

<sup>48</sup> Se trata de un precepto cuya redacción propone corregir la Asociación de fiscales (2021) en sus *Alegaciones al ALECRim* (op. cit., p. 40), sugiriendo que el precepto solamente señale que contra el auto que dicte puede interponerse recurso de reforma.

<sup>49</sup> Así PAVIA CARDELL, J. (2016), “Medidas cautelares y recuperación de activos”, cit., p. 9.

<sup>50</sup> Advértase que su redacción es idéntica a la del art. 738.1 LEC.

se indica en el apartado primero de dicho precepto procesal civil; esto es, que salvo que el encausado haya hecho manifestación de bienes en la cuantía fijada en el auto judicial para el aseguramiento cautelar, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá, mediante diligencia de ordenación, al encausado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir dicha cuantía, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, de ser inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Sin embargo, no cabrá efectuar apercibimiento de sanción alguna ni mucho menos imponer multas coercitivas, como prevén los apartados 2 y 3 del art. 589 LEC.

El art. 289 ALECrim en sus apartados 2º a 4º se encarga de precisar algunas cuestiones de interés con relación a determinadas medidas, si bien conviene no olvidar la supletoriedad en esta materia de la LEC y de la LH afirmada en el art. 277.2:

- respecto a la caución (apartado 2º) actualiza acertadamente las formas en que puede constituirse (en metálico, mediante aval bancario o por cualquier medio que garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate).
- respecto al embargo (apartado 3º), afirmando su carácter subsidiario con respecto a la caución pues únicamente se procederá a embargar bienes cuando la persona encausada o el tercero civilmente responsable no hubiese atendido debidamente el requerimiento de constitución de la caución. Ahora bien, pese a este carácter subsidiario de la caución el embargo debe acordarse expresamente por el Juez; por tanto, en el propio auto en el que se acuerde la caución se deberá disponer que en caso de que ésta no se preste o lo haga en un importe inferior al exigido, se llevará a cabo el embargo.
- respecto a las anotaciones registrales (apartado 4º) destaca la posibilidad de que, a requerimiento del fiscal, se extienda a la anotación preventiva del decreto de incoación del procedimiento de investigación y la precisión sobre el contenido (limitado) que debe tener la anotación registral practicada para cumplir con los fines de la publicidad registral (STC 28/2020, FJ 5) en armonía con las exigencias derivadas de la presunción de inocencia como regla de tratamiento (Directiva UE 2016/343).

De los aspectos enunciados en el art. 289 constituye una auténtica novedad la anotación preventiva del decreto de incoación del Ministerio Fiscal si bien, tal y como está redactado el precepto no parece conciliarse debida-

mente con las exigencias de la Ley Hipotecaria (art. 42) y de la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) que no permite reflejar registralmente por vía de anotación preventiva la mera interposición de querella (y entendemos, tampoco permitiría la del decreto de incoación del Fiscal), salvo que en la misma se ejercite una acción civil de trascendencia real inmobiliaria<sup>51</sup>.

Se echa en falta en cambio en el art. 289 ALECRim algunas normas sobre el modo en que llevar a cabo la ejecución de otras medidas tan relevantes como las contenidas en los arts. 295 y 296, lo que exigirá no perder de vista las disposiciones contenidas en la Ley de Propiedad intelectual (art. 141), en el Código Penal (art. 270.3) o en la Ley 34/ 2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, siendo de utilidad asimismo a este respecto la Circular 8/2015 de la Fiscalía General del Estado de 21 de diciembre, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015. (apartado 3.3.). Asimismo, el Reglamento (UE) 2021/784 del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2021 (aplicable a partir del 7 de junio de 2022) sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea.

## VII. MODIFICACIÓN, CAUCIÓN SUSTITUTORIA Y EXTINCIÓN DE LAS MEDIDAS

La **modificación de las medidas**, intrínseca a su nota de variabilidad y obedecer a la cláusula *rebus sic stantibus*, se prevé en el art. 285 ALECRim.

Aunque su rúbrica comprende tanto la modificación de la medida como la mejora y reducción, lo cierto es que su contenido no es un ejemplo de claridad pues más parece estar pensando en una ampliación o reducción de una específica medida (v.gr. importe de una caución o ampliación de bienes

---

<sup>51</sup> Y es que es doctrina reiterada de ese Centro Directivo, que no es posible la constatación registral de la mera interposición de querella pero, sin embargo, ello no obsta a que cuando en la querella se haga valer no sólo la acción penal sino también la civil, pueda extenderse anotación preventiva para reflejar el ejercicio de ésta, porque, conforme al artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, el objeto de la anotación de demanda es el ejercicio de una acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual ésta se hace valer y, consiguientemente, el vehículo formal que para ello se emplee, demanda o querella. Será necesario pues, en todo caso, que del mandamiento judicial resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella en que se recoja el correspondiente suplico (Resolución de 28 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, BOE nº 228 de 21 de septiembre de 2016 con cita de las precedentes Resoluciones de 13, 14 y 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006 o 25 de noviembre de 2014).

objeto de embargo) que en la posibilidad de acordar adicionales y distintas medidas ante el incremento de las responsabilidades pecuniarias inicialmente estimadas o bien su alzamiento parcial o su sustitución por otras medidas diversas y de menor entidad para el caso contrario.

Sí queda claro que, en todo caso, la modificación, ampliación o reducción requieren petición de parte y acordarse por auto judicial siguiendo el procedimiento contradictorio del art. 280 ALECrím ya analizado.

Se incorpora de modo expreso en la nueva regulación procesal penal (art. 284) la **sustitución de la medida** por caución ofrecida por la parte obligada por la medida cautelar en cantidad suficiente para asegurar la efectividad de la futura sentencia y evitar bien la adopción de la propia medida cautelar solicitada (deduciéndose la petición en las alegaciones escritas o en la vista a que alude el art. 280) bien el alzamiento y sustitución de la ya acordada (mediante petición escrita y posterior trámite contradictorio del art. 280).

La **extinción de la medida** se regula en el art. 290 incorrectamente ubicado en el capítulo que se dedica a las Medidas cautelares específicas, precepto que indica tres supuestos diversos que conducen a dicha situación:

a) cumplimiento del plazo de duración previsto sin haberse acordado prórroga, supuesto que tiene sentido únicamente para determinadas medidas que además de provisionales son “temporales” como la clausura temporal de locales comerciales, prohibiciones de continuar realizando determinadas actividades o para aquéllas que tienen un plazo máximo de duración como el decomiso provisional fijado en seis meses —art. 292— o las medidas acordadas por el Juez de garantías en la pieza se parada de decomiso autónomo abierta por el Fiscal que una vez dictado decreto concluyendo dicha pieza separada permanecerán vigor durante los 30 días posteriores en espera de la presentación de la demanda —art. 855.2—.

b) por archivo, sobreseimiento o sentencia absolutoria. Si bien en el caso del archivo hay que matizar que pese a ser ésta la regla general (art. 588.2) presenta una excepción: el caso de que el encausado haya sido declarado en rebeldía (art. 58.4), en que al reservarse a la parte ofendida o perjudicada por el delito la acción para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios para que pueda ejercitarse frente a sus responsables por la vía civil, se mantendrán las medidas cautelares reales que se hayan adoptado hasta tanto pueda pronunciarse sobre su procedencia el tribunal civil competente.

c) por “su ejecución”, expresión algo equívoca que lejos de referirse a las actividades para materializar la medida cautelar a que se refería el art. 289

ya analizado, alude a la ejecución de las medidas de contenido patrimonial acordadas en la sentencia y que se regula en el Título V del Libro IX (arts. 951 y siguientes). A este respecto recuérdese que el art. 220.d) ALECrím confiere a la caución en garantía de la libertad provisional (antigua *fianza carcelaria*) una función cautelar real secundaria y subsidiaria cuando el condenado se presente voluntariamente para cumplir condena.

## VIII. ALGUNAS CUESTIONES QUE SE DEBERÍAN INCLUIR EN EL TÍTULO III

Conforme a una sistematización más adecuada, el Título IV ALECrím debería pasar a ser un Capítulo (Especialidades en los delitos contra la Hacienda Pública) dentro del Título III que regula las medidas cautelares reales.

Esta en realidad parece ser la inicial pretensión del prelegislador pues en la Exposición de Motivos las menciona en el apartado XXXIV (recordemos, el único dedicado a las cautelares reales) aunque luego por el contrario las sitúe en el articulado fuera de él, en un Título separado, a modo de *tertium genus*.

Obviando de nuevo esta falta de sistemática, una lectura de los preceptos que integran este título IV revela que su contenido recoge de manera mejor estructurada el de los arts. 614 bis, 621 bis y 621 ter de la vigente LECrím.

El art. 299 ALECrím —equivalente al art. 614 bis de la vigente LECrím— mantiene el régimen hoy existente introducido por la Ley 7/2012 de 29 de octubre en el art. 81 de la Ley General Tributaria (y posteriormente en la LECrím por ley 34/2015) que confiere a la administración tributaria la facultad de adoptar directamente, pendiente una instrucción penal, medidas cautelares de naturaleza real en garantía de los eventuales pronunciamientos civiles que puedan llegar a declararse por parte de los órganos judiciales penales. El reconocimiento de esta facultad supone la alteración de exclusividad jurisdiccional en la adopción *ab initio* de las medidas sustituida por un control *a posteriori* de los órganos judiciales penales que es el que establece el art. 614 bis LECrím (y art. 299 ALECrím).

La finalidad perseguida por esta normativa es, por un lado, sustraer la competencia de adopción y ejecución de las medidas cautelares en los procesos penales por delitos contra la hacienda pública al orden jurisdiccional penal en favor de la administración tributaria y, por otro, en atención a que esas medidas lo son en garantía de eventuales responsabilidades pecuniarías que se deriven de la comisión de un ilícito penal, garantizar de manera

inmediata el control último por parte de los órganos judiciales penales sobre la adopción, mantenimiento y modificación de dichas medidas cautelares. Esas medidas pueden adoptarse antes o después de incoarse el procedimiento penal, pero deben notificarse al Juez para que el mismo decida sobre su levantamiento o su conversión en medida cautelar jurisdiccional, como disponen dichos preceptos (299 ALECrim y art. 614 bis LECrim). Este régimen es igualmente aplicable al delito de contrabando de conformidad con el número 3 de la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

Aunque la redacción del nuevo precepto (art. 299 ALECrim) es correcta y sustancialmente equivalente a la del art. 614 bis LECrim, convendría incluir en él por razones de legalidad/previsibilidad la referencia al art. 81 de la Ley General Tributaria, precepto en el que se enuncian las medidas cautelares. Entre tales medidas cautelares que la Administración tributaria puede adoptar y que deberán ser posteriormente convalidadas por el Juez o tribunal se encuentran (art. 81.4 LGT) la retención del pago de devoluciones tributarias o de otros pagos que deba realizar la Administración tributaria; el embargo preventivo de bienes y derechos, del que se practicará, en su caso, anotación preventiva; la prohibición de enajenar, gravar o disponer de bienes o derechos; la retención de un porcentaje de los pagos que las empresas que contraten o subcontraten la ejecución de obras o prestación de servicios correspondientes a su actividad principal realicen a los contratistas o subcontratistas, en garantía de las obligaciones tributarias relativas a tributos que deban repercutirse o cantidades que deban retenerse a trabajadores, profesionales u otros empresarios, en la parte que corresponda a las obras o servicios objeto de la contratación o subcontratación<sup>52</sup>.

Además, esas medidas cautelares, una vez judicializadas en el proceso penal, quedan sustraídas del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa por declararlo así la Disposición adicional décima de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, también reformada al efecto por la ley 34/2015 anteriormente citada<sup>53</sup>. La especialidad del régimen radica en la posibilidad que tiene el

---

<sup>52</sup> Véase STC 141/2020, de 19 de octubre de 2020 que al analizar esta facultad de la administración tributaria indica que la previsión normativa del art. 614 bis LECrim se extiende a (i) cualquier medida cautelar del art. 81 LGT y no solo a las del art. 81.8 LGT —incluyendo, por tanto, las adoptadas con anterioridad a la propia iniciación del proceso penal—; y (ii) en coherencia con ello, a cualquier pretensión sobre dichas medidas cautelares incluyendo, por tanto, las de modificación o levantamiento de cualquiera de las medidas del art. 81, con independencia de que no sean las del art. 81.8 LGT.

<sup>53</sup> Concretamente por disposición final 3.2 de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Juez de suspender las actuaciones administrativas de ejecución que sigan su curso en paralelo al procedimiento penal para el cobro de la deuda tributaria —conurrencia que permite el art. 305.5 CP— a cambio de que el encausado preste una “garantía” suficiente en un plazo determinado —dos meses como regla general— durante el cual las medidas cautelares preexistentes mantienen su vigencia y pueden llegar a convertirse en medidas judiciales, sin perjuicio de la enajenación anticipada de los bienes en casos determinados.

Los arts. 300 a 304 ALECrIm se ocupan de esa situación y sistematizan correctamente el contenido de los arts. 621 bis y 621 ter de la vigente LE-CrIm regulando el procedimiento para la suspensión judicial de las actuaciones dirigidas al cobro por la administración tributaria.

## IX. A MODO DE CONCLUSIÓN

El ALECrIm ha hecho un loable esfuerzo para mejorar el tratamiento dispensado a las medidas cautelares reales en el proceso penal, acorde con la intrínseca relevancia de las medidas cautelares tanto personales como patrimoniales, cuya dimensión dogmática como una de las diversas vertientes de la potestad jurisdiccional así lo demandaba.

Su regulación en el seno de un Libro específico viene a dotarles de la imprescindible sistematización y pone fin a la dispersión con que aparecen reguladas en la vigente legislación, no sólo en distintos libros de la LE-CrIm, sino en los más variados textos procesales y sustantivos; señaladamente, en el Código Penal<sup>54</sup>.

Resulta especialmente destacable el intento de sistematización llevado a cabo sobre la base de una teoría general, al modo en que lo acometió en 2000 nuestro legislador procesal civil. Sale al paso así del claro déficit del que adolece la vigente LE-CrIm, caracterizada por una escasa previsión legislativa de sus presupuestos formales, en la que no se exige todavía una justificación (ni teleológica ni racional) a todas las medidas que nombra, como tampoco prevé un procedimiento relativamente uniforme para imponerlas<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> Así por ejemplo las medidas cautelares para el aseguramiento del decomiso, recogidas en el art. 127 octies CP [vid. sobre este punto la crítica de GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales”, cit. p. 57].

<sup>55</sup> En este sentido ARMENTA DEU, T., “Prólogo” a la monografía de Pujadas Tortosa, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.



El resultado final no ha sido, sin embargo, todo lo acertado que debiera puesto que, junto a una loable simplificación y unificación de su régimen procedimental, se incurre en una serie de deficiencias sistemáticas a corregir de las cuales he dado cuenta puntualmente en los correspondientes apartados de estas páginas y algunas omisiones de cierto calado que se deben colmar; entre ellas, y muy relevante, la imprecisión en la formulación de los presupuestos a que se condiciona la adopción de toda medida cautelar.

Pero, en cualquier caso, y esto es lo importante, se ha avanzado notablemente en la mejora de la regulación, en la sistematización de las medidas conforme a una auténtica teoría general y en la simplificación y armonización del procedimiento, poniendo fin al actual estado de cosas que en función del tipo de medidas adoptadas, del sujeto gravado por ellas y del cauce procesal (ordinario o abreviado) en el que se insertaran, las soluciones son diversas, coexistiendo adopción de oficio junto a condicionamiento a petición de parte y modos dispares (comparecencia previa o adopción *inaudita parte*) para su acuerdo. Lo que se ha hecho, según se ha expuesto, tomando básicamente como ejemplo el modelo de la LEC incorporando así las líneas maestras a las que se ajusta la regulación de las homólogas cautelares reales civiles: condicionamiento a petición de parte, adopción previo trámite contradictorio y posibilidad de enervar la medida mediante caución sustitutoria. Extremos, algunos de ellos, ya avanzados en su día en el texto de la LECrim tras la modificación del art. 764 LECrim por ley 38/2002, pero que, al margen de limitar su proyección al cauce del procedimiento abreviado, suscitaban incluso en su seno serias dudas en cuanto a su alcance.

El prelegislador, eso sí, ha obviado condicionar la adopción de las medidas cautelares reales en el marco del proceso penal a la prestación por el solicitante de una contracautela para hacer frente a los eventuales daños derivados de la adopción de la medida para el caso de que el proceso concluya con una eventual sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre<sup>56</sup>. Las razones para ello, no explicitadas, pueden ser de muy diverso tipo; por una parte, que en la mayor parte de los casos será el Ministerio Fiscal quien solicite las medidas, con la imposibilidad de exigirle caución alguna. Pero también, y por otra, el hecho de que resultaría poco acorde con la debida tutela a las víctimas del delito y con el derecho a la reparación que hoy reconoce la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima exigir caución a alguien que

---

<sup>56</sup> Tampoco hoy se contempla en la LECrim y ello aun habiendo trasladado en 2002 a su seno por mor de la reforma del art. 764 buena parte de los presupuestos a que también se condiciona su adopción en el proceso civil.

ha sufrido en su persona o en su patrimonio una conducta presuntamente delictiva<sup>57</sup>.

Partiendo de la base de que existen razones que abonan la opción de prescindir de la exigencia de contracautela como condición para la adopción de medidas cautelares reales el problema, no resuelto en el ALECRim, es qué hacer en aquellos casos en que el proceso termina de manera anticipada mediante un auto de sobreseimiento libre o, finalmente, por sentencia absolutoria y el encausado ha tenido que soportar medidas cautelares reales que han generado graves consecuencias en su situación económica; amén de repercusiones en la esfera persona y familiar, de las cuales difícilmente puede recuperarse con posterioridad. No resulta de recibo que mientras que en caso de prisión provisional se prevea la posibilidad de una reparación a través del procedimiento especial recogido en el libro VIII ALECRim, no se contemple una solución similar tratándose de medidas cautelares reales<sup>58</sup>. Pese a que en un supuesto el bien jurídico afectado y lesionado sea la libertad y en el otro la propiedad, la justificación de la solución indemnizatoria sería válida para ambos supuestos. En el ámbito comparado esta es la solución acogida en el ordenamiento alemán<sup>59</sup> que podía haber sido tomado como ejemplo para introducir una regulación más avanzada en este punto, habiendo desaprovechado el prelegislador la ocasión de oro que propicia la gestación de un nuevo texto procesal penal<sup>60</sup>.

Tiempo hay, todavía, durante la tramitación parlamentaria de subsanar esta y otras omisiones y lograr ese nuevo texto de enjuiciamiento criminal, largamente deseado y tantas veces pospuesto.

---

<sup>57</sup> Vid. en este sentido SÁNCER PELEGRINA, J.A. (2002) “Análisis comparativo de las medidas cautelares en los procesos civil y penal”, *Economist & Jurist*, número 65 (noviembre).

<sup>58</sup> Que como mucho, habrán de conformarse con la posibilidad de solicitar la indemnización de los daños que la medida le haya ocasionado, al amparo de la normativa sobre funcionamiento anormal de la Administración de Justicia [Así, y en lo relativo al decomiso, GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales ...”, cit., p. 55].

<sup>59</sup> En ese ordenamiento la reparación de la prisión provisional y de los perjuicios que puedan causar las “medidas de persecución penal” al que finalmente resulta absuelto —entre ellas el aseguramiento de bienes, el embargo y la congelación de activos, se regula en los §§ 467 y 467 a) de la Ordenanza Procesal Alemana —Strafprozessordnung (StPO—, y en la Ley sobre indemnización por medidas adoptadas en una persecución penal, de 8 de marzo de 1971 (última modificación, de 13 de abril de 2017) —Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen (StEG) —. Véase sobre dicha regulación DE HOYOS SANCHO, M. (2020), *Efectos “ad extra” del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 96-102.

<sup>60</sup> Para lo cual además de incorporar esta solución de modo expreso en el texto del ALECRim habría que modificar otras normas directamente conectadas; señaladamente la LOPJ cuyo tenor actual, es bien sabido, sólo se refiere (art. 294 LOPJ) a la prisión provisional.

## X. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2011) *La reforma del proceso penal* (Asencio Mellado, J.M<sup>a</sup> y Fuentes Soriano, O. directores), La Ley, Madrid, 2011.
- AA.VV. (2015), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Jornadas sobre el Borrador de nuevo Código Procesal Penal* (Moreno Catena, V. director; Ruiz López, C. y López Jiménez, R. coordinadoras), Tirant lo Blanch, Valencia.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (2021) *Abogacía y proceso penal*, Tirant lo Blanch. Valencia.
- ARANGÜENA FANEGO, C., (1991), *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M Bosch, Barcelona.
- ARANGÜENA FANEGO, C., “Reforma procesal penal. Algunas cuestiones urgentes”, Madrid, 2021.
- ARMENTA DEU, T. (2003), *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 24 de octubre de 2002*, Marcial Pons, Madrid.
- ARMENTA DEU, T. (2008), “Prólogo” a Pujadas Tortosa, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- Asociación de Fiscales (2021), *Alegaciones que presenta la Asociación de Fiscales al Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (19 de marzo de 2021).
- DE HOYOS SANCHO, M. (2020), *Efectos “ad extra” del derecho a la presunción de inocencia*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- DE PORRES ORTIZ DE URBINA, E. (2009), “Medidas cautelares reales en el proceso penal”, en *Hacia un catálogo de buenas prácticas para optimizar la investigación judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de formación continuada, nº 46, pp. 547-564.
- DÍAZ MARTÍNEZ, M. (2004), “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 6059, de 12 de julio de 2004.
- Fiscalía General del Estado (2003), *Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado*.
- Fiscalía General del Estado (2010), *Circular 4/2010 de 30 de diciembre, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal*.
- Fiscalía General del Estado (2015), *Circular 8/2015, sobre los delitos contra la propiedad intelectual cometidos a través de los servicios de la sociedad de la información tras la reforma operada por ley orgánica 1/2015*.
- Fiscalía General del Estado (2020), *Instrucción 1/2020, de 15 de septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles*.
- GARRIDO CARRILLO, F.J. (2019), *El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal*, Dykinson, Madrid.
- GASCÓN INCHAUSTI, F. (2016), “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de *decomiso total*: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso, el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, *Revista General de Derecho Procesal* nº 38.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. (2021), *El indicio de cargo y la presunción judicial de culpabilidad en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GÓMEZ SOLER, E. (2007), “Medidas cautelares reales en el nuevo procedimiento abreviado”, *Revista General de Derecho Procesal* nº 11.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (1990), *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2004), “El principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 5 (septiembre-diciembre), pp. 191-215.
- GUARINIELLO, R. (1966), “La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, *Rivista di Diritto Processuale*.

- JUAN SÁNCHEZ, R. (2004), *La responsabilidad civil en el proceso penal (Actualizado a la Ley de Juicios Rápidos)*, La Ley, Madrid.
- LÍBANO BERISTAIN, A. (2020), *Del sumario como fase a la instrucción como proceso penal. Reflexiones de lege lata y propuestas de lege ferenda*, JM Bosch, Barcelona.
- LORENTE PABLO, L. (2018) “La investigación patrimonial y las medidas cautelares”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Delitos contra la Administración Pública. Prevaricación, cohecho, tráfico de influencias y malversación. Novedades tras la reforma del Código Penal por la LO 1/2015*.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (1998), “Algunos aspectos de las medidas cautelares reales en el proceso penal”, *Diario La Ley*, Ref. D-229, tomo 5.
- MARCHENA GÓMEZ, M. y González-Cuéllar Serrano, N. (2015) *La reforma de la Ley d Enjuiciamiento Criminal en 2015*, Ed. Castillo de Luna, Madrid.
- MORENO CATENA, V. (2014), “La dudosa constitucionalidad de las medidas cautelares ordenadas por la Agencia Tributaria durante el proceso penal”, *Diario La Ley*, nº 8331.
- NEGRI, D. (2004), *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giapichelli, Torino.
- PAVIA CARDELL, J. (2016), “Medidas cautelares y recuperación de activos”, ponencia del Curso de formación del Centro de Estudios Jurídicos *Investigación y prueba en los delitos de corrupción*.
- PÉREZ DAUDI, V. (2012), “Las medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 28.
- PINTO PALACIOS, F. (2021), “Una aproximación a las medidas cautelares personales en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020”, *Diario La Ley*, nº 9843, de 5 de mayo de 2021.
- PUJADAS TORTOSA, V. (2008) *Teoría general de las medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, N. (2016), *El decomiso de activos ilícitos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- SÁNCER PELEGRINA, J.A. (2002), “Análisis comparativo de las medidas cautelares en los procesos civil y penal”, *Economist & Jurist*, nº 65 (noviembre).

Requisitos procesales para la admisión de recursos de casación contencioso-administrativos:  
principales criterios jurisprudenciales  
**Felipe Alonso Murillo**

---

O novo estatuto do maior acompañado no sistema portugués. algúns cuestións processuais  
**Lourdes Varregoso Mesquita**

---

Víctimas vulnerables: especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de  
protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia  
**Ana Beltrán Montoliu**

---

El arbitraje marítimo en Londres tras el brexit  
**Leticia Fontestad Portalés**

---

La estructura y fases del proceso en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de  
2020  
**Julio Muerza Esparza**

---

Comentarios al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020. Parte general de las  
medidas cautelares. La detención  
**José María Asencio Mellado**

---

La orden de protección en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal  
**Raquel Castillejo Manzanares**

---

El estatuto de la persona encausada en el anteproyecto de Lecrim  
**Alicia Armengot Villaplana**

---

Las partes acusadoras en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de Noviembre de  
2020  
**José Martín Pastor**

---

El estatuto de la víctima y las partes civiles en el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento  
Criminal de 2020  
**Ricardo Juan-Sánchez**

---

La prisión provisional en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal  
**Marién Aguilera Morales**

---

El procedimiento de medidas cautelares personales en el anteproyecto de Ley de  
Enjuiciamiento Criminal de 2020  
**Alicia Bernardo San José**

---

Medidas cautelares reales en el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal  
**Coral Arangüena Fanego**

---