

ESTUDIOS

Tutela cautelar y protección de la víctima en el proceso penal

ANA M.^a CHOCRÓN GIRÁLDEZ

Profesora Contratada Doctora

Universidad de Sevilla (Área de Derecho Procesal)

RESUMEN

La regulación legal de instrumentos destinados a la protección de la víctima del delito en el proceso penal, ha situado a las medidas cautelares en el centro de un debate jurídico surgido entorno a la conveniencia de extender su régimen procesal a estos nuevos instrumentos frente a quienes defienden la necesidad de mantener su significado tradicional como medidas destinadas a garantizar la efectividad del proceso.

Las líneas que siguen van encaminadas a examinar la implantación de medidas de protección penal en nuestro sistema procesal que bordeando la naturaleza cautelar, responden a un fin esencialmente preventivo como es evitar la reiteración del hecho delictivo.

SUMARIO: I. La víctima y el proceso penal: la protección de la víctima como uno de los fines del proceso penal.–II. Ámbitos de protección autónomos: víctima e imputado: 1. Protección del imputado: el derecho de defensa. 2. Protección de la víctima: la regulación de las medidas cautelares con ese fin.–III. Medidas cautelares en sentido estricto y nuevas «medidas cautelares»: 1. Aproximación a las medidas cautelares personales en el proceso penal: concepto, fundamento constitucional y razón de ser. 2. Tratamiento doctrinal de las nuevas medidas. 3. Desajustes derivados de la expansión cautelar.–IV. Reflexión final.

I. LA VÍCTIMA Y EL PROCESO PENAL: LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA COMO UNO DE LOS FINES DEL PROCESO PENAL

Tradicionalmente el proceso penal ha venido concibiéndose como el instrumento de la jurisdicción para la aplicación del *ius puniendi* (Fenech, Gómez Orbaneja,

Viada¹⁾ entendido como el derecho público a castigar que corresponde en exclusiva aplicar al Estado. No obstante, el hecho de ser ésta una afirmación reiterada hasta la saciedad no convierte en innecesaria una revisión de la misma siempre a la luz de los postulados de nuestro sistema democrático. Por eso asistimos en la actualidad a una corriente revisora de la función del proceso penal que de forma continuista acepta la aplicación del *ius puniendi* como su seña de identidad pero que también reconoce otros ámbitos de actuación como son la protección de la víctima y la protección del derecho a la libertad (Gimeno Sendra, Asencio Mellado, Ramos Méndez, González Cuellar²⁾). Y es que en un Estado de Derecho en el que la libertad se configura como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, la función del proceso penal no puede reconducirse mecánicamente a la aplicación exclusiva del ejercicio del *ius puniendi* sino que por el contrario ha de comprender también la defensa de derechos fundamentales y libertades públicas. Se trata pues de superar definitivamente una función en esencia represora –propia de una época preconstitucional– para instaurar un modelo de proceso al servicio de los derechos y libertades constitucionalmente consagrados. Por consiguiente, si el proceso es el único medio a través del cual se puede declarar la culpabilidad de una persona e imponerle una pena, y si al mismo tiempo se configura como instrumento de tutela de los derechos y garantías fundamentales, habrá que terminar aceptando un mayor protagonismo de la víctima en un contexto que hasta ahora venía siendo prácticamente acaparado por el imputado y por el catálogo de garantías jurisdiccionales derivadas de las exigencias del derecho a un proceso justo. Todo ello conduce necesariamente a una profunda reflexión y análisis del proceso penal y en particular de la función o funciones que está llamado a desempeñar en este nuevo tiempo, lo que constituye además una inmejorable ocasión para evaluar los mecanismos de respuesta de nuestro sistema judicial para hacer frente tanto a los intereses legítimos de quienes han sido víctimas de un delito como a las demandas de protección y seguridad de la sociedad en su conjunto ante nuevos ámbitos de criminalidad.

Partiendo de la anterior premisa y desde el punto de vista de la norma jurídica, el proceso penal ya no se puede limitar a averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos y la culpabilidad del delincuente, tal como recoge el artículo 299 LECrim, o a imponer la correspondiente sanción por la conducta delictiva. Por ello, no puede extrañar que haga más de una década que se reivindique por los distintos operadores jurídicos un «equilibrio preocupacional» en el tratamiento de la víctima y del agresor³. Así, superada ya la idea unidireccional de un proceso penal destinado exclusivamente a la represión de delitos, asistimos en los últimos tiempos a un intenso debate de

¹ FENECH, *El proceso penal*, Madrid, 1978, pp. 12 y 13; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1987, p. 2; VIADA, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1962, p. 17.

² GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2004, p. 45; ASCENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2004, P. 25; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 2004, P. 27, GONZÁLEZ CUELLAR SERRANO, «La reforma de la LECrimin: necesidad de su reforma y examen de las sucesivas reformas parciales» en *El proceso en el siglo XXI y soluciones alternativas*, Cizur Menor, Navarra, 2006, p. 73.

³ Según expresión de MARTÍNEZ ARRIETA, «La víctima en el proceso penal», *Actualidad Penal*, núm. 4, 1990, p. 42. Así lo explica este autor para quien la justicia penal ya no puede ni debe girar exclusivamente en torno a la persona que ha originado la crisis de convivencia y que ha hecho necesaria su actuación, sino que ha de procurar una mayor atención a quien no ha entrado voluntariamente en el sistema penal de enjuiciamiento de delitos, precisamente quien ha sufrido la agresión, por azar o al menos, sin buscarlo de propósito. En términos parecidos LANZAROTE MARTÍNEZ, «La víctima del delito y el sistema jurídico penal: ¿hacia un sistema de alternativas?», *Poder Judicial*, núm. 34, 1994, p. 132, para quien la víctima se diluye en el complejo social y parece que sólo la sociedad junto con el delincuente forman parte de la relación jurídico procesal.

política criminal empeñado en modernizar la configuración del tradicional *ius puniendi* estatal y en proporcionar la respuesta jurídica apropiada a un conflicto en el que se hallan involucrados no sólo el Estado y el infractor, sino también el sujeto pasivo que soporta las consecuencias del delito. Téngase presente además que este debate se intensifica en nuestro país a raíz del incremento de hechos violentos sucedidos en el ámbito familiar y contra la mujer o del denominado acoso escolar, que han provocado un profundo rechazo colectivo y una puesta en entredicho de la eficacia de los instrumentos jurídicos destinados a la protección de las víctimas de tales conductas delictivas.

Así las cosas, la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia se sitúa en la línea de prestar una especial atención y cuidado en la relación de la Administración de Justicia con aquellos ciudadanos que entiende más desprotegidos y entre los que figura en primer lugar, la víctima del delito, «sobre todo en los supuestos de violencia doméstica y de género». La consecución de una Justicia más abierta que sea capaz de dar servicio a los ciudadanos con mayor agilidad, calidad y eficacia, incorporando para ello métodos de organización e «instrumentos procesales» más modernos y avanzados se encuentra asimismo entre los objetivos a conseguir por la Carta⁴.

Del mismo modo la efectividad de los derechos de las víctimas del delito es objeto de preocupación por parte del Derecho europeo. Así, la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal establece en su artículo 8 una serie de previsiones destinadas a proporcionar un «nivel adecuado de protección a las víctimas» y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad e intimidad. En ese orden, exhorta a los Estados miembros a que en el marco de un proceso judicial adopten las medidas adecuadas para proteger la intimidad y la imagen física de la víctima y de sus familiares, evitar el contacto entre víctima y procesado y por último protección de las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública⁵.

Finalmente, la propia LECrim ha sufrido en los últimos tiempos sucesivas modificaciones con el fin de adaptarse a las exigencias de atención a la víctima, y así nos encontramos con todo un entramado normativo, fundamentalmente en materia de violencia doméstica y de género, que por vía cautelar regulan medidas de protección a la víctima lo que plantea su difícil encaje en un concepto tan afianzado y con unos perfiles tan claramente precisados en nuestro ordenamiento jurídico como es el de medidas cautelares. Y es que más allá de un planteamiento meramente doctrinal que no tenga más significación que la puramente conceptual o expositiva, esta circunstan-

⁴ La elaboración de una Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia que «atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada y que establezca los derechos de los usuarios de la Justicia» surge a raíz del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia firmado el 28 de mayo de 2001.

⁵ A este respecto el Tribunal de Luxemburgo en su sentencia de 16 de junio de 2005, asunto C– 105/03 (caso Pupino) interpretando la Decisión marco refleja acertadamente cómo la utilización de formas particulares para la práctica de la prueba con la finalidad de garantizar un nivel adecuado de protección a la víctima del delito (en este caso se trataba de anticipar la declaración de los menores concernidos fuera del juicio oral y antes de la celebración de éste), no contraviene el derecho a un proceso equitativo ni compromete el principio de contradicción. Sobre este extremo también YLLANES SUÁREZ «El Estatuto de la víctima: aspectos esenciales» en *Hacia un nuevo proceso penal*, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 179 y ss.

cia provoca un cambio de signo de la tutela cautelar que trae consigo consecuencias prácticas nada desdeñables.

En todo caso, debe insistirse en que no se trata de «mejorar» a la víctima a costa de reducir las garantías de defensa del infractor – como se dirá a continuación– sino de armonizar e incluso moderar los derechos de los sujetos en conflicto sin olvidar dos pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico: primero, que en la medida en que el inculpado goza del favor de la presunción de inocencia, la condición de víctima no puede pasar a ser necesariamente irrefutable si aquél basa su defensa precisamente en negar esa posición, y segundo, que el derecho de penar corresponde al Estado y por ello los ciudadanos no tienen derecho a obtener condenas penales⁶. Otra cosa será reafirmar que toda persona que al menos en apariencia resulte perjudicada por un hecho que revista caracteres de delito, deba proporcionársele apoyo y asistencia, y gozar del derecho a una participación activa en un proceso penal en el que pueda hacer valer sus intereses legítimos con todas las garantías que es lo que aquí se sustenta, porque en última instancia ello va suponer un reconocimiento de la víctima que coadyuva a los fines del proceso abandonando cualquier iniciativa compensatoria de índole privada, con el evidente riesgo y deterioro de la convivencia social que ello supondría.

II. ÁMBITOS DE PROTECCIÓN AUTONOMOS: VÍCTIMA E IMPUTADO

Ciertamente cuando se acomete la tarea de estudiar la atención a la víctima se comprende enseguida que en esa tarea convergen problemas de muy distinta índole que han de ser analizados desde diferentes perspectivas que en muchos casos exceden de un marco estrictamente jurídico para extenderse a aspectos de carácter organizativo o prestacional a los que no podemos acercarnos en términos jurídicos. Por eso nuestro análisis ha de circunscribirse necesariamente al estudio de aquellas medidas de naturaleza jurídica susceptibles de ser adoptadas en un proceso penal en el que convergen dos ámbitos de protección que han de ser distintos, concurrentes y autónomos: el del inculpado y el del perjudicado por el delito, o en términos victimológicos, el del victimario y el de la víctima.

En ese sentido, y a medida que crece el interés por las víctimas de delitos, debe insistirse en que la eficaz protección de sus derechos no puede pasar por menoscabar ni limitar las garantías constitucionales de defensa del imputado sino por otorgar a cada uno el tratamiento procesal que les corresponde, o lo que es lo mismo, la protección a la víctima debe transcurrir paralela a las garantías procesales de las que el imputado se hace acreedor, de ahí que se haya afirmado con razón, que los derechos y garantías que integran la tutela judicial efectiva deben afectar a todas las partes del proceso penal por igual atendidas las particularidades de cada una de ellas y su posición procesal⁷.

Con todo, nos hallamos ante una temática no exenta de cierta controversia y buena prueba de ello son los planteamientos doctrinales que denuncian una posible

⁶ ORTIZ ÚRCULO, «Garantías del imputado en el proceso penal», *Estudios del Ministerio Fiscal*, I– 2002, p. 22.

⁷ SOLE RIERA, *La tutela de la víctima en el proceso penal*, Barcelona, 1997, p.17

colisión de derechos de la víctima y del infractor, supuesto en el que se ha defendido la preferencia de los derechos de la víctima frente a los de su presunto agresor, «en razón de su distinta causa de llegada al proceso»⁸, o el intento de disipar toda duda sobre cualquier merma del derecho de defensa del inculpado debido al reforzamiento del papel de la víctima en el proceso penal para lo que se ha diferenciado entre un «núcleo esencial» de los derechos fundamentales del victimario que no pueden ser reducidos ni aún en caso de discrepancia con los derechos de las víctimas, y un «ámbito exógeno» que sí permite injerencias y restricciones por motivaciones victimológicas⁹.

1. PROTECCIÓN DEL IMPUTADO: EL DERECHO DE DEFENSA

El derecho de defensa ha sido definido como un «derecho público constitucional que asiste a toda persona física a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano»¹⁰.

Este derecho se encuentra desarrollado en la LECrim que establece sus principios generales en el artículo 118 y lo concreta luego al regular cada diligencia procesal. Sucede así que nuestro sistema jurídico reconoce que «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho». Desde esa perspectiva, el imputado, en cuanto titular del derecho de defensa, puede llevar a cabo una actividad dentro del proceso destinada a desvirtuar los elementos que han dado lugar a la imputación y, en definitiva, impedir su condena.

Asimismo la CE consagra en su artículo 24 el derecho de defensa como un derecho fundamental, estableciendo las facultades esenciales que integran su contenido: derecho a ser informado de la acusación, derecho a ser oído y derecho a la contradicción procesal. Además el derecho de defensa se traduce en otros derechos instrumentales como el derecho a la asistencia de abogado, derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Luego hay que concluir que la nueva centralidad de la víctima no puede en modo alguno incidir en estas garantías ni en el desenvolvimiento de las mismas en las distintas fases del proceso recortándolas o impidiéndolas, porque en cuanto dogma intangible de un Estado de Derecho, su reconocimiento se efectúa sin cortapisas y en ese orden tiene declarado el TC en sentencia 144/1997, de 15 de septiembre, que «el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía

⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, *op. cit.*, p. 44.

⁹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, «Las víctimas: juicio oral y sentencia», en *Las víctimas en el proceso penal*, Servicio de Publicaciones el Gobierno Vasco, Vitoria, 2000, p. 100.

¹⁰ GIMENO SENDRA, *Constitución y proceso*, Madrid, 1988, p. 89. Por lo que respecta al proceso penal el derecho de defensa ha sido analizado pormenorizadamente por MORENO CATENA en su monografía *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.

demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos». Se trata, en suma, de asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre la respectiva posición procesal de las partes o limitaciones en la defensa que puedan generar a alguna de ellas la indefensión prohibida por el artículo 24.1 CE.

2. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA: LA REGULACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CON ESE FIN

Una vez establecida la necesidad de reconocer un espacio efectivo a la víctima dentro del proceso penal resulta crucial plantear a continuación el reconocimiento de sus derechos y la defensa de sus intereses que pasa esencialmente por su protección ante eventuales reiteraciones delictivas¹¹. Sin extendernos en toda la problemática que conlleva el análisis conceptual de víctima en cuanto que ha venido siendo abordado con profusión por los distintos autores que se han acercado al tema del reconocimiento de la víctima¹², sí nos limitaremos a señalar la conveniencia de utilizar una denominación amplia, genérica, siguiendo la senda de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, que distingue entre víctimas directas e indirectas soslayando la confusión que genera la LECrim al referirse a ofendido (art. 109), perjudicado (art. 110) y víctima (art. 771.1ª)¹³. Abogamos por esta opción porque cuenta con un importante precedente internacional como es la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de la ONU relativa a la «Declaración sobre principios fundamentales de justicia para víctimas de delitos y de abuso de poder» a la que cabe atribuirle el mérito de lograr un concepto que engloba tanto a los titulares de los derechos vulnerados por el ilícito penal cometido como a las personas que se hallen en relación de dependencia con la víctima, y porque además evita el riesgo de incurrir en un trato diferencial o discriminatorio entre los sujetos interesados. Doctrinalmente, también Ramos Méndez se muestra partidario de referirse a la víctima con cierta amplitud advirtiendo que no siempre está claramente identificada en el momento de cometerse la acción delictiva como sucede en aquellos casos en los que las repercusiones dañosas se producen en una pluralidad indeterminada de sujetos¹⁴.

Por lo que aquí interesa y sobre la base del artículo 24 CE, la posición procesal de la víctima exige el derecho de acceso a la jurisdicción, el libre acceso al proceso para el sostenimiento de los intereses legítimos, el derecho a un proceso sin dilaciones

¹¹ En esa línea sostiene FERREIRO BAAMONDE que el proceso penal no puede dejar de atender otra de las principales solicitudes de las víctimas que concreta en el «aseguramiento de su integridad y la respuesta ante nuevos ataques por parte del victimario durante la tramitación y con posterioridad al proceso», *La víctima en el proceso penal*, Madrid, 2005, p. 400.

¹² Por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, *op. cit.*, p. 45; ARAGONESES MARTÍNEZ «Introducción al régimen procesal de la víctima del delito. Deberes y medidas de protección», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1995, p. 409; SOLE RIERA, *op. cit.*, p. 19; LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, Valencia, 1998, pp. 43.

¹³ Recuérdese también que la LECrim utiliza distintas denominaciones para referirse a la parte acusada a la que designa como inculpado, imputado, procesado o acusado, según transcurra la tramitación de la causa.

¹⁴ RAMOS MÉNDEZ, «La tutela de la víctima en el proceso penal», *Justicia*, 1995, p. 28.

indebidas que quebranten la efectividad de la tutela, la utilización de los medios de prueba legalmente previstos y todo ello conjugado con la prohibición de indefensión que, como ha venido sosteniendo el TC, se produce «cuando se priva al ciudadano de la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos o intereses mediante la apertura del adecuado proceso o de la de realizar dentro de dicho proceso las adecuadas alegaciones y pruebas o cuando se le crea un obstáculo que dificulte gravemente las actividades antedichas» (STC 70/1984, de 11 de junio). En definitiva, cuando el artículo 24.1 CE reconoce a «todas las personas» el derecho a obtener la tutela judicial efectiva establece una fórmula amplia para determinar el sujeto activo de tal derecho, esto es, para determinar la titularidad del derecho fundamental. Ahora bien, la titularidad de ese derecho para las víctimas se traduce en su efectividad entendida como su «posibilidad práctica»¹⁵. Es decir, la víctima espera del proceso penal no una efectividad abstracta sino una eficacia referida a su problemática concreta, aquella que permita comprobar si la tutela judicial ha cumplido o no con su función.

Por tanto, si como hemos visto uno de los cometidos del proceso penal actual es la defensa de los derechos de la víctima del delito, es claro que el ordenamiento jurídico debe responder a esa nueva configuración estableciendo los mecanismos necesarios para otorgar la tutela de los derechos y garantías fundamentales que se reclama. En concreto, resulta habitual vincular las reivindicaciones de las víctimas a la acción civil acumulada a la penal derivada de delito. Consecuentemente con ello el artículo 100 LECrim dice que del hecho delictivo nace «acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible». Esta pretensión civil podrá acumularse al procedimiento penal o ejercitarse separadamente en el declarativo civil que corresponda una vez haya concluido el proceso penal (art. 111 LECrim). Además la ley establece que ejercitada la acción penal se entiende utilizada la acción civil salvo renuncia del perjudicado o reserva para un momento posterior (art. 112 LECrim). Pero en todo caso lo que se trata de resaltar es que la comisión de un hecho delictivo puede provocar no sólo la imposición de la pena prevista en el Código Penal sino también el aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales derivadas de la conducta delictiva para el resarcimiento económico del perjudicado justificado en razones de conveniencia o economía procesal¹⁶, sin olvidar tampoco que la acumulación de las acciones civil y penal se identifica asimismo con el objetivo del proceso penal de proteger a las víctimas¹⁷.

De otra parte, en la medida en que la participación activa de la víctima puede venir supeditada por la adquisición de condición de parte, resulta imprescindible ofrecerle una adecuada información acerca de sus derechos y medios para ejercerlos efectivamente de modo que no pasen por ser un mero «reconocimiento teórico»¹⁸. En ese sentido la aplicación del artículo 109 LECrim relativo a la instrucción de los ofendidos y perjudicados a fin de que puedan ejercitar el derecho a comparecer como parte, debe huir de cualquier atisbo de automatismo para procurar una información comprensible, precisa y exacta desde el primer contacto de la víctima con las autori-

¹⁵ Expresión de ALMAGRO NOSETE, *Constitución y proceso*, Barcelona, 1984, p. 96.

¹⁶ FONT SERRA, *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, Madrid 1991, p. 18.

¹⁷ RAMOS MENDEZ, «La tutela de la víctima...», *op. cit.*, p. 42.

¹⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, «Protección penal y procesal de la víctima» en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, Madrid, 2001, p. 126.

dades judiciales y policiales lo que no exime, sin embargo, de la estricta observancia del artículo 270 LOPJ relativo a la notificación de las resoluciones a quienes, sin ser parte, puedan parar perjuicios, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones la seguridad de las víctimas puede verse afectada por el contenido de la resolución (arts. 109 y 506.3 LECrim).

Ahora bien, si hay una institución procesal que con mayor claridad escenifica el propósito de nivelar los dos ámbitos de protección –el del imputado y el de la víctima– es precisamente la tutela cautelar y ello ocurre cuando el legislador opta por configurar como cautelares las medidas preordenadas básicamente a la protección de la víctima.

Interesa en ese sentido el artículo 13 LECrim incardinado en las normas sobre competencia de los tribunales penales y que ha sido objeto de atención en las últimas reformas legislativas de la ley procesal penal. En su redacción original, este precepto consideraba como primeras diligencias susceptibles de ser acordadas desde el inicio de la instrucción «las de dar protección a los perjudicados», junto a las de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos culpables. Pero presentaba el inconveniente de no determinar cuáles eran esas medidas de protección de los perjudicados lo que provocó un intenso debate doctrinal destinado a precisar su contenido¹⁹.

Fue a raíz de la publicación de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la Violencia Doméstica cuando se produjo la concreción de esta norma quedando redactada en los siguientes términos «se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley».

Ambos preceptos son los que prevén *medidas de protección penal*, esto es, el artículo 544 bis prevé las medidas de prohibición de residir o acudir a determinados lugares, o de aproximarse o comunicarse con determinadas personas y pueden ser acordadas por el tribunal en los procedimientos seguidos por los delitos mencionados

¹⁹ En ese sentido se ha defendido que el artículo 13 LECrim permitía adoptar dentro de las primeras diligencias tanto medidas cautelares para el aseguramiento de responsabilidades patrimoniales, como precautorias o de tutela directa de la víctima lo que lleva a concluir que desde esa perspectiva la aplicación del artículo 13 en su primitiva redacción permitía la adopción de un elenco muy variado de medidas destinadas a dar protección a los perjudicados. Esta era la tesis sostenida oportunamente por SOLE RIERA, *op. cit.* p. 86, sobre la base de concebir el proceso penal como instrumento de protección de los intereses de la víctima frente a quienes postulaban que las medidas a adoptar ex artículo 13 debían tener carácter de simples medidas precautorias, preordenadas a la efectividad de la sentencia final (ARANGUENA FANEGO, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Madrid, 1991). Un análisis de la naturaleza de las «primeras diligencias» del artículo 13 LECrim puede verse también en PEDRAZ PENALVA, *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español: contribución a su estudio*, Madrid, 1985.

en el artículo 57 CP, y el artículo 544 ter que regula la llamada orden de protección para las víctimas de violencia doméstica²⁰.

Queda claro que su significado o *ratio legis* hay que buscarlo en la protección de la víctima de determinados delitos estimando que la ausencia de contacto físico y cese de la convivencia procuran una reducción importante de la conducta delictiva por parte del infractor²¹. Así lo declara además la propia Exposición de Motivos que antecede al articulado de ambas leyes concediendo categoría de medida cautelar tanto a las medidas de alejamiento del artículo 544 bis como a la orden de protección del 544 ter lo que supone extender el alcance de la tutela cautelar a otros instrumentos procesales que no se dirigen, como las cautelares, a lograr la efectividad del proceso y de la sentencia de condena que pueda dictarse, sino que tienen como finalidad única proteger a las víctimas de determinados delitos y a su entorno frente a posibles nuevas agresiones, lo que origina no pocos problemas de índole dogmático que aún no han recibido un tratamiento específico en el derecho positivo. De hecho, nuestra LECrim no es muy precisa en la regulación de esta materia –a la que no se refiere conceptualmente como medidas cautelares personales– ya que por un lado confunde en el Libro II («Del Sumario») las medidas cautelares en sentido estricto con las medidas de protección que se adoptan *cauteladamente* aunque no respondan a los fines que se han señalado, y por otro induce a contemplar las medidas de protección como una modalidad de la libertad provisional al regularlas sin solución de continuidad en el Título VII del Libro II.

III. MEDIDAS CAUTELARES EN SENTIDO ESTRICTO Y «NUEVAS MEDIDAS CAUTELARES»

1. APROXIMACIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL: CONCEPTO, FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y RAZÓN DE SER.

Desde el punto de vista doctrinal las medidas cautelares penales de carácter personal son aceptadas como garantía del cumplimiento efectivo de la sentencia

²⁰ Se trata de dos normas vinculadas inequívocamente a la protección de las víctimas de violencia doméstica promulgadas en el ámbito del Plan de acción contra la violencia doméstica aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de abril de 1998 para dar respuesta a uno de los problemas más acuciantes de la sociedad actual recogiendo una serie de medidas destinadas a erradicar este tipo de violencia. Extensamente sobre ambos preceptos DELGADO MARTÍN, «La orden de protección de las víctimas de violencia de género», *La Ley Penal*, núm. 2, 2004, p. 39 y DE LAMO RUBIO «La protección cautelar de la víctima de determinados delitos: el nuevo artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 4, 2000.

²¹ El mismo espíritu parece inspirar la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero de responsabilidad penal de los menores que tras la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre, permite solicitar del juez «la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima» (art. 28.1 LORPM). En tales casos, el MF de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, podrá solicitar la adopción de la medida que estime oportuno y que podrá consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. Nótese que la adopción de la medida cautelar puede responder a la custodia y defensa del menor o bien a la protección de la víctima; en todo caso, la ley lo establece de manera disyuntiva («para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima»).

(Gimeno Sendra), como medio para garantizar el normal desarrollo del proceso (Aragoneses Martínez), y si el proceso penal puede desembocar en la imposición de una pena interesa a todos que esa pena sea susceptible de cumplimiento efectivo (Ramos Méndez). Dicho esto y siguiendo con la doctrina procesalista, para aproximar un concepto de medidas cautelares personales podemos utilizar la aportada por Asencio Mellado²² al definir las como aquellas «resoluciones, normalmente judiciales, mediante las cuales, y en el curso de un proceso penal, se limita la libertad de movimientos del imputado con la finalidad de asegurar la celebración del juicio oral y eventualmente la sentencia que en su día se pronuncie». Las medidas cautelares son, pues, instrumentos que tienen por objeto garantizar el normal desarrollo del proceso, lo que se vincula con la exigencia constitucional del derecho a un proceso con todas las garantías o derecho al debido proceso que integra el contenido de la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE)²³.

Con este planteamiento puede inferirse que la finalidad a la que sirven las medidas cautelares forma parte de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado²⁴, y de igual modo se acepta que el sistema de medidas cautelares de la LECrim presente un marcado carácter garantista, es decir, esté previsto para garantizar la presencia del imputado en el juicio oral y para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia²⁵. A tal efecto el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)²⁶ admite incluso subordinar la libertad personal a la que todo individuo tiene derecho a «garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo».

También el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre la trascendencia constitucional de las medidas cautelares y su relación con los derechos fundamentales y libertades públicas del artículo 24 CE especificando que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (...) por eso el legislador no puede eliminar de manera absoluta la posibilidad de adoptar medidas cautelares dirigidas a asegurar la efectividad de la sentencia (...) pues con ello se vendría a privar a los justiciables de una garantía que se configura como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva» (SSTC 14/1992, 238/1992, 218/1994). En esa línea, el artículo 117.3 CE atribuye a los juzgados y tribunales en exclusiva la ejecución de lo juzgado e impone correlativamente (art. 118 CE) la obligación de cumplir las resoluciones judiciales firmes en estrecha conexión con la garantía de efectividad que se configura como destacado argumento del derecho a la tutela judicial.

Finalmente, es sabido que el proceso penal no comienza directamente con el juicio oral y la posterior sentencia, condenatoria o absolutoria, sino que antes es necesario efectuar una investigación de los hechos que han de servir de objeto al juicio. En tal caso la razón de ser de las medidas cautelares hay que encontrarla precisamen-

²² ASCENCIO MELLADO, *op. cit.*, p. 192

²³ Significativo a este respecto es que el artículo 721 LEC señale como finalidad de las medidas cautelares «asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare».

²⁴ BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional III*, Valencia, 2005, p. 465.

²⁵ Por todos, GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 555; RAMOS MÉNDEZ, *op. cit.*, p. 325; ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2002, p. 389.

²⁶ «BOE» núm. 103, 30 de abril de 1977.

te en ese período de tiempo que puede ser aprovechado por el infractor para eludir la acción de la justicia. Con todo, la adopción de una medida cautelar que supone limitación de derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y que además se realiza en el curso de un procedimiento penal en el que todavía no se ha declarado la atribución cierta de un hecho punible a una persona, condiciona su aplicación en términos muy estrictos suscitándose su compatibilidad con la presunción de inocencia²⁷. Consecuentemente sólo deben adoptarse cuando concurren determinados presupuestos o requisitos:

a) La apariencia razonablemente probable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por una determinada persona es lo que la doctrina procesalista denomina *fumus boni iuris*, es decir, que haya motivos bastantes para inculparlo y someterlo por ello a tales medidas cautelares. Ciertamente tales motivos no han de ser pruebas plenas, pues las pruebas sólo tienen lugar en el juicio oral y no durante la fase de investigación, sino más bien indicios racionales más o menos intensos que permitan imputar a una persona un hecho punible; precisamente el grado de intensidad de dichos motivos sirve a la LECrim para autorizar la adopción de medidas cautelares que entrañen una mayor o menor agresividad para los derechos del inculpado.

b) La existencia de razones para temer que el inculpado va a tratar de sustraerse a la acción de la justicia en el tiempo en que dura la sustanciación del procedimiento es el fundamento del llamado *periculum in mora*. No basta por tanto con que haya motivos para considerar verosímil y probablemente razonable que el hecho investigado haya sido cometido por la persona afectada por la medida, sino que, como el fin de tales medidas es evitar que el inculpado se sustraiga al posible fallo condenatorio (riesgo de fuga, obstrucción de la investigación, ocultación patrimonial), sólo cuando hay motivos para temer que esto vaya a suceder quedan justificadas las medidas cautelares personales.

²⁷ El seguimiento del derecho de presunción de inocencia por parte del TC contempla una serie de exigencias que sintéticamente se exponen: 1) la carga material de la prueba corresponde a la parte acusadora que ha de probar en juicio los elementos constitutivos de la pretensión penal (SSTC 70/1985, 303/1993); 2) la prueba ha de practicarse en el juicio oral y bajo supervisión del tribunal sentenciador (STC 37/1988); 3) la actividad jurisdiccional probatoria no puede vulnerar las normas tuteladoras de los derechos fundamentales, esto es, el tribunal no puede fundar su sentencia en la prueba prohibida (STC 150/1987) lo que a su vez hay que poner en relación con la obtención lícita de las pruebas, y finalmente, 4) el tribunal está obligado a razonar la prueba, explicitar la declaración de hechos probados de su resolución, es decir, manifestar el *iter* seguido para formar su convicción cumpliendo de ese modo el mandato del artículo 120.3 CE. Sin duda la presunción de inocencia constituye un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal pero ante todo es un derecho fundamental en cuya virtud una persona acusada de una infracción no puede ser considerada culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, siendo sólo admisible y lícita esta condena cuando haya mediado una actividad probatoria que, practicada con la observancia de las garantías procesales y libremente valorada por los tribunales penales, pueda ser considerada de cargo. Y, como regla general, la única prueba que puede desvirtuar la presunción de inocencia es la «efectuada en juicio oral bajo los principios de contradicción, publicidad e inmediación» (STC 25/2003, de 10 de febrero). La STC 192/2002, de 28 de octubre se pronuncia sobre la presunción de inocencia en los siguientes términos: «La protección del derecho a la presunción de inocencia comporta la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con las garantías necesarias para su adecuada valoración y para la preservación del derecho de defensa, como la comprobación, en su caso, de que los órganos judiciales exponen las razones conducentes a la constatación del relato de los hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada y la supervisión externa de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el resultado fáctico resultante». Asimismo resulta de ineludible alusión el tratamiento monográfico del derecho citado en VÁZQUEZ SOTELLO, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, 1984.

2. TRATAMIENTO DOCTRINAL DE LAS NUEVAS MEDIDAS

Genéricamente nuestro sistema jurídico penal señala como medidas cautelares personales la detención, la libertad provisional y la prisión provisional, conceptos todos ellos con un contenido suficientemente consolidado a nivel doctrinal, legal y jurisprudencial pero tras las sucesivas reformas de la LECrim a las que hemos hecho referencia, este elenco ha venido a completarse con las medidas de protección a la víctima que se introducen por vía cautelar tal y como señala ahora el artículo 13. Esta situación ha motivado un intenso debate doctrinal acerca de la naturaleza jurídica de estas medidas.

Que sepamos ha sido Moreno Catena uno de los primeros autores en advertir que la incorporación de las nuevas medidas «desborda la naturaleza genuina de las medidas cautelares personales propias del proceso penal»²⁸, argumento que ha sido seguido en la doctrina procesalista a la hora de abordar el tema de la naturaleza de las medidas del artículo 544 bis LECrim²⁹. En la misma línea Barona Vilar sostiene que nos enfrentamos a «una mutación del significado tradicional de medida cautelar»³⁰ en lo que la autora califica de «respuesta expansiva» en alusión a las nuevas medidas de protección que, en su opinión, ofrecen una tutela más allá de la efectividad del proceso y de la resolución que en su día se dicte.

Criterio discrepante es el mantenido por Subijana Zunzunegui que aboga por la ruptura de la tradicional concepción de las medidas cautelares para dar paso a una nueva «cosmovisión de la justicia cautelar en el proceso penal»³¹, y en ese sentido señala que «la justicia cautelar no puede seguir siendo examinada desde una perspectiva centrada en un universo conceptual que tenga como polos referenciales al Estado y al victimario».

Y finalmente no han faltado opiniones como las de Arangüena Fanego y Armero Villalba que sostienen que las medidas de protección a la víctima persiguen en el fondo el fin típico de las medidas cautelares en tanto coadyuvan al desarrollo y buen fin del proceso. Coinciden ambas autoras en afirmar que con el alejamiento entre agresor y víctima se pretende evitar que «surta efecto la conducta del agresor encaminada a conseguir la retractación de la víctima»³² lo que en definitiva habrá de favorecer que en su día «pueda ser impuesta una debida sentencia de condena»³³.

Llegados a este punto una conclusión se impone y no es otra que el desajuste conceptual y la confusión creciente entorno al alcance de la tutela cautelar, discordancia que ha venido a acrecentarse si cabe con la LO 1/2004, de 28 de diciembre,

²⁸ MORENO CATENA, *El proceso penal*, volumen II, Valencia, 2000, p. 1752.

²⁹ Véase en ese sentido GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 554 y 555; FERREIRO BAAMONDE, *op. cit.*, p. 405.

³⁰ BARONA VILAR, «¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?», *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX, 2006, p. 240 y 248.

³¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *El principio de protección de las víctimas en el orden jurídico procesal. Del olvido al reconocimiento*, Granada, 2006, p. 243. De igual forma, son calificadas como «medidas cautelares de nueva implantación» las medidas del reiterado artículo 544 bis LECrim en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal y otras leyes del proceso penal*, volumen II, dirigidos por CONDE PUMPIDO FERREIRO, Valencia, 2004, p. 1989.

³² ARMERO VILLALBA, «Violencia familiar y adopción de medidas cautelares. Especial consideración de las medidas de alejamiento del agresor» en *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, II– 2001, CGPJ, p. 334.

³³ ARANGÜENA FANEGO, «La reforma de la LECrim por la LO 14/1999, de 9 de junio, en materia de malos tratos; especial referencia a las nuevas medidas cautelares del artículo 544 bis», *Actualidad Penal*, núm. 11, 2000, p. 250.

de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, en cuyo Capítulo IV del Título V se relacionan las llamadas «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas» que vienen a completar el catálogo de medidas de protección ya existentes en la LECrim (arts. 13, 544 bis, 544 ter) y que se mencionan indistintamente en la LO como medidas de protección y de seguridad de las víctimas (art. 61.1) y como medidas cautelares y de aseguramiento (art. 61.2) ³⁴.

Esta heterogénea naturaleza con la que se está analizando las medidas de protección a la víctima desemboca en dos formas de entender el ámbito de la tutela cautelar:

a) Una interpretación amplia sitúa en la órbita de la función cautelar a la protección de la víctima y su entorno. La aceptación de esta concepción implica adaptar el régimen jurídico de las medidas cautelares a la actual reorientación del proceso penal hacia la víctima en orden a reconocer que su finalidad comprende aspectos nucleares de las medidas de prevención específicas.

b) Una interpretación estricta que mantiene la distinción entre las genuinas medidas cautelares y otros instrumentos procesales de análoga naturaleza (medidas de protección penal), y que restringe la función cautelar al aseguramiento de la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia condenatoria.

Así las cosas, desde los postulados de esta interpretación estricta hay que concluir que las medidas dirigidas a la protección de la víctima no integran la tutela cautelar aún guardando ciertas semejanzas con ella e incorporándose por el contrario a la categoría de medidas coercitivas personales (Senes, Aragoneses) o medidas preventivas (Barona).

Con todo, aún desde esta concepción estricta de la tutela cautelar o al margen de su diversa naturaleza, es prácticamente generalizada la opinión de considerar plausible y conveniente la regulación en la LECrim de medidas de protección como alternativa a la prisión provisional y se acaba por tolerar incluso su tratamiento como cautelar en determinadas circunstancias. Las palabras de Barona Vilar pueden ser demostrativas de lo dicho: «La justificación de esta posición se halla desgraciadamente en el momento social que vivimos, con una pandemia de violencia de género, que puede justificar, temporalmente este tratamiento jurídico. La justificación de esta opción política es indudable y no la negamos: la necesidad de garantizar o favorecer a quienes se hallan en estos momentos en una situación de protección especial, empero manteniendo debidamente por el legislador las condiciones, los fines y el régimen jurídico que se le aplique» ³⁵.

³⁴ Sobre el tema ampliamente ORTEGA CALDERÓN, «Las medidas judiciales llamadas de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género en la LO 1/2004 de 28 de diciembre», *Diario La Ley*, núm. 6349, 2005; SENES MOTILLA, «Consideraciones sobre las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas de la violencia de género», *Diario La Ley*, núm. 6644, 2007; GUTIÉRREZ ROMERO, «Medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas: ¿novedad o mera ordenación de las existentes en nuestra legislación procesal penal?», *Diario La Ley*, núm. 6716, 2007, y la Circular de la FGE 4/2005, de 19 de julio.

³⁵ BARONA VILAR, «¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?», *op. cit.*, p. 265.

3. DESAJUSTES DERIVADOS DE LA EXPANSIÓN CAUTELAR

Pero este tema no tendría más significación que la meramente conceptual o terminológica si no se tratara de medidas que restringen derechos que tienen un reconocimiento y base constitucional. En otras palabras, se está regulando una restricción de derechos bajo el prisma y las exigencias del tratamiento cautelar pero fundándola no ya en la apariencia razonablemente probable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por una determinada persona ni en el riesgo de fuga del inculpaado o en la supresión de pruebas, sino en evitar que se reiteren las agresiones delictivas. Partiendo de esta base, la expansión de la función de las medidas cautelares a la que se tiende en las últimas reformas legislativas se efectúa en ocasiones soslayando aspectos fundamentales de su «teoría general»³⁶. De ese modo, la configuración como cautelares de las medidas que procuran la protección de la víctima en el proceso penal (a saber, arts. 13, 544 bis o 544 ter), hace que participen de los caracteres propios que trazan la línea del régimen jurídico de esta institución aunque no concurren los presupuestos exigidos para su adopción lo que lleva irremediabilmente a plantear una revisión del sistema cautelar en el proceso penal.

Nuestro TC reconoce que «toda medida restrictiva de derechos fundamentales debe fundarse en la ley, ser necesaria para la consecución de fines legítimos en una sociedad democrática, y su aplicación ha de ser razonada y razonable» (STC 169/2001). Así, un precepto representativo de las que venimos denominando medidas de protección en la LECrim es sin duda el ya reiterado artículo 544 bis. Conforme a dicha norma el catálogo de medidas que pueden imponerse al imputado son las de prohibición de residir o acudir a un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma, y prohibición de aproximarse o comunicarse con determinadas personas. Se trata, en suma, de una serie de medidas que limitan la libertad de movimientos y por tanto condicionan en esencia los derechos fundamentales a la libertad de residencia y libre circulación consagrados en el artículo 19 CE.

Estas prohibiciones sólo podrán acordarse si concurren unos presupuestos francamente desdibujados en la norma:

– *Que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 CP* e implícita y correlativamente que haya indicios racionales más o menos intensos que permitan imputar a una persona un hecho punible (*fumus boni iuris*).

– *Que resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima*, lo que implica efectuar un examen acerca de la idoneidad y necesidad de la medida que habrá de tomar en consideración el peligro que el agresor puede representar para la víctima y su entorno.

En ese orden, el presupuesto del *periculum in mora* o peligro en la demora que tiende a evitar el alejamiento entre agresor y víctima no es el que se deriva del transcurso del tiempo en que se sustancia el procedimiento, sino más bien el que pueda existir porque el agresor reitere el hecho delictivo sobre la víctima, es decir, se está utilizando la fórmula cautelar con fines preventivos y la reiteración delictiva pasa sin más a sumarse a los presupuestos de las medidas cautelares en cuyo caso habría que

³⁶ Terminología seguida por ORTELLS RAMOS, «Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, volumen 1, 1978, p. 445.

hablar más propiamente de un «riesgo de reincidencia», lo que supone en definitiva una modificación de aspectos esenciales de la tutela cautelar.

Este desajuste no ha pasado desde luego desapercibido para la doctrina procesalista que advierte que la ausencia de *periculum in mora* es sustituida por la presencia de un *periculum in damnum*³⁷ o *periculum libertatis*³⁸.

Sin embargo, al analizar el contenido del artículo 17 CE en relación con la prisión provisional, el TC ha destacado que esta medida cautelar responde a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso y, en su caso, para la ejecución del fallo, riesgos que parten del imputado tales como: sustracción de la acción de la Administración de Justicia, obstrucción de la instrucción penal «y en un plano distinto aunque íntimamente relacionado la reiteración delictiva» (SSTC 128/1995; 44/1997, 67/1997, 156/1997, 33/1999). Por tanto el TC, con cierta habilidad lingüística, defiende que pueda decretarse prisión provisional en base al riesgo de la reiteración delictiva aunque no sea la finalidad de una auténtica medida cautelar y siempre en relación con otros elementos o circunstancias del hecho para subbrayar así su carácter subordinado a otros presupuestos propios de las medidas cautelares. A pesar de todo la doctrina científica se ha mostrado muy crítica en este punto. Es el caso de Asencio Mellado que en su examen de la libertad de movimientos como derecho fundamental se expresa del siguiente modo: «La introducción como medida habilitante del riesgo de reiteración delictiva, sin concreción, sin delimitación exacta de su extensión, infringe de manera manifiesta la excepcionalidad al convertir una medida restrictiva de la libertad, muy grave, en el modo ordinario de prevenir la comisión de delitos, de cualquier delito. No cabe duda de que la falta de sensibilidad democrática del legislador ha supuesto la instauración de una medida cuya aplicación a cualquier sujeto sospechoso de ser delincuente excede con mucho los límites supuestos en nuestra Constitución»³⁹. Asimismo en referencia al artículo 503.2 LECrim Ramos Méndez concluye que «la prevención de la delincuencia no es un objetivo de la prisión provisional. Por lo tanto es difícilmente justificable este objetivo en el marco constitucional de la medida»⁴⁰.

Y es que la reiteración delictiva en sí misma considerada supone un razonamiento acerca de posibles acciones delictivas posteriores que compromete seriamente el derecho a la presunción de inocencia en cuanto se refiere a una persona sobre la que no ha recaído aún sentencia condenatoria respecto del hecho delictivo que se le imputa⁴¹. Trasladadas estas consideraciones a las prohibiciones del 544 bis se observa que en la medida en que con ellas se pretende adelantar la protección a la víctima al curso del procedimiento penal ante el peligro de eventuales reiteraciones delictivas, de algún modo supone anticipar el fallo o los efectos de la resolución máxime si se comprueba que tales prohibiciones impuestas judicialmente al imputado como medidas de protección, con carácter provisional y durante la sustanciación del proceso penal, tienen prácticamente el mismo contenido que las que están previstas como

³⁷ MORENO CATENA, *op. cit.*, p. 1752

³⁸ DE HOYOS SANCHO, «La medida cautelar de alejamiento del agresor en el proceso penal por violencia familiar», *Actualidad Penal*, núm. 32, 2002, p. 815.

³⁹ ASCENCIO MELLADO, «La libertad de movimientos como derecho fundamental», *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, núm. 22, 2005, p. 40. En ese sentido también, BARONA VILAR, «¿Una nueva concepción expansiva...», *op. cit.*, p. 249.

⁴⁰ RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, *op. cit.*, p. 259

⁴¹ Véase nota 27.

penas en el artículo 33 CP. No debe olvidarse sin embargo que el TC en materia de medidas cautelares ha insistido en que hay que respetar escrupulosamente la presunción de inocencia y que por tanto hay que excluir la naturaleza de pena anticipada en este tipo de medidas (STC 177/1998).

Asimismo conviene poner de manifiesto que el carácter *excepcional* (cuando resulte estrictamente necesario, dice el ar. 544 bis), y la necesidad de guardar la debida *proporcionalidad* con el fin que se pretende alcanzar (proteger a la víctima, como declara el mismo precepto), han de presidir la decisión judicial a la hora de imponer estas medidas de protección que restringen derechos fundamentales. La situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral son también aspectos a tener en cuenta (tercer párrafo art. 544 bis).

Junto con esos dos principios de ineludible observancia, también requiere alguna puntualización la aplicación de los caracteres propios de la tutela cautelar a las medidas de protección.

Cierto es que se trata de medidas que sólo pueden ser adoptadas por el órgano jurisdiccional competente tal y como reza el artículo 544 bis que dispone una atribución exclusiva a los únicos órganos estatales investidos de potestad para ello (Juez o Tribunal) y que además se hallan predeterminados por la ley con generalidad y con anterioridad a la actuación o proceso judicial que las determine, por tanto comparten con las medidas cautelares clásicas la nota de la jurisdiccionalidad. De igual forma son prohibiciones que se imponen para proteger a la víctima pero con vocación de provisionalidad, otra característica compartida y que en la tutela cautelar está destinada a durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar el proceso al que se hallan circunscritas. De igual forma, las medidas cautelares no pueden existir de manera autónoma sino que se hallan supeditadas o al servicio de un proceso principal del que además pretenden posibilitar su desarrollo. Es la nota de la instrumentalidad conforme a la cual se ha venido sosteniendo hasta hoy, prácticamente sin fisuras, que las medidas cautelares sirven a un fin específico como es la ejecución del pronunciamiento judicial mediante la sujeción del imputado al proceso y, en fin, evitar la frustración de la acción de la Administración de Justicia. Ahora bien, más comprometido con el requisito de la instrumentalidad en los términos expuestos resulta la regulación legal de una serie de medidas cuyo fundamento básico es la protección de la víctima (medidas de alejamiento, orden de protección).

El problema surge porque las medidas de protección no son autónomas sino que están en relación con un proceso en el curso del cual se adoptan de ahí que se afirme su carácter instrumental⁴², pero, en puridad, la instrumentalidad que caracteriza a las medidas cautelares tiene un sentido muy determinado que es el de servir para garantizar la efectividad de la resolución que se dicte. Se trata en definitiva de medidas justificadas en esencia por la necesidad de asegurar el resultado del proceso y ese fundamento justificativo delimita la tutela cautelar y su tratamiento jurídico de otras medidas que restringen derechos fundamentales y que responden al propósito de impedir una eventual reiteración delictiva. Por ello en palabras de Montero Aroca, «no cualquier sentido de la instrumentalidad sirve para caracterizar una medida como cautelar»⁴³. Y así puede decirse que la inspiración cautelar con que han sido concebidas las medidas de protección penal no las convierte en medidas cautelares auténticas.

⁴² ARANGÜENA FANEGO, *op. cit.*, p. 253.

⁴³ MONTERO AROCA, *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, p. 429.

IV. REFLEXIÓN FINAL

A medida que el proceso penal amplía su horizonte hacia la víctima del delito para ofrecer la necesaria protección y defensa de sus intereses legítimos, la búsqueda de instrumentos procesales que respondan a ese fin ha sido una constante preocupación del legislador. Sin que pueda llegar a afirmarse la aparición de un movimiento pendular que coyunturalmente haya situado en su eje a la víctima postergando los logros derivados de las garantías del derecho a un proceso justo para quien resulte sospechoso de haber cometido una infracción punible, el Estado de Derecho actual demanda el reconocimiento de dos ámbitos de protección distintos pero situados en un mismo plano: el del imputado y el de la víctima.

A partir de ahí no puede desconocerse que el fenómeno de la violencia ejercida en el ámbito familiar ha propiciado importantes reformas procesales y sustantivas con una clara inspiración tuitiva o de amparo hacia la víctima y su entorno pero que conllevan al mismo tiempo, restricciones de derechos fundamentales que van a afectar a personas amparadas por la presunción de inocencia y que por tanto precisan una decisión judicial que equilibre los intereses en conflicto.

En ese contexto las medidas cautelares se convierten en un instrumento jurídico de vital importancia porque bajo la forma de cautelares se regulan figuras como la orden de protección, las medidas de alejamiento o la prohibición de comunicación con determinadas personas con las que se pretende dar respuesta al rosario de casos de violencia en el seno familiar que sacuden a nuestra sociedad. No obstante, bien mirado, tales medidas se acuerdan con fines ajenos al proceso, pues con ellas no se procura garantizar su ordenada marcha ni la eficacia de la resolución que en su día recaiga, y además presentan un cierto matiz preventivo asignándoles la finalidad de evitar o impedir la reiteración de hechos delictivos que el agresor pudiera cometer en el futuro. Este estado de cosas podría llevarnos a pensar que en nuestro sistema cautelar se implantan dos versiones: una coincidente con los planteamientos clásicos expuestos en este trabajo y otra derivada de la extensión del concepto a medidas que con una naturaleza preventiva se enmascaran de apariencia cautelar.

Desde el punto de vista de la protección de las víctimas de delitos, la regulación de medidas de protección penal no puede sino calificarse de positiva; otra cosa será que las mismas vayan acompañadas de los medios materiales y personales imprescindibles para su efectividad. En todo caso, ello no debe impedirnos advertir que urge abordar una ordenación legal de las medidas cautelares en el proceso penal que establezca una nítida diferenciación entre lo que corresponde a la tutela cautelar y aquello que supone protección o prevención, que clarifique su respectivo régimen jurídico y concrete los presupuestos necesarios para la imposición de tales medidas en cada caso.