

ESTUDIOS

# MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

JUAN JOSÉ CARRASCÓN CONCELLÓN

© Juan José Carrascón Concellón, 2025  
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

**ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

[www.aranzadilaley.es](http://www.aranzadilaley.es)

**Atención al cliente:** <https://areacliente.aranzadilaley.es/publicaciones>

**Primera edición:** Diciembre 2025

**Depósito Legal:** M-25584-2025

**ISBN versión impresa:** 978-84-1085-487-1

**ISBN versión electrónica:** 978-84-1085-488-8

This work was partially funded by Departamento de Educación, Ciencia y Universidades, from the Gobierno de Aragón (Spain) (Research Group S07\_23R, ECONOMIUS-J)

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

*Printed in Spain*

© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

**Nota de la Editorial:** El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

## Índice General

	<i><u>Página</u></i>
ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN .....	21
I	
<b>CONCEPTO DE CORRUPCIÓN EN ESPAÑA:</b>	
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>27</b>
<b>I.1. El control de la corrupción: derecho administrativo-sancio-</b> <b>nador y derecho penal.....</b>	<b>38</b>
<b>I.2. Corrupción política, un concepto polisémico .....</b>	<b>48</b>
<b>I.3. Concepto de «autoridad» y «funcionario público» .....</b>	<b>55</b>
II	
<b>TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS .....</b>	<b>59</b>
<b>II.1. Delito de cohecho .....</b>	<b>62</b>
<i>II.1.1. Concepto .....</i>	<i>62</i>
<i>II.1.2. Bien jurídico protegido .....</i>	<i>66</i>
II.1.2.1. La integridad de la función pública .....	69
II.1.2.2. El correcto funcionamiento de la Administra-	
ción pública como bien jurídico protegido .....	74
<i>II.1.3. Conducta típica del delito de cohecho.....</i>	<i>76</i>
<i>II.1.4. Conductas delictivas .....</i>	<i>81</i>
II.1.4.1. Delito de cohecho pasivo propio .....	81

	<u>Página</u>
II.1.4.2. Delito de cohecho pasivo impropio .....	93
II.1.4.3. Delito de cohecho subsiguiente .....	96
II.1.4.4. Delito de cohecho pasivo impropio del art. 422 CP: en consideración al cargo o función. ....	99
<b>II.2. Delito de malversación del patrimonio público.....</b>	<b>101</b>
II.2.1. <i>Concepto</i> .....	101
II.2.2. <i>Modificaciones efectuadas para armonizar nuestra legisla- ción a la comunitaria respecto al delito de malversación</i> .....	109
II.2.3. <i>Bien jurídico protegido</i> .....	113
II.2.4. <i>Tipos de malversación de patrimonio público</i> .....	117
II.2.4.1. Tipo básico del artículo 432.1 CP .....	117
II.2.4.2. Subtipo agravado del art. 432.2 CP .....	124
II.2.4.3. Subtipo atenuado del art. 432.3 CP .....	126
II.2.4.4. Destinar a usos privados el patrimonio pú- blico: art. 432 bis CP .....	126
II.2.4.5. El nuevo delito del artículo 433 CP .....	128
<b>II.3. Delito de tráfico de influencias .....</b>	<b>129</b>
II.3.1. <i>Concepto</i> .....	129
II.3.2. <i>Evolución legislativa y necesidad de regulación de los tipos delictivos del tráfico de influencias</i> .....	134
II.3.3. <i>Bien jurídico protegido</i> .....	136
II.3.4. <i>Tipología de delitos</i> .....	138
II.3.4.1. Delito del artículo 428 CP .....	138
II.3.4.2. Delito del artículo 429 CP .....	139
<b>II.4. Prevaricación urbanística .....</b>	<b>147</b>
II.4.1. <i>Concepto</i> .....	147
II.4.2. <i>Evolución legislativa</i> .....	149
II.4.3. <i>Bien jurídico protegido</i> .....	151
II.4.4. <i>Sujeto activo</i> .....	153
II.4.5. <i>Tipología de delitos</i> .....	156

	<i>Página</i>
II.4.5.1. Silenciar infracciones detectadas con motivo de una inspección urbanística.....	156
II.4.5.2. Omitir inspecciones de carácter obligatorio (Art. 320 1.º, tercer inciso).....	157
<b>II.5. Financiación ilegal de partidos .....</b>	<b>160</b>
II.5.1. <i>Concepto y regulación de la financiación ilegal en España..</i>	160
II.5.2. <i>Bien jurídico protegido en el delito de financiación ilegal de partidos.....</i>	164
II.5.3. <i>Modalidades típicas .....</i>	166
II.5.3.1. Artículo 304 bis del Código Penal .....	166
II.5.3.2. Tipo agravado.....	174
II.5.3.3. Tipo hiperagravado .....	175
II.5.3.4. Artículo 304 ter del Código Penal.....	176
II.5.4. <i>La responsabilidad penal del partido político .....</i>	177
<b>II.6. Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos .....</b>	<b>182</b>

### III

<b>MEDIDAS DE PROTECCIÓN PARA LA SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN .....</b>	<b>185</b>
<b>III.1. Medidas cautelares penales .....</b>	<b>185</b>
III.1.1. <i>Concepto y finalidad de las medidas cautelares.....</i>	185
III.1.2. <i>Clasificación .....</i>	190
III.1.3. <i>Características .....</i>	195
III.1.3.1. Instrumentalidad .....	195
III.1.3.2. Provisionalidad .....	196
III.1.3.3. Proporcionalidad .....	197
III.1.3.4. Homogeneidad.....	199
III.1.3.5. Contradicción .....	199
III.1.3.6. Autonomía .....	205

	<u>Página</u>
<i>III.1.4. Fundamento de las medidas cautelares penales.....</i>	206
III.1.4.1. El elemento objetivo y subjetivo del fundamento de las medidas cautelares .....	209
<i>III.1.5. Presupuestos formales de las medidas cautelares .....</i>	231
III.1.5.1. Jurisdiccionalidad y competencia.....	231
III.1.5.2. Legalidad.....	239
III.1.5.3. Motivación de las resoluciones que imponen, alzan o modifican medidas cautelares penales .....	241
<b>III.2. La detención.....</b>	<b>244</b>
<i>III.2.1. Concepto .....</i>	244
<i>III.2.2. Modalidades de detención .....</i>	246
III.2.2.1. Detención por particulares .....	247
III.2.2.2. Detención policial .....	248
III.2.2.3. Detención judicial .....	250
III.2.2.4. La orden europea de detención y entrega .....	251
<b>III.3. La prisión provisional.....</b>	<b>255</b>
<i>III.3.1. Principio generales .....</i>	263
III.3.1.1. Excepcionalidad .....	263
III.3.1.2. Subsidiariedad.....	267
III.3.1.3. Provisionalidad .....	268
III.3.1.4. Proporcionalidad .....	270
III.3.1.5. Legalidad.....	276
III.3.1.6. Jurisdiccionalidad .....	280
III.3.1.7. Temporalidad .....	287
<i>III.3.2. Presupuestos.....</i>	290
III.3.2.1. Límite penológico .....	292
III.3.2.2. Constancia del hecho delictivo y concurrencia de indicios de criminalidad .....	297
III.3.2.3. Riesgo de fuga .....	301

	<i>Página</i>
III.3.2.4. Evitación, ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba.....	312
III.3.2.5. Riesgo de reiteración delictiva .....	317
III.3.3. <i>Duración de la prisión provisional</i> .....	321
III.3.4. <i>Modalidades</i> .....	326
III.3.4.1. Prisión provisional comunicada .....	326
III.3.4.2. Prisión provisional incomunicada.....	328
III.3.4.3. Prisión provisional atenuada .....	330
<b>III.4. La libertad provisional</b> .....	331
III.4.1. <i>La obligación de comparecencia «apud acta»</i> .....	333
III.4.2. <i>La fianza</i> .....	335
III.4.3. <i>Retención del pasaporte</i> .....	338
<b>III.5. La adopción de medidas cautelares civiles o reales</b> .....	339
III.5.1. <i>Concepto y clases</i> .....	339
III.5.2. <i>Fundamento y régimen jurídico</i> .....	343
III.5.3. <i>Contenido</i> .....	343
III.5.3.1. Medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de restitución de cosa determinada .....	347
III.5.3.2. Medidas cautelares para el aseguramiento de una prestación de reparación o de indemnización de daños y perjuicios .....	348
<b>III.6. La cuestión cautelar contra la persona jurídica en delitos de corrupción</b> .....	353
III.6.1. <i>Exclusión del sector público de responsabilidad penal</i> .....	353
III.6.2. <i>La cuestión cautelar dirigida contra la persona jurídica</i> .....	355
III.6.3. <i>Adopción de medidas cautelares contra partidos políticos y asociaciones sindicales</i> .....	358
III.6.3.1. Medidas personales .....	362
III.6.3.2. La posibilidad de adoptar medidas cautelares reales .....	365

	<u>Página</u>
IV	
CONCLUSIONES .....	367
V	
BIBLIOGRAFÍA .....	373



## Medidas de protección para la sustanciación del proceso en el ámbito de los delitos de corrupción

### III.1. MEDIDAS CAUTELARES PENALES

#### III.1.1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La actividad instructora precisa un tiempo para su desarrollo. En el ámbito de los delitos de corrupción, en ocasiones, la misma se dilata en el tiempo debido a la complejidad que puede llegar a entrañar, y por ello se puede poner en riesgo la eficacia del propio proceso y de la sentencia que se dicte<sup>1</sup>. Esta situación puede obedecer a la imposibilidad de celebrar el juicio ante la ausencia del acusado, o bien que la condena que imponga la sentencia no se pueda cumplir, al producirse una situación en la que se dificulta o niega la efectividad de una posible sentencia de condena. Tal es así que el objetivo principal de un proceso penal, en el caso que nos ocupa, relativo a corrupción, es que la sentencia se pueda cumplir, pasando por encima de la resistencia y de las maniobras que en el proceso y fuera de él pueda urdir el sujeto pasivo<sup>2</sup>. Dentro del ámbito del Derecho penal el TC se manifiesta en el sentido de afirmar la ausencia de derechos subjetivos.

Efectivamente en el ámbito del Derecho penal, la comisión de un delito no confiere a ningún sujeto jurídico particular un derecho subjetivo al castigo del delincuente. Es más, lo mismo debemos afirmar respecto del Estado que tampoco es titular del denominado *ius puniendi*, sino que, en él mismo descansa el deber de dar la respuesta adecuada a las conductas calificadas como delictivas por el legislador.

1. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal 11ª Edición*, 2023, Tirant lo Blanch, pág. 328.
2. Ibidem, pág. 329.

El concepto de acción penal explica la actuación en el proceso penal de las partes acusadoras y por eso se dice que las partes acusadoras ejercitan en el proceso penal la acción penal.

En este contexto podemos afirmar que la acción penal confiere a su titular el poder de acusar, esto es, el ejercicio de la acción penal y por tanto la constitución del accionante en parte acusadora: solo puede ejercitar la acción penal quien previamente ha adquirido el estatus de parte acusadora<sup>3</sup>.

En definitiva, no se incluye el derecho a una resolución «favorable», es decir, una sentencia condenatoria. Por tanto, el contenido de la acción penal<sup>4</sup> se limita únicamente al *ius ut procedatur*<sup>5</sup> de tal forma que dicho derecho contempla la garantía de que el proceso se sustancie hasta su fin, independientemente de si existe, o no, una resolución que entre en el fondo del asunto. El propio TC así lo viene recogiendo cuando afirma que el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva «es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional»<sup>6</sup>.

Es necesario a fin de profundizar en nuestro estudio aportar un concepto de medida cautelar. Como ya antes afirmamos, las medidas cautelares son actuaciones procesales dirigidas a impedir que la voluntad del sujeto

3. GASCON INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*, 2023, pág. 71.
4. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos proceso penal*, Bosch, 1935, págs. 25-31. Siguiendo este argumento se ha llegado a negar la validez de la noción de “acción penal” entendida como ejercicio de un derecho privado a una exigencia de protección jurídica, toda vez que si no podemos afirmar derechos subjetivos penales no es menos cierto que no podemos considerar que se deban proteger.
5. STS 56/2006, de 25 de enero: «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye el derecho de acceder a Jueces y Tribunales, el derecho a obtener de ellos una resolución fundada en derecho y a su ejecución, y el derecho a que la pretensión deducida sea resuelta en el procedimiento previsto en la ley, sin que pueda incluirse en su comprensión un derecho a la obtención de una resolución acorde a la pretensión deducida».
6. En palabras de la STC 21/2005, de 1 de febrero, en su fundamento de derecho cuarto, el primer contenido del derecho a la tutela judicial efectiva «es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a promover la actividad jurisdiccional (SSTC 115/1984, de 3 de diciembre; 63/1985, de 10 de mayo; 131/1991, de 17 de junio; 37/1993, de 8 de febrero; 108/1993, de 25 de marzo; 217/1994, de 18 de julio), siendo un derecho digno de protección el que el ofendido tiene a solicitar la actuación del ius puniendi del Estado, dentro del sistema penal instaurado en nuestro Derecho, en el que junto a la oficialidad de la acción encomendada al Ministerio Fiscal se establecen otras titularidades privadas, entre ellas la del perjudicado por el delito (art. 110 y concordantes LECrim; SSTC 108/1983, de 29 de noviembre; 206/1992, de 27 de noviembre; 37/1993, de 8 de febrero).»

pasivo logre que el proceso penal resulte ineficaz<sup>7</sup>. Son «aquellas resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictiva, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de investigado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por lo que se limita provisionalmente su libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia»<sup>8</sup>

Por ejemplo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional rechazó la petición de libertad provisional del principal acusado y condenado a 33 años y 4 meses de cárcel, dentro de la pieza Época I del “caso Gürtel”. En tanto en cuanto se daba curso a los pertinentes recursos que cabían contra la sentencia, la Sala entendió que existía un importante riesgo de que se produjese la fuga del sujeto pasivo al contar con un importante patrimonio económico oculto en el extranjero. Tal es así que, a pesar de que había cumplido incluso tres años en prisión preventiva, comparecencias apud acta durante 190 días, retirada de pasaporte y 80 asistencias a juicio, entendieron los magistrados que debía mantenerse la medida cautelar en base a que «se ha valorado la existencia de un importante patrimonio económico oculto en el extranjero, que facilitaría su sustracción a la justicia, con el consiguiente perjuicio a esta causa y a las que aún tiene pendientes de enjuiciamiento». La mencionada resolución trata el tema del arraigo personal, familiar y social en España, del condenado y recurrente, si bien los magistrados entienden que supone un factor impeditivo para su huida, al ser su hijo mayor de edad e independiente, y carecer de vinculación laboral. Finalmente, el auto entiende que para garantizar la sentencia que se recurrió, el riesgo de fuga no queda eliminado con la adopción medidas cautelares de control como lo es la pulsera telemática y/o comparecencia apud acta.

Las medidas cautelares penales son, por tanto, instrumentos preventivos y podemos afirmar que en nuestro ordenamiento tienen carácter cautelar las siguientes medidas<sup>9</sup>:

- 1) Un supuesto de detención.
- 2) Determinados supuestos de prisión provisional.

7. MARTÍNEZ GARCÍA, E., ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., BARONA VILAR, S., PLANCHADELL GARGALLO, A., ESPARZA LEIBAR, I., & GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal. Derecho Procesal III* 3a Edición, 2023, Tirant lo Blanch, pág. 299.

8. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Colex, 2004, pág. 481.

9. Ibidem.

- 3) La incomunicación.
- 4) La fianza como garantía de la presencia del investigado.
- 5) La comparecencia periódica.
- 6) El embargo preventivo.
- 7) La fianza destinada a satisfacer responsabilidades pecuniarias.

Las medidas cautelares ayudan, que no aseguran, la ejecución de la pena<sup>10</sup>, creando las condiciones idóneas para que el proceso se sustancie adecuadamente, es decir, la posibilidad jurídica de que una pena se convierta en realidad; en definitiva, que ésta pueda ser ejecutada<sup>11</sup>.

Su existencia se asienta también en un factor relevante dentro del ámbito de este trabajo como lo es el hecho de que las actuaciones procesales, necesarias para la investigación del hecho delictivo, requieren de un elevado período de tiempo. En muchos casos la duración de una investigación aumenta exponencialmente debido a que las denominadas “macrocausas” son complejas y existe el riesgo de que el investigado pueda ocultarse de la justicia o frustrar los efectos de la sentencia que pueda llegar a dictarse. Es por ello por lo que, deben adoptarse medidas cautelares a lo largo del proceso para poder, por ejemplo, garantizar la presencia del sujeto pasivo y disponibilidad, tanto durante la fase de instrucción, así como para evitar la destrucción de pruebas<sup>12</sup>. No olvidemos que en la Ley de Enjuiciamiento Criminal las medidas cautelares se regulan dentro del sumario toda vez

---

10. SSTC 41/1997 de 10 de marzo de 1997, rec. 1479/1993: «Respecto de la queja constitucional fundada en el art. 17 CE, por privación de libertad, recuerda la doctrina del ATC 228/1987, en el sentido de que el ciudadano al que se vulneren derechos fundamentales no adquiere un derecho subjetivo a obtener la condena penal del autor de la lesión, ni menos puede alegar en sede constitucional, como lesión del derecho fundamental, la falta de condena penal, y ello porque la calificación de unos hechos como delito o falta sólo puede producirse tras el examen de los elementos del delito y sólo son competentes para ello, los Tribunales de Justicia. Por otra parte, el recurso de amparo se dirige al restablecimiento del derecho vulnerado y a la adopción de las medidas necesarias para su conservación, sin que su ámbito pueda extenderse más allá».

11. PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales*, Marcial Pons, 2008, pág. 49.

12. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015, págs. 29 y 30; MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal* (con Cortés Domínguez), 7ª Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 295 y 296.

que es en esta fase del procedimiento penal donde adquieren eficacia<sup>13</sup>. Por tanto, podemos afirmar que las medidas cautelares son instrumentos que garantizan el normal desarrollo del proceso<sup>14</sup>, de tal forma que queda estrechamente vinculado 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 recogido en el art. 24.2 CE<sup>15</sup>.

Por tanto, constituyen fines de las medidas cautelares penales<sup>16</sup>:

- 1) Evitar la huida del sujeto pasivo del proceso.
- 2) Evitar la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes y medios de prueba.
- 3) Evitar la insolvencia del sujeto pasivo.

Con este planteamiento podemos afirmar que la finalidad a la que sirven las medidas cautelares forma parte de la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado<sup>17</sup>. Por ello, el sistema de medidas cautelares de la LECrim presenta un marcado carácter garantista, de tal forma que asegura la presencia del investigado en el juicio oral y el cumplimiento efectivo de la sentencia<sup>18</sup>. A tal efecto, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Polí-

13. ARAGONESES MARTÍNEZ, S., *Derecho Procesal Penal* (con de la Oliva Santos, Hinojosa Segovia, Muerza Esparza y Tomé García), Madrid, 2007, pág. 394.

14. NAVARRO MOZO, N., *Procedimiento Penal: Medidas Cautelares y su aplicación práctica*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, LVI (2023), págs. 121-136.

15. STC (Sala Segunda) 218/1994, de 18 de julio, RA 2566/1991, ponente Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer. En el fundamento jurídico nº 3, se explicita la importancia de las medidas cautelares bajo el prisma de la Constitución. Las medidas cautelares guardan una estrecha conexión con los derechos fundamentales y con las libertades públicas recogidas en nuestra Carta Magna, nombrando concretamente el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24-1 CE.

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).

16. Ibidem.

17. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III*, Valencia, 2005, pág. 465.

18. GIMENO SENDRA y DÍAZ MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, pág. 555; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 2004, pág. 325; ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2002, pág. 389.

ticos 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»<sup>19</sup>.

### III.1.2. CLASIFICACIÓN

Encontramos diversos criterios a la hora de establecer un parámetro clasificador de las medidas cautelares.

La primera clasificación<sup>20</sup> que podemos señalar en el ámbito penal es la que diferencia entre medidas cautelares personales y reales<sup>21</sup>. Las primeras serían 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»<sup>22</sup> en tanto las segundas

19. BOE núm. 103, 30 de abril de 1977.

20. Respecto a la distinción entre medidas cautelares personales, propias de la pretensión punitiva que se hace valer en todo proceso penal y, por la otra, medidas cautelares reales, propia de la pretensión civil que se puede insertar dentro del proceso criminal, debemos precisar que el concepto genérico que englobaría diversas medidas que presentan similares características y presupuestos, fue una noción que surgió de la mano de la moderna ciencia procesal y que alcanzó en la Escuela italiana de derecho procesal, de la primera mitad del siglo XX, su más brillante expresión. En este sentido CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3a. ed. Napoli, 1919. Existe versión en castellano de esta tercera edición *Principios de derecho procesal civil*, trad. de CASAIS Y SANTALÓ, Madrid, 1922. CARNELUTTI, F., *Carattere della sentenza di fallimento*, en *Rivista di diritto processuale civile*, (1931), II, págs. 159-173. Igualmente, CALAMANDREI, *Introduzione al estudio sistémico de las providencias cautelares*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1945.

21. En este sentido la STC 14/2000, de 17 de enero: «en cuanto tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del imputado con miras al cumplimiento de la sentencia condenatoria que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia durante el tiempo que inevitablemente ha de consumirse en la tramitación de cualquier proceso penal, se incluye ... en la categoría más general de las medidas cautelares de naturaleza personal, al igual que, por participar de idéntica finalidad, lo son también medidas tales como la libertad provisional, con o sin fianza ... En definitiva, pues, la prisión provisional a la que alude el art. 17.4 CE pertenece a una categoría más amplia, la de las medidas cautelares de naturaleza personal, que con frecuencia implican, cuando menos, restricciones de diverso tipo a la libertad personal y que, como regla general, la Constitución no impide que se mantengan vigentes a lo largo de toda la tramitación del procedimiento, más allá obviamente de las exigencias generales de necesidad y proporcionalidad».

22. ASENSIO MELLADO, J.M.; *Derecho Procesal Penal*, Valencia, 2004, pág. 192.

serán aquellas que pretenden asegurar la ejecución de los pronunciamientos patrimoniales que pueda incluir la sentencia mediante la limitación de la disponibilidad de ciertas cosas. En realidad, se tratará de asegurar los pronunciamientos referidos a la responsabilidad civil *ex delicto* o, en su caso, de las costas judiciales. En este punto cabe señalar que el TC ha considerado que exigir el afianzamiento cautelar de la responsabilidad patrimonial derivada de una eventual condena a una pena de multa sería una suerte de pena anticipada contraria a la presunción de inocencia (STC 69/2023, de 19 de junio), pues comporta un prejuicio acerca de la posible culpabilidad del acusado que no es compatible con el art. 24.2 CE. No obstante, como una parte de la doctrina<sup>23</sup> mantiene, tal consideración puede ser discutible, por cuanto los indicios de delito son siempre el fundamento de las medidas cautelares que se adoptan en un proceso penal.

También los autores dividen los actos procesales en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales<sup>24</sup>. Muy similar a esta clasificación otro sector de la doctrina considera que son las medidas cautelares patrimoniales las que «recaen sobre los bienes y el patrimonio y pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que pueden declararse en un proceso penal»<sup>25</sup>.

Hay autores que distinguen entre medidas cautelares penales, que son aquellas cuya finalidad es la de garantizar la eficacia del fallo de la sentencia en su contenido penal; y civiles, que serían las que garantizan el contenido civil y las costas procesales<sup>26</sup>. A su vez, BARONA VILAR divide las medidas cautelares patrimoniales «en dos tipos; 1) medidas penales, las que se derivan de la misma responsabilidad penal, tales como el pago de las costas procesales o la pena de multa, entre otros conceptos, y 2) medidas civiles, las que se derivan de la misma responsabilidad civil procedente de la comisión del hecho delictivo, garantizando la efectividad de la resolución condenatoria civil, que puede consistir en la restitución de la cosa, la reparación del daño o la indemnización del perjudicado»<sup>27</sup>.

23. GASCON INCHAUSTI, F., *Derecho procesal penal*... ob. cit., pág. 221.

24. FENECH, M., *El proceso penal*, Agesa, 4ª ed., 1982, pág. 811 y ss.

25. BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal* 27ª Edición 2019, Tirant lo Blanch, págs. 460-465.

26. LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *El proceso penal*, Tirant lo Blanch, pág. 3.

27. BARONA VILAR, S., *¿Una nueva concepción de las medidas cautelares personales en el proceso penal?*, en Revista Poder Judicial Núm. Especial XIX, 2006, pág. 259.



Por otro lado, si atendemos al sujeto habilitado para adoptar las medidas cautelares, podemos distinguir, por un lado, judiciales, que serían todas, puesto que la autoridad judicial es el órgano legalmente habilitado para su adopción; y policiales, dentro de las que se incluyen la detención y el comiso<sup>28</sup>. Respecto a esta cuestión debemos hacer una serie de precisiones. Siguiendo a MONTERO AROCA<sup>29</sup> la detención es una medida cautelar de carácter personal, que, durante un breve periodo de tiempo priva de libertad a un sujeto para ser puesto a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver acerca de su situación personal. Para el meritado autor<sup>30</sup> la detención se puede adoptar antes de haberse iniciado el proceso penal como consecuencia de la comisión de un hecho delictivo, así como, una vez iniciado el proceso penal, si el investigado se fuga, e incluso si ya ha sido condenado.

Respecto a la detención policial, el artículo 17.2 de la CE se refiere a la detención policial disponiendo en este caso que «la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial». La detención preventiva llevada a cabo por los agentes de las fuerzas y cuerpos de seguridad es una frecuente medida cautelar que tiene como antecedente necesario la comisión de un delito y la concurrencia de alguna circunstancia que permita la atribución de la responsabilidad o la participación del sujeto pasivo<sup>31</sup>.

Otro criterio para catalogar las medidas cautelares, diferencia entre medidas privativas de libertad (detención, prisión, prisión atenuada) y privativas o limitativas de otros derechos (libertad provisional, suspensión de cargos públicos, suspensión de actividades o cierre de empresa o establecimiento)<sup>32</sup>.

Una parte de la doctrina identifica una categoría autónoma de medidas cautelares reales a imponer en el proceso penal, «que tienen una naturaleza

28. LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *El proceso penal*, ob. cit., pág. 5.

29. BARONA VILAR, S./MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional III-Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 482.

30. MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 269.

31. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit., pág. 331.

32. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, ob. cit. pág. 34.



mixta procesal penal y civil o administrativa, pues a un tiempo garantizan que una de las consecuencias accesorias de la comisión dolosa de un delito que prevé el art. 129 CP 1995<sup>33</sup> se podrá ejecutar en su día y además que se seguirán cometiendo delitos como los que han dado lugar a la formación de la causa... Son medidas que participan de la naturaleza mixta de medidas cautelares procesales penales y civiles, o administrativas, aseguradoras del cumplimiento futuro de una sanción accesoria y de prevención del delito.»<sup>34</sup> De las señaladas encontramos «medidas de clausura temporal y suspensión que pueden ser adoptadas por el juez Instructor»<sup>35</sup>.

Podemos dar un paso más, y añadir otra categoría paralela. En concreto nos referimos a la distinción entre medidas cautelares y medidas de protección. Estas últimas pretenden dar amparo a las víctimas mientras que se sustancia el proceso penal y se dicta la sentencia que establezca con carácter definitivo las correspondientes responsabilidades y determine las consecuencias accesorias<sup>36</sup>. Dentro de estas últimas, y en el ámbito de este trabajo, es importante, tal y como ya hemos desarrollado, mencionar el papel del denunciante como clave en la lucha contra la corrupción, como viene siendo reconocido por la doctrina científica<sup>37</sup>. Todo ello habida cuenta que su posición en el contexto organizacional de una Administración Pública permite al denunciante tener noticia inmediata de la posible comisión de irregularidades, con efectos preventivos. En este sentido su colaboración puede permitir no solo la detección, sino también la interrupción, antes de que se complete su ejecución<sup>38</sup>. Es por ello por lo que dentro de estas medidas deberían incluirse las que pueden amparar al denunciante de un

33. Artículo 129.1. «En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el Juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.»

34. GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Tecnos, Temas clave de la Constitución Española 1996, págs. 156 y 157.

35. Ibidem.

36. MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit. pág. 263.

37. RAGUÉS I VALLÈS, R., *¿Es necesario un estatuto para los denunciantes de la corrupción?*, Diario La Ley, número 9003, 2017.

38. CAMPANÓN GALIANA, L., *Análisis de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 (Whistleblowing), relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*. En Carta tributaria. Revista de opinión, número 59, 2020.

delito de corrupción. Las estadísticas corroboran esta necesidad perentoria de intervención para la protección del denunciante<sup>39</sup>. En este sentido el Dictamen N.º 4/2018 sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión del Tribunal de Cuentas de la Unión Europea expone que<sup>40</sup>: «En la evaluación de impacto de la Comisión se estima que el actual riesgo de pérdida de ingresos en la UE se sitúa entre 179.000 y 256.000 millones de euros al año. Calcula que la propuesta proporcionará el derecho protección a los denunciantes del 40% de los trabajadores de la UE y aumentará el nivel de protección para cerca del 20%». Ya hemos visto como en España finalmente se ha regulado esta protección tal y como venía exigiendo nuestro TS<sup>41</sup>.

Siguiendo el criterio que permite la subdivisión de las medidas de protección entre las que protegen a la víctima y las que protegen a la sociedad, como por ejemplo la suspensión de cargos públicos, podríamos englobar, a la vista de Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, las que protegen a los denominados «*whistleblowers*». Si entendemos esta concepción amplia, que incluye como medidas cautela-

39. ROMERO ABOLAFIO, J.J., La protección de los denunciantes en el contexto de la Unión Europea, pág. 94, en MORILLAS CUEVA, L., *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson.

40. 2018/C 405/01; sobre la Evaluación de impacto citada: SWD/2018/116 final.

41. STS de 6 de febrero de 2020: «Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como “notitia criminis” se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciantes, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia», añadiendo sobre su impacto normativo que «En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planee, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma».

res personales las que protegen a la víctima<sup>42</sup>, ¿por qué no incluir las de protección a los denunciantes de infracciones administrativas y de delitos de corrupción? Siguiendo a algunos autores «si el proceso penal puede desembocar en imposición de una pena, interesa a todos que esa pena sea susceptible de cumplimiento efectivo»<sup>43</sup>. Por tanto, si el denunciante es pieza fundamental en lo que a la finalización del proceso penal se refiere no sería descabellada esta concepción.

### III.1.3. CARACTERÍSTICAS

Fue CALAMANDREI<sup>44</sup> quién, en ese afán sistematizador que impregnó gran parte de su obra, intentó establecer cuáles eran los caracteres diferenciales de las medidas cautelares. De lo expuesto podemos inferir las características generales de las medidas cautelares: instrumentalidad, provisionalidad, y proporcionalidad.

#### III.1.3.1. Instrumentalidad

Toda medida cautelar queda supeditada a un proceso principal. Esta característica es la que explica que sirva como instrumento para poder llevar a término satisfactoriamente un proceso. La instrumentalidad supone que esa vinculación directa de la medida cautelar con la pendencia del proceso principal aboca a que una vez finalice, bien por sentencia o por auto definitivo, se produce su extinción, de tal manera que se ha de alzar o sustituir por la actuación ejecutiva<sup>45</sup>.

Debemos precisar que esta característica no sólo significa la vinculación con un proceso. La instrumentalidad va más allá, implica una vinculación con su objeto y con los hechos que le identifican. De tal forma que, queda la medida unida imperiosamente con la sentencia cuyo cumplimiento se intenta asegurar, y con la tramitación que se pretende garantizar<sup>46</sup>. Por eso la medida cautelar debe adecuarse a los fines que en cada caso se persigan,

42. SOLETO MUÑOZ, H., *Cuestiones procesales relacionadas con la violencia doméstica*, Sepín, 2005, SP/DOCT/2531, pág. 6.

43. RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal. Tercera Lectura constitucional*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, pág. 275.

44. CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ob. cit., pág. 33.

45. GIMENO SENDRA, V., CALAZA LÓPEZ, S., DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 353.

46. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit., pág. 330.

de tal forma que en ocasiones el contenido de la medida será idéntico a la condena que se llegue a imponer en la sentencia. Un ejemplo es la prisión provisional en caso de adoptarse por peligro de fuga (art. 503.1.3 LECrim), o de la medida cautelar de suspensión de empleo o cargo público<sup>47</sup>. En concreto la STC 44/1997 afirma que constituirían las finalidades de la prisión provisional «la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, para el normal desarrollo del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto, aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva». Por lo tanto, no es objetivo de la prisión provisional «los fines punitivos o de anticipación de la pena» (SSTC 128/1995, 40/1987, 41/1982), la obtención de declaraciones de los imputados (STC 128/1995) o la mitigación de la alarma social ocasionada por el delito (SSTC 66/1997, 98/1997).

En definitiva y enlazando con la siguiente característica, las medidas cautelares están, pues, sometidas a la regla «*rebus sic stantibus*»; por ello, sólo han de permanecer en tanto subsistan los presupuestos que las han justificado<sup>48</sup>.

### III.1.3.2. Provisionalidad

En segundo lugar, toda vez que la medida cautelar está dirigida a asegurar la efectividad de la sentencia, la misma debe tener una vigencia limitada en el tiempo<sup>49</sup>. Por tanto, las medidas cautelares siempre se limitan en el tiempo, estableciendo la ley plazos máximos durante los cuales pueden ser mantenidas cualquiera que sea la situación en que se encuentre el proceso<sup>50</sup>.

Dada su vinculación con el proceso principal y los fines que persiguen, las medidas cautelares son provisionales. En este sentido dejan de subsistir no porque el proceso principal haya finalizado, sino más bien porque las medidas cautelares se mantienen en tanto en cuanto se mantengan las causas que motivaron su adopción, y, desde el momento en que estas desaparecen, las medidas cautelares deberán alzarse; de modo que carece de

47. Ibidem.

48. GIMENO SENDRA, V., CALAZA LÓPEZ, S., DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 354.

49. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit., pág. 331.

50. LÓPEZ YAGÜES, V., CALAZA LÓPEZ, S., ASENCIO MELLADO, J. M., DEL RÍO LABARTHE, G., FUENTES SORIANO, O., RIZO GÓMEZ, M. B., RUIZ DE LA CUESTA FERNÁNDEZ, S., DOIG DÍAZ, Y., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., CUADRADO SALINAS, C., VIRTUDES OCHOA MONZÓ, V., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 280.

sentido mantener el aseguramiento más allá de la sentencia que decide definitivamente el proceso<sup>51</sup>. Es por ello por lo que la medida cautelar es, por esencia, revocable, toda vez que si desaparece o se modifica la situación que la originó, irremediablemente la medida seguirá ese devenir, de tal forma que, o bien se extingue, o se alza, o se sustituye por otra más acorde con la nueva situación<sup>52</sup>.

Por último, debemos matizar que, dado que las medidas cautelares pueden suponer en el proceso penal la privación del derecho a la libertad<sup>53</sup>, como sucede en el caso de la detención o de la prisión provisional, el ordenamiento constitucional exige vía artículos 17.2 y 4 CE, así como la propia ley en el artículo 504 LECrim, que se debe existir un plazo máximo de duración, y ello, aunque las circunstancias no se hubieran modificado<sup>54</sup>.

### III.1.3.3. Proporcionalidad

Llegados a este punto podemos afirmar que toda medida cautelar tiene que ser no sólo adecuada a los fines que con ella se persiguen, sino además proporcional a los hechos que se investigan y a su gravedad. De tal forma que el perjuicio que la medida pueda ocasionar en la esfera del sujeto pasivo del proceso nunca puede ser más gravoso que el resultado de la sentencia<sup>55</sup>. Es por ello por lo que hay que adoptar la medida menos onerosa que mejor se adapte a las circunstancias del caso pudiendo ser sustituida en el caso de que exista esa posibilidad.

51. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit., pág. 331.

52. MARTÍNEZ GARCÍA, E., ETXEBARRÍA GURIDI, J. F., BARONA VILAR, S., PLAN-CHADELL GARGALLO, A., ESPARZA LEIBAR, I., & GÓMEZ COLOMER, J. L., *Proceso Penal. Derecho Procesal III* 3..., ob. cit., pág. 300.

53. La prisión provisional sólo puede mantenerse durante el tiempo que permanezcan las circunstancias que motivaron su imposición como lógica consecuencia de los principios antes citados. Así lo reconoce la abundante jurisprudencia existente al respecto como las STC 142/2002, 8/2002 y de 128/1995 y las sentencias del TEDH de 26-10-2000, asunto Kudla; de 1-8-2000, asunto P.B. contra Francia; de 21-2-1996, asunto Singh, y de 28-3-1990, asunto B. contra Austria, al referirse al derecho, consagrado en el art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento, lo que obliga a la revisión judicial de la situación de prisión o confinamiento para valorar si persisten los indicios racionales de que el detenido había cometido un delito y que persistían motivos suficientes para mantenerle en esa situación excepcional.

54. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V./MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Penal ...*, ob. cit., pág. 331.

55. *Ibidem*.

El TC se ha pronunciado en cuanto a su naturaleza como «un principio general que puede inferirse a través de diversos preceptos constitucionales, y que en el ámbito de los derechos fundamentales constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia estatal en los mismos»<sup>56</sup>.

Y en cuanto a su contenido y significado, la STC n.º 207/1996, de 16 diciembre vino a establecer que para que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere el juicio de proporcionalidad, debe ser susceptible de «conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); debe ser, además, 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, finalmente, debe ser 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)».

Dentro del ámbito de este trabajo, en muchos casos los delitos de corrupción suelen llevar aparejada una instrucción compleja. Podemos incluso hablar de una sustancial diferencia de tramitación una instrucción sumarial ordinaria y una investigación penal que lleva pareja la significativa denominación de “*macro causas*”. De una simple revisión de algunos casos<sup>57</sup>, es claramente visible que estamos ante un elevado número de acusados. Por ejemplo, la decisión de llevar a juicio a los presuntos responsables de diversos delitos de corrupción en el denominado “Cártel del fuego” supuso el procesamiento de un total de 32 personas. Los acusados formaban parte de una organización criminal que presuntamente se concertó para alterar la contratación y adjudicación de los contratos de extinción de incendios en el sector de la navegación aérea mediante la corrupción de funcionarios y autoridades. Igualmente, en estas causas encontramos gran cantidad de documentación, e incluso las diligencias practicadas se prolongan en el tiempo dificultando la determinación de los que en uno y otro caso se practican en atención a la complejidad de los hechos que conforman su objeto.

Esta desproporción supone una forma de instruir donde las medidas que se adoptan con respecto a los investigados prescinden, en numerosas

56. STC 49/1999, de 27 abril.

57. ERES, Gürtel, Púnica o Lezo entre otros. Lezo por ejemplo se trata de una “macro causa” de corrupción en torno a las irregularidades en el Canal de Isabel II. Este proceso se ha dividido en diferentes piezas. En 2022 el Juez Joaquín Gadea propuso juzgar por un delito de blanqueo en la pieza 5 al exdirector general del Canal de Isabel II Ildefonso de Miguel, mientras que sobreesayó la causa para el expresidente de la Comunidad de Madrid Ignacio González y otras tres personas.

ocasiones, del respeto al principio de proporcionalidad exigible. Así sucede, por ejemplo, con el denominado bloqueo patrimonial —distinto de la medida cautelar de embargo de bienes para garantizar eventuales responsabilidades civiles—, y, que podría conculcar el juicio de proporcionalidad exigido por la doctrina constitucional con el fin de respetar los derechos fundamentales afectados.

A continuación, vamos a desarrollar otra serie de características que viene siendo desarrolladas por la doctrina científica y jurisprudencia.

### III.1.3.4. Homogeneidad

Las medidas cautelares participan de la misma naturaleza que las medidas ejecutivas que pueden llegar a adoptarse en la sentencia. Toda vez que el objetivo de las medidas cautelares es garantizar que el proceso se cumpla, «habrán de ser homogéneas con las medidas ejecutivas»<sup>58</sup>. Es por ello por lo que esta característica supone «la imposibilidad de que se pueda obtener en el proceso cautelar cualquier cosa de más o diferente de cuanto se podrá obtener con la resolución judicial definitiva o en contraste con otras normas del Ordenamiento jurídico, sobre todos constitucionales»<sup>59</sup>.

Algunos autores consideran que «*de lege ferenda*» debería modificarse esta nota esencial de las medidas cautelares penales, de tal forma que fuesen menos homogéneas o más autónomas que las de ejecución, toda vez que la vinculación del imputado al proceso no tiene por qué necesariamente pasar por la negación de su derecho a la libertad<sup>60</sup>.

### III.1.3.5. Contradicción

Antes de acordar una medida cautelar debe someterse a debate su adopción<sup>61</sup> siendo intervinientes por un lado la acusación, y por otra la

58. MONTERO AROCA, J., *Trabajos de Derecho Procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1988, pág. 435.

59. VECINA CIFUENTES, J., *La potestad cautelar: contenido y límites*, CEJ, Estudios jurídicos, 2007, pág. 5321.

60. GIMENO SENDRA, V., CALAZA LÓPEZ, S., DÍAZ MARTÍNEZ, M., *Derecho Procesal Penal*, ob. cit., pág. 354.

61. STS núm. 499/2020 de 8 de octubre recuerda que «como señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional «En tal sentido hemos acentuado que el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ3)».



defensa.<sup>62</sup> Respecto a esta importante cuestión, debemos precisar que el principio de contradicción no tiene un reflejo constitucional expreso en España. Lo anteriormente dicho no es óbice para destacar el paradigma de la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías recogido en nuestra Carta Magna en los artículos 24.1 y 2. Conceptualmente podemos definir este derecho como la posibilidad de que las partes puedan alegar y probar el fundamento fáctico y jurídico de su posición procesal, así como a poder rebatir lo que se alegue por la parte contraria, bien en los actos procesales orales, bien en los actos procesales escritos<sup>63</sup>.

Por otro lado, la finalidad del artículo 13 LECrim<sup>64</sup>, que prevé la adopción de medidas tendentes a una protección inmediata a los bienes jurídicos tutelados cuando la premura de la situación lo requiere, permite que las medidas puedan ser adoptadas incluso *inaudita parte*, sin perjuicio de la posterior audiencia a los afectados. Tal posibilidad se encuentra expresamente admitida por ejemplo en el artículo 544 Bis de la LECrim<sup>65</sup>, cuando no es posible contar con la presencia del investigado y la adopción de medidas no admite demora. Resulta interesante que el artículo 544 Bis de la LECrim

62. DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, ob. cit. pág. 40.

63. MARTÍNEZ GARCÍA, E., BARONA VILAR, S., PLANCHADELL GARGALLO, A., ETXEBERRIA GURIDI, J. F., ESPARZA LEIBAR, I., & GÓMEZ COLOMER, J. L., *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*. Tirant lo Blanch, 2021, pág. 249.

64. «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.

En la instrucción de delitos cometidos a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación, el juzgado podrá acordar, como primeras diligencias, de oficio o a instancia de parte, las medidas cautelares consistentes en la retirada provisional de contenidos ilícitos, en la interrupción provisional de los servicios que ofrezcan dichos contenidos o en el bloqueo provisional de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.»

65. «En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares), el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de



haga expresa alusión a los delitos del artículo 57 del Código Penal, delitos que están regulados en el Título XIII del Libro II del Código Penal, que abarca los artículos 234 al 304, entre los que podemos aludir al delito de blanqueo de capitales, administración desleal, apropiación indebida, delitos muy próximos a los que son objeto de este trabajo no contemplados en el mencionado precepto. Sobre este punto, la doctrina del TC está sintetizada, entre otras, en la STC 176/1998 de 14 de septiembre, en la que se señala que el derecho a la tutela judicial efectiva, y más en concreto el derecho a un proceso público con todas las garantías, no sólo incluye el derecho de acceso a la Justicia, sino también, como es obvio, el de hacerse oír por ésta y, por tanto, el de ser emplazado en la forma legalmente prevista para así poder comparecer en aquellas actuaciones judiciales cuya finalidad es precisamente la de dar a las partes la ocasión de hacerse oír, de expresar cuanto convenga a la defensa de sus derechos de intereses legítimos.

El TC recuerda, en este sentido, lo que ya dijo en STC 118/1993, que «los actos de comunicación son, por su autor, actos del órgano jurisdiccional donde se sigue cualquier proceso y su función está conectada directamente a muchos de los principios rectores de esta institución, como el de contradicción, pero muy especialmente al derecho de defensa. Se trata de evitar que la decisión judicial pueda producirse “inaudita parte” y que nadie pueda ser condenado sin ser oído con todo lo que tal audiencia comporta, no sólo en la primera instancia, sino en las sucesivas, pues el sistema de recursos forma parte también del conjunto de la tutela judicial. Por ello —concluíamos— las oficinas judiciales han de cumplir con este deber de notificar, citar, emplazar y requerir, según cada coyuntura exija, con la máxima diligencia, cuidando de asegurar que la comunicación llegue a conocimiento real y efectivo de su destinatario, ya que en otro caso se le colocaría en la situación de indefensión proscrita constitucionalmente». En tal sentido sólo la incomparecencia en el proceso, o en el recurso, debida a la voluntad expresa o tácita de la parte, o a su negligencia, podría justificar una resolución sin haber oído sus alegaciones y examinado sus pruebas. De ahí que la defensa contradictoria representa una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial<sup>66</sup>. Y se vulnera el derecho

---

residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.»

66. SSTC 109/1993, 202/1993, 155/1995, 80/1996 y 32/1997, entre otras.

a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, produciendo indefensión, cuando el sujeto, sin haber tenido oportunidad de alegar y probar sus derechos en el proceso, los ve finalmente afectados por la resolución recaída en el mismo.

Respecto a la posibilidad de adopción de medidas cautelares “*inaudita parte*” hay autores que no contemplan dicha posibilidad<sup>67</sup> si bien podemos defender la posibilidad de adoptar medidas *inaudita parte* en atención a razones de urgencia y sin perjuicio de tratar de cumplimentar la audiencia a la mayor brevedad. Ha de tenerse presente que, respecto a medidas cautelares adoptadas a personas jurídicas, como bien podría ser a una empresa que ha participado en el entramado de una red de corrupción, y siendo que aproximan a las medidas cautelares reales<sup>68</sup>, en última instancia cabría aplicar la LECiv, como Derecho procesal supletorio y concretamente el art. 733.2 LECiv<sup>69</sup>.

En nuestra opinión, esta posibilidad, que a fin de cuenta es una relajación de las garantías constitucionales, en concreto del principio de contradicción, deberá compensarse con la convocatoria de la vista en el plazo más breve posible para confirmar o cancelar las medidas adoptadas *inaudita parte*.

Siguiendo con este aspecto podemos encontrar un ejemplo de lo expuesto dentro de la trama corrupta del “Caso Erial”. En dicho procedimiento se promovió recurso de amparo (núm. 1676-2019), promovido por el Sr. Grau Jornet, contra el auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Valencia de 18 de enero de 2019, dictado en las diligencias previas núm. 3568/2015, que denegó el acceso a las actuaciones solicitado para impugnar la prisión provisional del recurrente, y el auto de la Sección Quinta de la Audiencia

67. APARICIO DÍAZ, L., *El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Diario La Ley, N.º 7759, 21 de diciembre de 2011.

68. Otros autores opinan que estas medidas están en un punto intermedio entre el principio de contradicción, que informa el conjunto del proceso civil, y que obliga a dar audiencia a la parte interesada, y el derecho a una tutela judicial efectiva y la posibilidad de una frustración del objetivo que persigue la medida que supone la audiencia un aviso al sujeto pasivo. En tal sentido se habla de la concurrencia de dos intereses contrapuestos difícilmente compatibles. ORTELLS RAMOS, M., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Ed. Comares, Granada, pág. 28.

69. «2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.»

Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2019, dictado en el rollo de apelación núm. 187/2019, por el que se desestimaba el recurso de apelación contra el anterior. En lo que nos concierne, y en relación con el principio de contradicción, el recurso de amparo pivota entorno a una cuestión relevante, toda vez que el auto del Juzgado de Instrucción núm. 8 de Valencia de 18 de enero de 2019 rechazó la entrega de los documentos y archivos determinantes de la prisión provisional del recurrente en las diligencias previas núm. 3568/2015. En este sentido el Juzgado consideraba que dicha exigencia entraba en contradicción con la declaración de secreto sumarial, sin que fuese aplicable la Directiva 2012/13/UE<sup>70</sup>. Igualmente, el auto de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2019 confirmó en apelación ese rechazo, toda vez que siendo procedente el mantenimiento del secreto de sumario, no se violaba la citada Directiva. Sin embargo, a los efectos de lo que nos ocupa, es cierto que podría considerarse que se había privado de libertad al sujeto pasivo sin respetar la legalidad,

70. DIRECTIVA 2012/13/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 22 de mayo de 2012 relativa al derecho a la información en los procesos penales. Artículo 7. Derecho de acceso a los materiales del expediente «1. Cuando una persona sea objeto de detención o privación de libertad en cualquier fase del proceso penal, los Estados miembros garantizarán que se entregue a la persona detenida o a su abogado aquellos documentos relacionados con el expediente específico que obren en poder de las autoridades competentes y que resulten fundamentales para impugnar de manera efectiva, con arreglo a lo establecido en la legislación nacional, la legalidad de la detención o de la privación de libertad. 2. Los Estados miembros garantizarán que la persona acusada o sospechosa o su abogado tengan acceso al menos a la totalidad de las pruebas materiales en posesión de las autoridades competentes a favor o en contra de dicha persona, para salvaguardar la equidad del proceso y preparar la defensa. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, el acceso a los materiales mencionados en el apartado 2 se concederá con la debida antelación que permita el ejercicio efectivo de los derechos de la defensa y a más tardar en el momento en que los motivos de la acusación se presenten a la consideración del tribunal. Si llegan a poder de las autoridades competentes más pruebas materiales, se concederá acceso a las mismas con la debida antelación para que puedan ser estudiadas. 4. No obstante lo dispuesto en los apartados 2 y 3, siempre y cuando ello no suponga un perjuicio para el derecho a un juicio equitativo, podrá denegarse el acceso a determinados materiales si ello puede dar lugar a una amenaza grave para la vida o los derechos fundamentales de otra persona o si la denegación es estrictamente necesaria para defender un interés público importante, como en los casos en que se corre el riesgo de perjudicar una investigación en curso, o cuando se puede menoscabar gravemente la seguridad nacional del Estado miembro en el que tiene lugar el proceso penal. Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con los procedimientos previstos por la legislación nacional, sea un tribunal quien adopte la decisión de denegar el acceso a determinados materiales con arreglo al presente apartado o, por lo menos, que dicha decisión se someta a control judicial.»

puesto que no se había dado acceso al núcleo esencial de las actuaciones, que no se ve afectado por el secreto sumarial, lo que asimismo habría vulnerado el derecho de defensa (art. 24.2 CE).

La sentencia de la Sala Primera del TC 4/2023, de 20 de febrero de 2023, recurso de amparo 1676/2019, concluye que el encarcelamiento del considerado cerebro financiero de una supuesta trama de corrupción fue inconstitucional<sup>71</sup> porque previamente no se le permitió acceder a documentación esencial de la investigación que le permitiera ejercer su derecho de defensa. La mencionada sentencia hace suyos los siguientes aspectos relevantes.

El punto de partida de la doctrina constitucional es la constatación de que, junto al derecho de información y acceso que, con carácter general, corresponde a toda persona investigada o acusada (art. 118.1 LECrim), se contemplan específicas exigencias cuando se trata de un detenido o preso (art. 520.2 LECrim) en atención a la afectación en este caso no sólo del derecho de defensa, sino del derecho a la libertad. Estas garantías legales entroncan con las previsiones de los arts. 5 y 6 del Convenio europeo de derechos humanos (CEDH) y la correspondiente jurisprudencia del TEDH, origen, junto con la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (arts. 6, 47 y 48), de la Directiva 2012/13/UE, relativa al derecho a la información en los procesos penales; cuyas previsiones al respecto (arts. 4, 6.2, 7.1 y 7.4) han sido transpuestas al ordenamiento procesal español<sup>72</sup>. En la medida en que esas garantías se exigen por la ley para privar cautelarmente de libertad, su inobservancia determina la lesión del derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE, al no haberse producido esa privación «con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley»<sup>73</sup>.

Por otro lado, el pleno disfrute de los derechos de información y acceso puede verse comprometido temporalmente en virtud del secreto de las actuaciones, como reconoce el art. 7.4 de la Directiva 2012/13/UE y prevé el art. 302 LECrim in fine o el art. 527.1 d) LECrim<sup>74</sup>. Sin embargo, el TC viene admitiendo que, si bien el justiciable ve limitados sus derechos y garantías

71. La doctrina sobre el derecho de acceso a los elementos esenciales para impugnar la legalidad de la prisión provisional bien fijada en las SSTC 83/2019, de 17 de junio, FFJJ 5 y 6; 94/2019 y 95/2019, de 15 de julio, FFJJ 5 y 6; 180/2020, de 14 de diciembre, FFJJ 2 a 5, y 80/2021, de 19 de abril, FJ 4.

72. A través de la modificación de los arts. 302, 505, 520 y 527 LECrim operada por las Leyes Orgánicas 5/2015, de 27 de abril, y 13/2015, de 5 de octubre.

73. SSTC 13/2017, de 30 de enero, FJ 4; 21/2018, de 5 de marzo, FJ 5, y 180/2020, FJ 2.

74. SSTC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 4; 174/2001, de 26 de julio, FJ 3; 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 83/2019, FFJJ 3 c), 4 y 6 c).

## ESTUDIOS

Según el Consejo General del Poder Judicial, desde principios de 2021 hasta la actualidad se han incoado 502 procedimientos de casos relacionados con corrupción política y se ha condenado a 596 imputados por dicho motivo. A pesar de esta elevada cifra de casos de corrupción en España no nos encontramos ante una corrupción funcional, sino con la llamada corrupción política.

El presente volumen se analizan aquellas conductas que nuestro legislador, tras la LO 1/2015, de 30 marzo, de reforma del Código Penal, vino a considerar delitos de corrupción.

Seguidamente la parte final de este trabajo está dedicada a las medidas de protección que garantizan la viabilidad del proceso, esto es las medidas cautelares. Debemos señalar que la investigación de delitos de corrupción implica en muchas ocasiones una gran complejidad. Los procesos judiciales contra la corrupción son lentos porque son complejos de instruir.

Al respecto surge la importancia de analizar estas medidas y en concreto aquellas que coartan la libertad de movimiento del sujeto pasivo, u otras libertades de la persona, con el propósito de asegurar la efectividad del cumplimiento de la sentencia que se dicte en un futuro, mediante las medidas cautelares personales, o, mediante medidas cautelares reales, que garantizan las obligaciones pecuniarias. En todo caso es necesario un análisis de los fundamentos de las medidas cautelares en aras de desglosar la necesidad de su adopción cuando afecta su adopción a autoridades, cargos públicos, sindicatos y partidos políticos.

ISBN: 978-84-1085-487-1

