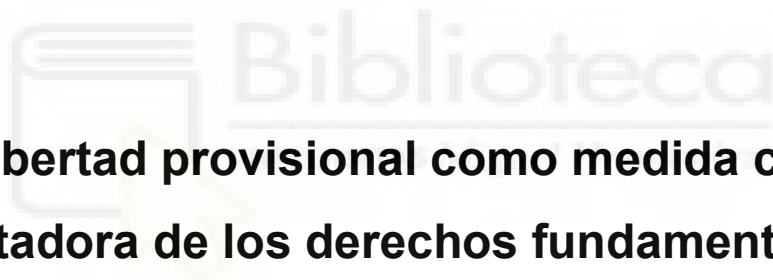




Universidad Miguel Hernández.
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche.
Grado en Derecho. Curso Académico 2019/2020.



“La libertad provisional como medida cautelar limitadora de los derechos fundamentales.”

Trabajo Fin de Grado

Alumno: Alberto Ponz Estarlich

Tutor: Prof. Máximo José Pertusa Guillén

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
INTRODUCCIÓN	3
1.CONCEPTO Y CARACTERES	5
1.1. PROCEDIMIENTO	8
2. LIBERTAD PROVISIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES	10
3. OBLIGACIONES QUE COMPORTA LA LIBERTAD PROVISIONAL	15
3.1 La fianza	16
3.2. La comparecencia apud acta	20
3.3 La retirada del pasaporte	23
4. MEDIDAS ACCESORIAS A LA LIBERTAD PROVISIONAL	25
4.1. Prohibición de abandonar ciertos lugares o zonas territoriales	25
4.2. Prohibición de acercarse a ciertas personas o zonas	27
4.3. Obligación de acudir a ciertos lugares propicios para paliar la situación especial del acusado como centros de rehabilitación	29
4.4. Prohibición de realizar determinadas actividades o profesiones	30
4.5. La suspensión de cargos públicos	32
4.6. Limitación de comunicación a través de determinados medios o con personas	33
4.7 Prohibición de conducción de vehículos	33
5. CONCLUSIONES	36
BIBLIOGRAFÍA	38

ABREVIATURAS

- Art.: Artículo
- CE: Constitución Española
- CEDH: Convenio Europea de Derechos Humanos
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- CP: Código Penal
- CPP: Codice di Procedura Penale
- EOMF: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
- LECrim: Ley de Enjuiciamiento Criminal
- LO: Ley Orgánica
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- Pág.: Página
- RD: Real Decreto
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- TC: Tribunal Constitucional
- UE: Unión Europea

INTRODUCCIÓN

La condición de libertad provisional se establece como una medida cautelar personal. La medida cautelar podrá ser aplicada en el seno de un proceso judicial. El declarado investigado en dicho proceso podrá ver restringidos una serie de derechos que otorga nuestra Constitución. Es por ello que merece especial atención y análisis la aplicación de dicha medida, ya que mediante la cual se interfiere en bienes jurídicos tan relevantes en las personas como lo son los derechos fundamentales. Se trata de una medida cautelar personal, que se puede considerar la menos restrictiva de libertades frente a la detención y la prisión provisional.

Los derechos fundamentales se recogen y quedan amparados en la Constitución Española en diversos artículos. Los derechos en cuestión serían el principio de igualdad, estipulado en el art. 14; los derechos fundamentales y libertades públicas ubicados en la Sección Primera del Capítulo II, y la libertad de libre conciencia del art. 30. Estos garantías constitucionales están afectadas a rasgos comunes, como son su vinculación a la totalidad de los poderes públicos; su regulación estará limitada únicamente por medio de ley orgánica, la cual deberá respetar su contenido esencial: el ciudadano que vea vulnerado sus derechos, podrá exigir su tutela a través de procedimiento sumario y preferente, además del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional; y por último, su efecto expansivo, por el cual la interpretación de las normas se realizarán de la forma más beneficiosa para los Derechos fundamentales de la persona.¹

Es conveniente destacar la importancia de la finalización de la II Guerra Mundial respecto a la consolidación que significó sobre estos derechos, para así evitar las dramáticas repercusiones que generaron el conflicto bélico sobre la humanidad. De este modo, los derechos fundamentales empezaron a tener un gran protagonismo en la redacción de las nuevas constituciones de los estados, fortaleciendo y asegurando los derechos consubstanciales al ser humano y los que tienen como finalidad proteger la paz social. Por otra parte, los derechos fundamentales tienen un reconocimiento internacional por medio de multitud de convenios y tratados internacionales, los cuales han sido firmados y ratificados por

¹ “Los derechos fundamentales del detenido en el proceso penal”, www.iberley.es, 16 agosto 2019

España. Entre ellos podemos destacar la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el 7 de diciembre de 2000; y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, realizado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Los citados tratados han sido suscritos por España, de modo que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, y por ende, son de obligado cumplimiento.²

Asimismo, al establecer dichos derechos como inherentes a las personas, se les dota de carácter inviolable y se les restringe a los estados, mediante las constituciones, su modificación o agravio. Los poderes públicos solamente tendrán la potestad de garantizarlos y protegerlos sobre la creación organizada de un ordenamiento jurídico. Por ello, cuanto más garantice el Estado los derechos fundamentales y de mejor forma, más democrática será una sociedad. El Tribunal Constitucional ha establecido una interpretación sobre la probable limitación de los derechos fundamentales que son recogidos en nuestra Constitución y por el Tribunal Europea de Derechos Humanos sobre el Convenio de Roma. Dicha restricción únicamente podrá establecerse si se cumplen unos requisitos:

- Prevención legal idónea, donde se deberá respetar el contenido esencial del derecho protegido por la ley de desarrollo de este que establezca nuestro ordenamiento.
- Justificación adecuada y suficiente, por la que será imprescindible considerar la necesidad y proporcionalidad de la medida, así como las evidencias que se dispone en el supuesto concreto.
- Autorización judicial, de manera expresa o implícita, permitiendo variaciones de forma y en las características.

Antes de empezar a desarrollar la libertad provisional de manera más concisa, es necesario ubicarla dentro de la esfera teórica del derecho procesal penal. En el curso de un procedimiento penal, existirá indispensablemente una parte investigada, la cual es declarada sospechosa de haber incurrido en la comisión de un acto tipificado como delito. Para asegurar tanto el desarrollo como la

² CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., "España y los convenios internacionales de protección de los derechos humanos", Univ. Navarra, Pamplona, 1977.

participación del sujeto investigado (o acusado, los dos términos se utilizan para referirse a la parte investigada) en el proceso penal, el juez instructor podrá adoptar las correspondientes medidas cautelares, y siempre que concurran los requisitos habilitantes estipulados en la ley para cada supuesto.

Estas medidas podrán ser de carácter real o personal. Las medidas cautelares reales son aquellas que tienen como finalidad conservar los efectos o instrumentos del delito y garantizar las responsabilidades pecuniarias procedentes del mismo: la multa prevista en el tipo penal, la responsabilidad civil derivada del delito y el pago de las costas, entre otras. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece las medidas de la fianza, el embargo o la pensión provisional.

Las medidas cautelares personales afectan directamente a los derechos personales del individuo, limitando o prohibiendo las libertades individuales de éste, por el cual se restringe su libertad de movimiento para soslayar una posible manipulación o destrucción de pruebas. Por otra parte, también serviría para proteger los derechos de la víctima. La Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en su Título IV Capítulo I regula estas medidas, las cuáles son la detención, la prisión provisional y la libertad provisional³. En ésta última se centrará el vigente trabajo, exponiendo su actual regulación y jurisprudencia, y analizando su incidencia respecto a los derechos fundamentales.

1. CONCEPTO Y CARACTERES

La libertad provisional, regulada en los artículos 528 a 544 bis de la LECrim, es una limitación de la autonomía personal del acusado que se puede establecer en el desarrollo de un proceso penal para evitar el posible peligro apreciado de huida, frustrando la celebración del procedimiento y la resolución de éste, así como riesgo de reiteración delictiva y destrucción u ocultación de pruebas. Debemos entender la libertad provisional, no sólo como una única restricción de libertad de movimiento, y tal como bien describe DEL RIO LABARTHE, como un conjunto de restricciones independientes unas de otras, que se podrán establecer (conjunta o

³SANCHO DURÁN, J. "Las medidas cautelares en el proceso penal.." <http://javiersancho.es/2017/07/03/medidas-cautelares-penal/>, mayo, 2020

individualmente) para el aseguramiento del proceso. Esta no constituye ni se debe entender como una pena previa o una medida preventiva de delito, sino más bien se trata de una medida instrumental al proceso y se limita a su noción cautelar⁴.

Para que se pueda justificar la aplicación de medidas cautelares en un procedimiento penal, limitando la libertad del investigado, se deben cumplir dos preceptos: existencia de *periculum in mora* y concurrencia de *fumus boni iuris*.

Con la concurrencia del *periculum in mora* se pretende asegurar de que existe un peligro real lícitamente comprobado para justificar la delimitación de libertad. Si falla este hecho que corrobora el peligro, se deberá sustituir la medida cautelar restrictiva de libertad por una sanción anticipada. Estos serían los motivos que lo autorizan:

- El riesgo de fuga del acusado, que impediría la celebración del juicio oral y el cumplimiento efectivo de la sentencia que se emitirá en dicho proceso.
- La posibilidad dolosa de ocultación o manipulación de pruebas en la que se obstruya la correcta resolución judicial.
- El riesgo de cierta reiteración delictiva en estrictas circunstancias y con todas las limitaciones para evitar que la medida se convierta únicamente con el objeto preventivo.
- Inclusive, se ha afirmado al respecto, en la necesidad de soslayar la alarma social, lo que debe rechazarse de manera categórica, tanto en aquellos casos en que la norma contempla este fin de forma expresa, como cuando lo hace de manera indirecta⁵.

En referencia a la concurrencia del presupuesto *fumus boni iuris*, exige una previa y temporal justificación de la legitimación del individuo frente a quien se decreta la medida cautelar, en tanto se resuelve en adelantar materialmente los efectos de una futura sentencia. Tratándose de un proceso penal, se requiere que la parte pasiva de la resolución tenga la posición de acusado, la cual se cumpliría

⁴ DEL RIO LABARTHE, G., "Medidas cautelares personales (II)", en Derecho Procesal Penal (Coord. Olga FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2019, pág. 309

⁵ ASENSIO MELLADO, J. "Medidas cautelares personales (II)", en Derecho Procesal Penal (Coord. Olga FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2019, pág. 279.

cuando concurra el grado de sospecha que la Ley establece para cada tipo de medida cautelar⁶.

Las medidas cautelares personales, donde se incluye la libertad provisional, además de obedecer los dos preceptos anteriormente desarrollados, deben responder a una serie de características:

- Instrumentalidad, al servir como vía para el buen desarrollo de la sentencia que se dicte en el proceso, no constituyen un fin en sí mismas.

- Provisionalidad, ya que tendrá sentido su aplicación hasta que el proceso termine o las circunstancias que la invocan desaparezcan, siendo necesaria su extinción en estos casos.

- Variabilidad, las cuales pueden dejarse sin efecto, ser modificadas o ser implantadas de nuevo, según varíen las circunstancias del proceso, dónde puede darse que muten o desaparezcan las condiciones que las otorgaban de aplicación necesaria (art. 539 LECrim). Lo que es lo mismo, atendiendo al principio *rebus sic stantibus*.

- Jurisdiccionalidad, es decir, las medidas cautelares siempre serán acordadas por la autoridad judicial correspondiente al proceso.

- Excepcionalidad. En base al art 17 de la CE, que garantizan la libertad como derecho fundamental, y el art. 24.2 CE amparando la presunción de inocencia. La adopción de estas medidas deberá ser acorde a las circunstancias concretas que la validan y siempre de carácter excepcional, en proporcionalidad a la finalidad que se pretende y conviniendo evitar que se convierta en una pena anticipada. En este sentido el TC ha declarado que este derecho fundamental de libertad puede ser condicionado a una garantía que asegure la comparecencia del procesado en el juicio oral o en cualquier otra de las diligencias requeridas en el procedimiento, y en su caso para la ejecución del fallo, y que en relación a la presunción de inocencia se considera acorde con la aplicación de medidas cautelares personales en tanto en cuanto se adopten en resolución fundada en Derecho, y cuando no está reglada, se sustente bajo un juicio de razonabilidad basado en la finalidad deseada y de las circunstancias presentes, pues una medida desmesurada o irrazonable no sería debidamente cautelar, sino que tendría una extralimitación punitiva⁷.

⁶ ASENSIO MELLADO, J. "Medidas...Op. Cit., pág. 279-280.

⁷ STC 108/1984, de 26 de noviembre.

El artículo 528 de la LECrim dispone que la prisión provisional durará solamente lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado, además de obligar a las autoridades que procedan la menor dilatación posible de periodo de detención o prisión provisional del investigado. En el art. 529 dispone que, si no se hubiere acordado la prisión provisional del acusado, la autoridad judicial decretará, en base al art. 505, si la parte investigada ha de dar o no fianza para continuar en libertad provisional. Y en su apartado número 2 de este mismo artículo es evidente cuando dice que la prisión provisional solo será impuesta cuando no existan medidas menos gravosas para el derecho a la libertad consiguiendo los mismos fines que se proponen cumplir. Por lo estipulado en los citados artículos, se puede apreciar que no existen presupuestos fijados para la adopción de la libertad cautelar, si no que está elaborada con intención de suplir la prisión provisional, por lo que concurre la libertad provisional en los casos que no se dieran las condiciones que acreditan la prisión provisional, hecho que puede significar de una imprecisión considerable.

Por tanto, podríamos afirmar, estableciendo una interpretación simplificada y de acuerdo con lo dispuesto por NIEVA FENOLL, que el único requisito exigido de manera tácita por la Ley es el de una sospecha fundamentada de comisión de un delito por parte del investigado⁸.

1.1. Procedimiento

El art. 539 LECrim establece el procedimiento a seguir para imponer la medida cautelar, distinguiendo según se adopte la libertad provisional con fianza o sin ella. Respecto a la limitación de libertad sin fianza, el juez competente podrá ordenarla de oficio, además de suprimirla o aliviar las condiciones que se hubiesen acordado.

Por otra parte, para establecer la libertad provisional con fianza, se requiere la correspondiente solicitud que la invoque, por medio del Ministerio Fiscal o alguna de las partes acusadoras. No obstante, cuando el acusado se encuentre en libertad, y el juez interprete que se dan los presupuestos necesarios del art. 503 LECrim para

⁸ NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III. Proceso Penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2019. pág. 263.

acordar la prisión provisional o libertad provisional o un agravio de las circunstancias de libertad, tendrá legitimidad para ordenarlas de oficio. Para ello deberá convocar una comparecencia en el plazo de setenta y dos horas desde que el detenido se ha puesto a disposición judicial, citando a todas las partes, dónde la parte acusadora secunde dicho ordenamiento mediante solicitud expresa. Si esta solicitud no se produce, la resolución del juez quedaría revocada.

El auto que disponga la libertad provisional le compete dictarlo, ya sea en fase de instrucción o fase plenaria, al Juzgado o Tribunal que conozca de la causa, o aquel en que se entregó el detenido y practicó las primeras diligencias. Dicho auto se le notificará al investigado, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, pudiéndose interponer el recurso de apelación.

La resolución judicial que establece la libertad provisional puede sufrir modificaciones a lo largo de todo el desarrollo de proceso penal, ya sea de oficio o a instancia de parte. De esta manera, el acusado podrá estar en condición de preso o en libertad provisional tantas veces como sean procedentes. De igual forma que se podrá modificar aumentando o disminuyendo las garantías como fianza que se hubiesen establecido. En cuanto a las modificaciones que suponen un agravio a las condiciones de la medida cautelar, será preceptiva la instancia de la parte acusadora; en contraparte a las modificaciones que benefician al investigado o las que dejen sin efecto las medidas restrictivas, las cuales podrán ser acordadas de oficio por el juez⁹.

En virtud del art. 511.3 LECrim, si se dictare un auto de libertad provisional sobre un investigado que se encontrase, hasta ese momento, en situación de prisión provisional, se deberá expedir un mandamiento dirigido al Director del centro penitenciario correspondiente para proceder a su excarcelación inmediata.

Las disposiciones relativas a la libertad provisional y prisión provisional, así como las garantías que se establezcan, se tramitaran por separado, tal como dice el art. 544 LECrim.

⁹ MORENO CATENA, V., "La prisión provisional y la libertad provisional" en Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 2019, pág. 354

2. LIBERTAD PROVISIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Como hemos mencionado anteriormente, las medidas cautelares podrán ser reales o personales, las cuales se diferencian por el objeto que atañen. Las reales abordan el patrimonio de investigado, mientras que las personales llegan a un nivel superior afectando a derechos fundamentales. Por tanto, la presente libertad provisional analizada incide de manera directa en el ámbito de los derechos fundamentales del acusado, más concretamente en el derecho fundamental estipulado en el art. 19 de la CE, el cual protege el derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional¹⁰. Además de que, en su primer artículo, apartado uno, ya se habla de propugnar como valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico la libertad. Por otra parte, debemos señalar la evidente repercusión que produce la medida cautelar de la libertad provisional sobre el derecho a la libertad, que de manera indirecta se propugna mediante el artículo 17 CE, delimitando la potestad de privación de libertad en los casos y en la forma previstos en la Ley. Con estos artículos, y tal como dice SERRANO MÁLLO, se constata que nuestra Norma Suprema establece a la libertad individual como un valor primordial a proteger frente a posibles vulneraciones por parte del poder estatal¹¹. Por otra parte, cabe decir que el TC ha declarado en la STC 3/1992 de 13 enero que las privaciones de libertad ya sean en ámbito cautelar o definitivas, deberán establecerse en base a todas las garantías constitucionales y legales. Así mismo, su condición de excepcionalidad compele a que su adopción se establezca únicamente por Jueces y en total concordancia con los criterios legales. Por consiguiente, CHOZAS ALONSO manifiesta al respecto que toda medida de aseguramiento deberá adoptarse constantemente a las circunstancias sucesivas por las que atraviesa el proceso, y además toda medida desproporcionada o irrazonable no revestirá de la condición propia de cautelar¹².

¹⁰ MUÑOZ MUÑOZ, S., “La libertad provisional en la jurisprudencia”, Revista Jurídica Valenciana, <https://www.uv.es/ajv>, junio, 2003, nº12

¹¹ SERRANO MÁLLO, M., “El derecho a la libertad y la prisión provisional”, Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, UNED, 2006, Nº1

¹² CHOZAS ALONSO, J., Los sujetos protagonistas del proceso penal, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pág. 361

Especial atención requiere el art. 17 CE, en el cual dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad” y estableciendo los límites que pueden aplicarse a dicha libertad mediante reserva de Ley. Así mismo, dispone en los apartados siguientes, una serie de garantías del derecho propugnado¹³.

El derecho a la libertad personal ha significado una pieza fundamental en la promulgación de derechos en el Estado Liberal, por lo que ya existían antecedentes de éste en la “*Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*” de 1789. Si atendemos al contexto de nuestro país, este derecho fundamental ha significado una considerable transcendencia en su estipulación con la Constitución de 1978, procurando el constituyente una precisa regulación del mismo para paliar la escasa garantía de la que gozaba a mediados del siglo XX, en el que España se encontraba bajo un régimen dictatorial.

El derecho que garantiza el art. 17 CE implica otorgar al individuo una capacidad de adoptar y llevar a cabo decisiones propias con total autonomía, de esta manera se le reconoce la potestad de autodeterminación y autoorganización. El TC ha reforzado la libertad personal a través de diversas sentencias, por las que determina que el citado derecho fundamental “asegura la ausencia de alteraciones en este por medio de medidas como la detención o semejantes que sean adoptadas ilegítimamente, restrinjan o vulneren la libertad de toda persona a desarrollar su vida privada y social, en base a sus creencias y propias decisiones, en cualquier momento y lugar del territorio nacional”¹⁴. No obstante, el TC pone de manifiesto la diferencia del derecho a la seguridad personal reconocido en el art. 17 CE sobre el derecho a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE, el cual pretende otorgar certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicos que tutela. Así mismo, cabe apuntar que el TC ha llegado a la estimación y declara, que el derecho a la libertad del art. 17 y el derecho a la seguridad del art. 9.3 están conectados estrechamente, de manera que para que se cumplan ambos, debe existir esta reciprocidad mutua¹⁵.

¹³ Artículo 17.1: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

¹⁴ SSTC 15/1986, 122 y 126/1987 y 341/1993

¹⁵ ALVAREZ VELEZ, M., (Coord.). Lecciones de derecho constitucional, Ed. Tirant lo Blanch, 2018 pág.375-376

La titularidad de estos derechos solo se es reconocida a personas físicas, descartando a las personas jurídicas, ya que estas garantías se consagran como libertad personal. Por tanto, la libertad de movimiento y de decisión individual por personas jurídicas encontraría amparo en el art. 38 y 139.2 CE¹⁶. Igualmente, considerando el Tc la estrecha conexión con la dignidad a cualquier persona, dichos derechos se le reconocen de igual forma a ciudadanos españoles como a extranjeros. De esta manera se ha establecido este reconocimiento jurisprudencialmente en supuestos sobre el internamiento del extranjero pendiente de trámite de expulsión¹⁷.

La promulgación de la libertad personal no protegerá únicamente de la privación de libertad provenientes de detenciones judiciales o administrativas, sino a cualquiera de estas privaciones de libertad sin el estricto sometimiento a la Constitución y a la Ley, por ello consideraremos sujetos pasivos del propio derecho constitucional a las autoridades y agentes públicos.

Así pues, el derecho a la libertad personal y las garantías que otorga operarán en diversos supuestos impropios a privaciones de libertad por detenciones judiciales o policiales, como pueden ser ingresos en residencias o centros sanitarios que supongan una privación de libertad, medida la cual puede ser establecida accesoriamente a la libertad provisional.

La exigencia constitucional de determinar previamente los límites a la libertad personal es indiscutible, los cuales deberán ser establecidos y recogidos en normas con rango de Ley, es por ello que considerando la libertad personal condición esencial del pacto social que representa la CE, es dicha sociedad quien debe determinar los supuestos que puedan facultar la limitación a tal derecho¹⁸. Así mismo, la Ley no podrá establecer presupuestos de privación de libertad que no tengan por objeto la salvaguarda de derechos bienes y valores reconocidos constitucionalmente o que por su insuficiente precisión en la disposición legal, creara una cierta inseguridad para su correcta adopción. Por otra parte, se evitará

¹⁶ Artículo 38 CE, el cual dispone que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Art. 139.2: Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

¹⁷ SSTC 41/1982 y 115/1987

¹⁸ ALVAREZ VELEZ, M., (Coord.). Lecciones... Op., Cit., pág.375-376

la carencia de proporcionalidad, ya que en virtud de las SSTC 178/1985 Y 341/1993 se dispone la exigencia alícuota entre el derecho a la libertad ya la restricción de este y la exclusión de privaciones que por su falta de legitimidad rompan el equilibrio entre el derecho y la correspondiente privación¹⁹.

El artículo 19 de la CE establece el derecho a la libre elección de residencia y la libertad de circulación, la primera libertad a la que se refiere es dispuesta sin una disposición reguladora complementaria que le otorgue mayor claridad normativa, aun así, podemos considerarla en la potestad de elegir el lugar geográfico donde establecerse. No obstante, consideramos necesaria una precisión sobre el concepto de residencia citado en dicho artículo, por lo que no se estima residencia como el domicilio legal. Por ello, la residencia no se valora en relación al tiempo de permanencia en ella, fijando a esta como el domicilio legal del ciudadano, como sí pasa en otros sectores jurídicos como el ordenamiento administrativo. La residencia que abarca este derecho no se limita a una residencia habitual, sino a cualquier domicilio que se adopte por cuestiones personales, laborales o de ocio²⁰.

La afectación del derecho fundamental a raíz de la medida cautelar personal establecida, es descrita y analizada en la STC 85/1989, de 10 de mayo, en virtud de la cual se desestimó el recurso de amparo interpuesto en base a una supuesta infracción del derecho a libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 CE) sobre la medida judicial impuesta de libertad provisional. El Tribunal Constitucional alegó que las obligaciones de comparecer periódicamente es mandato expreso del art. 530 de la LECrim, el cual requiere el comparecimiento *apud acta* para todo aquel afecto a la medida cautelar nombrada. Además, referente al derecho de libertad de residencia, no se considera por el TC una vulneración de éste al imponerse la discutida obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho. En aspecto diferente, cabe señalar que se rechaza el quebrantamiento al derecho al honor del art. 18.1 CE²¹.

¹⁹ SSTC 178/1985 y 341/1993 exigen “una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan privaciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”

²⁰ BELDA PEREZ-PEDRERO, E., “Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento”, Dialnet.unirioja.com, pág. 243-244

²¹ STC 85/1989, de 10 de mayo, "Carece también de relevancia la alegada infracción del derecho a la libre elección de residencia y circulación por el territorio nacional (art. 19 C.E.), pues, de una parte,

Como hemos relacionado anteriormente con la prisión provisional, podríamos afirmar que la libertad provisional se trata de un punto intermedio entre la citada prisión cautelar y la plena libertad que goza el ciudadano. Por medio del artículo 528 LECrim ya se estipula que “la prisión provisional solo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado”, condición por la cual si no se respeta se estará vulnerando el derecho fundamental del artículo 17 CE. De igual modo se producirá esta violación constitucional en relación con la aplicación de libertad provisional, si se produce una inobservancia del segundo párrafo del artículo 528 LECrim, en virtud del cual se obliga a suprimir la medida cautelar adoptada en cualquier momento que desaparezca los presupuestos que fundamentan su aplicación.

A raíz de este razonamiento se realizó la interpretación de lo establecido en la STC 85/1989, de 10 de mayo precedentemente nombrada, por la que se en su fundamento de derecho segundo estipula que la restricción de libertad al que se opone el recurrente no es contraria al artículo 17 CE, ya que la medida ha sido adoptada en los casos y en la forma previstos legalmente.



como pone de manifiesto la Audiencia Nacional, la obligación de comparecer periódicamente ante el Juzgado Instructor es mandato expreso del artículo 530 de la LECrim, que exige la comparecencia apud acta de todo imputado en situación de libertad provisional. Y de otra parte, como este Tribunal ha dicho en supuestos similares al que nos ocupa (Auto del Tribunal Constitucional 650/1984), la presentación ante el Juzgado por ser una medida cautelar legalmente prevista, aunque ciertamente significa una restricción del derecho a la libre elección de residencia, no constituye una vulneración al mismo aquella resolución judicial que, como ocurre en el presente caso, impone tal obligación dentro de los supuestos legales y en forma razonada en términos de Derecho. Todo ello sin olvidar que en este caso se ha permitido al recurrente efectuar la comparecencia ante el Juzgado de la ciudad por él elegida como lugar de residencia.

Finalmente carece también de toda relevancia constitucional la aducida infracción del derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, pues es doctrina reiterada de este Tribunal que la adopción de medidas judiciales, legalmente previstas, no producen una intromisión ilegítima en el derecho al honor, siempre que, como ocurre en el presente caso, estén acordadas dentro de los supuestos legalmente previstos y expresamente razonados en términos de Derecho".

3. OBLIGACIONES QUE COMPORTA LA LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional no se trata de una medida cautelar específica, sino más bien de un conjunto de restricciones a elección del juzgador, según corresponda al caso concreto. Estas limitaciones de libertad, como en la implantación de la prisión provisional, precisan de la existencia en la causa de una imputación delictiva con la considerable probabilidad de cambiar en una condena al momento de la sentencia. Cualquier restricción de un derecho fundamental requiere de las correspondientes observancias regulares de que la imputación delictiva es sólida, en base al principio de proporcionalidad.

Como defiende DEL RIO LABARTHE, el órgano jurisdiccional estará obligado a, no sólo a establecer la libertad provisional en sustitución de la prisión provisional, sino a la consideración de ésta como prioritaria respecto a la del arresto, ya que se pretende fomentar con las mayores garantías el derecho a la libertad personal. Considerando la prisión provisional como último recurso al que acogerse²².

Las dos medidas tienen en común la exigencia de una acusación sólida conteniendo motivos bastantes para considerar al investigado autor de un hecho ilícito tipificado. Por otra parte, la libertad provisional se diferencia en la menor probabilidad, previamente valorada por la autoridad competente, del riesgo de fuga y de la inexistencia de otros peligros que puedan obstaculizar el proceso o amenacen la integridad de la víctima susceptibles de imponer la total privación de libertad provisional.

Para prevenir, dentro del ámbito de la libertad provisional, los posibles riesgos mencionados, se pueden imponer una serie de obligaciones adaptadas al supuesto en concreto. En el caso de incumplimiento de los cargos establecidos, permite por consiguiente la adopción de la prisión provisional, al entenderse que se ha producido una intensificación del peligro reconocido. Para ello se puede imponer la

²² DEL RIO LABARTHE, G., "Medidas cautelares personales (II)...", Op. Cit., pág. 310

fianza carcelaria, la obligación de comparecencia periódica o la prohibición de salida del territorio español²³.

Además de las citadas obligaciones que constituyen la situación de libertad provisional, existen diversas modalidades accesorias que se pueden imponer respecto a la medida cautelar originaria. La LECrim, tal y como sostiene NIEVA FENOLL, es excesivamente lagunosa en cuanto a la regulación de medidas accesorias a la libertad provisional, centrándose principalmente en la obligación de la fianza²⁴.

3.1 La fianza

La fianza carcelaria es una de las obligaciones que dispone la libertad provisional como cláusula para evitar la prisión provisional, mediante la cual se constituye a disposición del órgano judicial de una caución económica depositada por el mismo encausado o un tercero en su nombre, asegurando con ésta el compromiso del investigado a no ausentarse a la acción de Justicia que se está llevando a cabo. No se debe entender dicha fianza como medida cautelar real comportando ésta la sumisión de los bienes del investigado o tercero, sino una garantía de carácter personal²⁵. De este modo, y en virtud del artículo 534 y siguientes de la LECrim, se establece que, en caso de que se produzca la incomparecencia del investigado tras la primera citación, en caso de que el fiador sea el mismo encausado, se apropiará la fianza directamente al Estado. En el supuesto de que la fianza fuera depositada por un tercero, antes de destinarse al Estado, se instará a éste a que presente al investigado al tribunal correspondiente. Cuando no se realice dicho acto en el plazo establecido la fianza será adquirida por el Estado mediante auto, deduciendo las costas en el ramo separado, artículo 532 LECrim. De esta manera, y considerando lo que estipulan los artículos citados

²³ elderecho-> fianza libertad provisional "memento" https://online-elderecho-com.publicaciones.umh.es/seleccionProducto.do?jsessionid=79D0CD64061BB3838399FB6D1D9F04BC.TC_ONLINE04?producto=UNIVERSAL&orden=relevancia&universal=fianza%20libertad%20provisional#%2FpresentarMemento.do%3Fhref%3D7dbdbbb8%26producto%3DUNIVERSAL%26idFragmento%3DA3817%26marginal%3D9037%26rnd%3D0.762800392902006%26idConsultaActiva%3D1%26fulltext%3Don

²⁴ NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III, Op. Cit.", pág. 263

²⁵ VVAA, Derecho Procesal Penal, 2006, Pamplona, Ed. Pro Libertate, pág. 231

desde un punto de vista humano, cabría afirmar que la fianza se trata de estipular por qué cantidad económica el acusado no le interesaría eludirse del proceso judicial. O por otra parte si la fianza es depositada por un tercero, por qué cantidad el sujeto fiador es capaz de realizar lo posible, incluso colaborando con las autoridades, para evitar la evasión del acusado²⁶. A propósito de dicha finalidad que se desempeña para afianzar la medida de libertad provisional, cabría apuntar, en concordancia con BARÓ PAZOS, que está se ha ido alejando de la finalidad originaria de la fianza, dispuesta por el *Code d'instruction criminelle* de 1808, el cual sirvió como eje central en que se inspiraron las demás normas europeas²⁷. El art. 121 del citado texto francés estipulaba que la fianza carcelaria quedaba sujeta en primer término a la compensación ex delicto, y en segundo término a las costas y cargos que se estableciesen en el proceso. En su art. 114 asimismo busca certificar el crédito del procesado para garantizar la defensa en el juicio. Con el paso de los años y en diversos estados se ha visto diluida esta finalidad inicial de la fianza, reduciéndose prácticamente a la evitación de un posible riesgo de huida del investigado. De este modo, en caso de que la disuasión no surta efecto en el sujeto procesado, los daños que haya provocado éste, no se verían cubiertos económicamente. Por tanto, cabe decir que se debería ratificar en nuestros textos legales actuales la finalidad originaria que postulaba el *Code d'instruction criminelle*.

Los requisitos para imponer esta medida accesoria se establecen por el artículo 503 LECrim, los cuales consisten en constatar en la causa la existencia comprensible de hechos susceptibles de ser tipificados como delictivos, de pena igual o superior a dos años por medio de consideración abstracta inicial. El punto significativo que relaciona esta medida con la prisión provisional es la sustitución de los fines pretendidos por ésta, mediante la garantía de libertad a modo de fianza exigida por el tribunal²⁸. Se acordará por auto judicial, en base al artículo 529 LECrim, después de la celebración de una audiencia dónde se insta a las partes interesadas, la defensa y el Ministerio Fiscal a comparecer para acordar que se

²⁶ NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III, Op. Cit., pág. 266

²⁷ BARÓ PAZOS, J., La codificación del derecho civil en España, 1808-1889, Ed. Univ. de Cantabria, pág. 25.

²⁸ "Fianza en el proceso penal", guiasjuridicas.wolterskluwer.es, 19 mayo, 2020, https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMjcyMDtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoATHPfbDUAAAA=WKE

decrete la prisión provisional o libertad provisional con fianza. En el citado auto el juez fijará la cantidad y la calidad de la fianza, valorando diversos criterios estipulados por el artículo 531 LECrim., por el cual se tendrá en consideración la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y otras circunstancias, normalmente económicas, que puedan contribuir a asegurar su presencia en el juicio oral. Con este artículo, el legislador pretende establecer unas fianzas accesibles a las circunstancias económicas del acusado, las cuales puedan ser realmente prestadas por éstos, restringiendo así la fijación de una cantidad de fianza de libertad provisional sobre una evidente imposibilidad por la parte afectada de hacer frente a esta.

La Ley 13/2009 de 3 de noviembre establece una modificación respecto al artículo 591 LECrim, en virtud del cual se actualizan los tipos de fianza que son permitidas, adaptándose éstas a la realidad actual y aproximándose al régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El citado artículo estipula que la fianza podrá ser de carácter personal, pignoraticio o hipotecario, o por medio de caución que podrá integrarse en dinero efectivo, por aval solidario indefinido y pagadero a primer requerimiento. Por ello, podemos clasificar el tipo de fianzas permitidas en personal, crediticia, y real (incluyendo la hipotecaria y pignoraticia):

- **Fianza personal**: según el artículo 592 LECrim, la fianza podrá ser también prestada por un tercero, el cual, de tener nacionalidad española, tener vecindad en el territorio dónde se encuentra el tribunal competente, estar en plenitud de sus derechos civiles y político. Además, estar al corriente de las contribuciones que sostiene de los tres últimos años, demostrando así una solvencia adecuada para el pago de las responsabilidades que puedan exigírsele casualmente.
- **Fianza crediticia**: significa una rápida ejecución dirigiéndose directamente para requerirla a la entidad de crédito que la ha concedido, permitiendo la solvencia exigida como garantía para el cumplimiento de las finalidades cuando se realiza la solicitud de constitución de una fianza. Se trata de un método abierto que establece como técnica fundamental el aval bancario, el cual debe cumplir con la duración indefinida y pago al primer requerimiento que requiere la fianza. No obstante, se

aceptará cualquier otro modo de garantía de crédito, en tanto en cuanto se cumpla con la disponibilidad inmediata como exigencia.

- **Fianza pignoratícia**: Se presta como garantía a posibles responsabilidades civiles, determinados bienes muebles (como la prestación de un aval de entidad de crédito en los términos de la LEC) o con acuerdo de un seguro de caución, inclusive aquellas garantías mobiliarias que sean aceptadas por el Juez de Instrucción. En base al artículo 594 LECrim, los bienes serán tasados por dos peritos nombrados por el Tribunal competente de la causa. Esta forma de fianza es muy usual en la práctica, mediante la cual se consigna en la cuenta de depósitos del Juzgado las cantidades dinerarias ordenadas.
- **Fianza hipotecaria**: A fin de garantizar el pago de responsabilidades civiles, se podrá constituir una hipoteca sobre bienes inmuebles, las cuales serán examinadas por el Ministerio Fiscal. De igual forma que en la fianza pignoratícia, se requerirá lo estipulado en el artículo 594 LECrim. En virtud del artículo 595 LECrim, la fianza hipotecaria podrá otorgarse por escritura pública o apud acta.

Cabe destacar el RD 34/1988 de 21 enero, modificado posteriormente por el RD 1436/2001 y desarrollado por la Orden de 5 de junio de 1992; mediante el cual se establece una normativa que ahonda en ajustar el sistema de pagos depósitos y consignaciones, con objeto de mejorar el control sobre los capitales que se depositan y acotar el tiempo requerido para su constitución. De esta manera se pretende obtener una práctica más transparente y, por tanto, brindar mayor seguridad jurídica²⁹.

La cancelación de la fianza se establece en el artículo 541 LECrim, por el cual el fiador puede requerirla presentando al mismo tiempo al acusado. Asimismo, al decretarse la prisión del investigado, si se dictara auto firme de sobreseimiento o sentencia absolutoria o en caso de fallecimiento del acusado, estando pendiente la causa. Por otra parte, si se dicta sentencia condenatoria y el culpado se presentase para cumplirla, la fianza es cancelada.

²⁹ VVAA, Derecho Procesal Penal... Op. Cit., pág. 233

Ha surgido la controversia a raíz de dicha supresión de fianza, en los supuestos que existe un recurso de casación pendiente sobre sentencia absolutoria. Respecto a ello, la LECrim no establece ningún precepto expresamente sobre ello, por lo que el TC se ha pronunciado sobre la base de los arts. 861 bis a),³⁰ 451 y 539. Se ha dispuesto que, al no haber regulación para la decisión del Juez o Tribunal en este asunto, se habrá de actuar en consideración del derecho a la presunción de inocencia y fundamentarse en un juicio de razonabilidad para la adopción de medidas que atañen a la libre disposición de los bienes privados del individuo. De este modo, la decisión de cancelar o no la fianza se adscribirá a un juicio razonado, y no cabrá fundamentación sobre la exigencia o no por los preceptos de la Ley.

3.2. La comparecencia apud acta

Para otorgar la libertad provisional del investigado, se impone con carácter preceptivo la comparecencia apud acta. El art. 530 LECrim establece dicha obligación de comparecer en los días que se acuerden en el auto, además de personarse cuando lo requiera el juez o tribunal que conozca de la causa.

Mediante esta imposición aumenta la efectividad que se persigue con la adopción de una libertad cautelar, conociendo así regularmente el paradero del acusado. La ley no estipula en qué casos cabe adoptar una frecuencia determinada de comparecer, por lo que se ha convertido práctica habitual la “comparecencia los días 1 y 15 de cada mes”. En defecto de la aplicación como costumbre de convocatoria quincenal, la regularidad de personarse vendrá estipulada por el Juez concedor de la causa, acorde con las circunstancias del hecho y de la persona encausada. En los casos de que se valore la posibilidad considerable de no

³⁰Art. 861 bis a) LECrim: Las sentencias contra las cuales pueda interponerse recurso de casación no se ejecutarán hasta que transcurra el término señalado para prepararlo. Si en dicho término se preparare el recurso, el Tribunal dispondrá, al remitir la causa o ramo, que se contraiga testimonio de resguardo de la resolución recurrida, que conservará con las piezas separadas de la causa para ejecución de aquélla en su caso. También acordará en la misma resolución que continúe o se modifique la situación del reo o reos y lo pertinente en cuanto a responsabilidades pecuniarias, así como adoptará en las mismas piezas los acuerdos procedentes durante la tramitación del recurso para asegurar en todo caso la ejecución de la sentencia que recayere. Si la sentencia recurrida fuera absolutoria y el reo estuviere preso, será puesto en libertad

responder ante la Justicia por parte del investigado, se permitirá la adopción de comparecencias diarias para evitar dicho riesgo³¹.

La inobservancia sin justificación de la medida cautelar de personarse periódicamente o a petición del Juez, puede repercutir en la atribución de otras medidas más restrictivas, como la detención o la prisión provisional. Por ello, para constatar las comparecencias apud acta, se realizan ante el Letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial competente y se consignan mediante Acta. No obstante, el Juez puede valorar las circunstancias personales del reo para asignar otra sede de comparecencia distinta al originario, fijando el Juzgado del lugar de residencia o de trabajo del acusado, atendiendo a la flexibilidad de las particularidades de éste, establecer sedes diferentes a las que poder comparecer en caso de aumento de la regularidad de presentación impuesta.

Estima DÍAZ LÓPEZ, que la orden preceptiva de comparecer con una frecuencia considerablemente alta puede suponerse demasiado gravosa en cuanto al derecho fundamental de libertad de movimiento para un sujeto que se encuentra simplemente en situación de investigado. Dicha situación perjudicial desde el punto de vista de la parte acusada se va a poder resarcir ante una posible y presumible condena de prisión efectiva. Dicha compensación se comenzó a establecer a partir de la STS 1045/2013 de 7 de enero de 2014, que aplicó por primera vez el Acuerdo del Pleno de 19 de diciembre de 2013 el cual decía «La obligación de comparecencia periódica ante el órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al artículo 59 del Código Penal atendiendo al grado de afflictividad que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado», mediante dicho acuerdo se estableció que por cada diez comparecencias a las que tuvo que presentarse el condenado, se podrá compensar por un día de prisión, conforme al art. 59 de Código Penal³². De tal forma que se considera dicha compensación un cómputo equilibrado y justo, el cual es susceptible de aplicarse en supuestos de naturaleza igual o

³¹ “Libertad provisional”, guiasjuridicas.wolterskluwer.es, 12 de mayo, 2020, https://www.guiasjuridicas.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTM3MTtbLUouLM_DzbsMz01LySVLXEpOL8nNKS1NCiTNUQotJUAlf9x1wxAAA AWKE#I7

³² DÍAZ LOPEZ, J.A., “La periodicidad de las comparecencias apud acta”, LEGALTODAY, www.legaltoday.com, 2 de enero, 2018

similar. Y en virtud de la STS 52/2015 de 26 de enero se considera la compensación de comparecencias apud acta de carácter obligatorio.

Ahora bien, a parte de la compensación de la carga de comparecencia, se puede dar la situación del investigado, el cual la expectativa de acabar con sentencia favorable le sugiere que se le está imponiendo una excesiva frecuencia de obligación de comparecer. Por tanto, se deberá motivar una ponderación de comparecencia apud acta, no sólo en el momento inicial del proceso, sino conforme al desarrollo en los meses o años que dure el proceso penal. En esta práctica se atenderá al precepto de variabilidad que deben contener toda medida cautelar personal. No obstante, se puede apreciar en la praxis realizada habitualmente una difícil modificación de lo estipulado inicialmente. Ahora bien, la citada STS 1045/2013 ya estipula con buen criterio que la variación de periodicidad se pueda establecer en base a que el art. 530 LECrim llega a decir que cabe la posibilidad de no fijar la obligación de comparecencia obligatoria periódica, pudiéndose limitar a exigir a comparecer al acusado cuando fuere llamado. Se expone una necesidad de ponderación en orden a valorar la necesidad de la medida y su extensión³³.

Del mismo modo que se presenta la posibilidad de aumentar la periodicidad ante previsiones de incomparecencia, también cabrá la reducción de periodicidad ante una evidente disminución del riesgo de no comparecencia, siempre con la prioridad de garantizar la sujeción del sujeto al procedimiento.

Justamente, la ponderación de la comparecencia apud acta está directamente vinculada al caso concreto, de la manera que resultará complicado la formalización de criterios generales. En este aspecto, a un supuesto con pluralidad de investigados, el Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional 25/2015 de 23 de enero, estableció un criterio comparativo mediante el cual habría que ponderar la periodicidad aplicada a un investigado teniendo en consideración las medidas cautelares impuestas a los demás acusados, incrementando en este caso un periodo que primeramente era semanal³⁴.

³³ DÍAZ LÓPEZ, J.A., "La periodicidad de las comparecencias apud acta" ...Op. Cit., 2 de Enero, 2018

³⁴ Auto de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional 25/2015 de 23 de enero: "las razones de comparación que ofrece respecto de otros imputados que gozan del régimen de comparecencias quincenales no pueden ser rechazadas. Aun admitiendo que aquellos imputados a los que afectan las comparecencias apud acta quincenales asimismo en su día prestaron fianza para obtener su libertad provisional, lo que implica mayor grado de sujeción al procedimiento, ello no mitiga el evidente agravio comparativo actual que alega la parte recurrente en relación a la obligación de comparecencias periódicas impuesta a todos los imputados. El recurrente en este concreto aspecto se siente perjudicado porque, aunque su

Analizando la obligación de comparecencia periódica, se puede afirmar que por frecuente que se imponga dicha comparecencia, no asegura totalmente de que el investigado se evada. Esto es debido a que en el momento actual en que nos encontramos, una persona puede desplazarse a cualquier lugar en un periodo inferior de 24 horas. Por tanto, la obligación de comparecencia quizá tenía más eficacia en épocas menos desarrolladas tecnológicamente, dónde una persona no podía recorrer más de treinta kilómetros diarios a grosso modo, de acuerdo con lo que declara NIEVA FENOLL. Debemos tener en cuenta que nuestra LECrim fue elaborada a finales del siglo XIX. De esta manera, y en la actualidad, las obligaciones periódicas de comparecencia pueden suponer un formalismo administrativo prescindible³⁵.

3.3 La retirada del pasaporte

La retirada del pasaporte es una obligación que suele establecer el juez accesoriamente a la comparecencia apud acta, por ello, ambas medidas se encuentran recogidas en el art. 530 LECrim. Mediante la retirada del pasaporte se pretende restringir la libertad de movimiento del acusado negándole la posibilidad de desplazarse fuera del estado español. Dicha limitación no será procedente si no existen fundamentos que la motiven, los cuales serán acordados por el juez o tribunal.

Esta medida complementaria de la libertad provisional no estaba prevista en nuestra LECrim, por lo que se incluyó en el art. 530 mediante la LO 13/2003. Dicha reforma fué motivada a raíz de la STC 169/2001, mediante la cual prestó amparo al recurrente de nacionalidad argentina, que en situación de medida cautelar con libertad provisional, se le prohibió por el juez la salida del territorio español, sin norma jurídica que le habilitara para ello.

Sin embargo, afirma MORENO CATENA, que la regulación dispuesta sobre la retirada de pasaporte sigue siendo insuficiente para cumplir con las exigencias constitucionales, que derivan a su vez del CEDH, ya que el art. 530 se limita a

implicación en actividades presuntamente delictivas es menor que la de aquellos otros que prestaron fianza carcelaria, sin embargo, ha de soportar mayores inconvenientes y cargas en el concreto ámbito de las comparecencias periódicas"

³⁵ NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III, Op. Cit., pág. 266

disponer la posibilidad de acordar motivadamente la retención del pasaporte para asegurar que se cumple la obligación de comparecer ante el tribunal o juez. Esta medida impide la salida del estado español, por lo que impacta directamente sobre el derecho de libre circulación del art. 19 CE, pero no dispone de la legitimación suficiente al respecto en el artículo en cuestión, ya que no estipula prácticamente nada³⁶.

El citado deber de fundamentar la retirada de pasaporte resulta necesario en este aspecto, sostiene ASECIO MELLADO, ya que para estipularla deberán existir motivos agregados, debiéndose evaluar situaciones como la capacidad económica del investigado, las facilidades para abandonar el país o su conexión con otros sitios³⁷.

La finalidad que pretende el juez de evitar la fuga de la justicia española con la retirada del pasaporte puede resultar ineficaz en la práctica, ya que no es necesario el pasaporte para viajar a ciertos estados, cómo son los que forman parte de la UE.

La insuficiencia normativa sobre la retirada del pasaporte antes citada es considerablemente destacada por ALVAREZ TEJERO, A., ya que esta se venía estableciendo por los Jueces de Instrucción como medida cautelar, más bien en base al razonamiento “*ad maiore ad minus*”³⁸ que, en un verdadero apoyo legal, con el fin de soslayar el riesgo de fuga y significando una limitación al derecho fundamental a la libertad menos restrictivo que la prisión provisional³⁹. No obstante, el TC se pronunció al respecto a través de la STC 169/20011 de 16 de julio, declarando que se produjo una lesión al derecho de la libertad personal del recurrente, art. 17.1 CE, y anulando los autos que disponían la medida cautelar⁴⁰.

³⁶ MORENO CATENA, V., “La prisión provisional y “...Op. Cit., pág. 352-353

³⁷ ASECIO MELLADO, J. “Medidas...Op. Cit., pág. 312

³⁸ El argumento *A maiori ad minus* “El que puede lo más, puede lo menos” se aplica a leyes positivas o permisivas, esto es, si la ley me otorga la titularidad sobre un bien inmueble que adquirí mediante contrato legal de compra venta, con mayor razón me permite el derecho de disposición del bien, por ejemplo, hipotecándolo; mientras que la forma *A minore ad maius* se predica de prescripciones negativas o leyes prohibitivas “si está prohibido lo menos, está prohibido lo más”.

³⁹ ÁLVAREZ TEJERO, A., “Prohibición de acercarse a los transportes públicos”, <https://elderecho.com>, 16 enero 2018

⁴⁰STC 169/20011 de 16 de julio: “En atención a cuanto antecede, hemos de declarar que se ha lesionado el derecho a la libertad personal del demandante de amparo tanto debido a las insuficiencias de la ley que prevé la medida limitativa del derecho fundamental acordada desde las exigencias de certeza del Derecho, como en atención a la falta de proporcionalidad de la medida impuesta, y, en consecuencia, hemos de anular los Autos impugnados. Ello no obstante, como tiene declarado este Tribunal (SSTC

4. MEDIDAS ACCESORIAS A LA LIBERTAD PROVISIONAL

De manera conjunta a las principales obligaciones que se puedan establecer, anteriormente analizadas para la adopción de la libertad provisional, coexisten otras que han ido evolucionando en el transcurso del tiempo, y que actualmente están formadas por elementos de muy diversas categorías. Éstas medidas pueden ser servidas de igual forma para eludir los riesgos ya mencionados (el riesgo de fuga, el riesgo de destrucción de pruebas y el riesgo de reiteración delictiva) como para restringir la libertad del individuo más leve o más grave; todo ello sin que la adopción de éstas supongan el ingreso en una institución penitenciaria o psiquiátrica⁴¹.

Cabe mencionar que no todas estas medidas quedan reguladas en la LECrim, pero esto no impide que puedan ser adoptadas en el marco de la libertad provisional de un individuo, ya que éstas mayoritariamente suponen una restricción menos gravosa que las previstas por la ley procesal. Podríamos enumerar dichas medidas, dispuestas en relación al orden de mayor a menor limitación de libertad individual:

4.1. Prohibición de abandonar ciertos lugares o zonas territoriales

La medida de negar el abandono de ciertos lugares suele incidir sobre el domicilio o vivienda habitual del investigado, la cual denominamos “prisión provisional atenuada” y se encuentra recogida en la LECrim en su art. 508, llamado en otros países como Italia “arresto domiciliario”.

88/1988, de 9 de mayo, FJ 2; 56/1997, de 17 de marzo, FJ 12; 98/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 142/1998, de 29 de junio, FJ 4; 234/1998, de 1 de diciembre, FJ 3; 33/1999, de 8 de marzo, FJ 8; 14/2000, de 17 de enero, FJ 8), es al órgano judicial a quien corresponde la adopción o no de las medidas cautelares permitidas por el ordenamiento de conformidad con las previsiones constitucionales de protección del derecho a la libertad personal y, en todo caso, de acuerdo con lo declarado por este Tribunal en el FJ 10 en cuanto a la proporcionalidad de la medida y específicamente a la fijación de un límite temporal a la misma en atención a las necesidades del proceso y su gravedad”.

⁴¹ NIEVA FENOLL, J., “Derecho Procesal III, Op. Cit., pág. 265

Debe ser considerada como una medida especial de la libertad provisional, sostiene NIEVA FENOLL, con una custodia del acusado más intensa de la que se presupone con la estipulación de libertad provisional, aunque sin llegar a la restricción en un centro penitenciario o con la detención policial o judicial⁴². Por ello, significará la limitación de libertad de movimiento acotándolo al domicilio del investigado, o bien, como se refiere el apartado 2 del art. 508 LECrim, en un centro de desintoxicación u hospital en aquellos casos dónde el procesado esté en estado de drogadicción y sean preceptivas las atenciones prestadas en estos centros para salvaguardar la salud del sujeto y soslayar el efecto contraproducente que supondría el encierro total en un centro penitenciario. La adopción de esta medida podrá ser sustitutiva siempre que los hechos objeto del proceso penal sean precedentes al inicio de ésta⁴³. En este régimen, serán admisibles salidas vigiladas del domicilio para asistir al lugar donde reciba tratamiento, o inclusive salidas para desarrollar su actividad laboral, evitando producirle al investigado, un perjuicio patrimonial desmesurado que se consideraría injusto y no acorde al principio de proporcionalidad; dicha previsión la podemos encontrar en el art. 284 del CPP italiano (Codice di Procedura Penale)⁴⁴.

Cabe apuntar que la medida en cuestión suele aplicarse en casos por razón de salud, en los que, aún existen las motivos de aplicación de medidas cautelares como riesgo de fuga, ocultación de pruebas o reiteración delictiva, pero no obstante sería perjudicial para el estado de salud física e incluso psíquica.

En cambio, se puede llegar a respaldar la prisión provisional atenuada, sin apelar a las condiciones de salud, en tanto en cuanto el propio investigado abone los costes de su estancia fuera de la prisión y garantice totalmente la seguridad de su

⁴² NIEVA FENOLL, J., "Derecho Procesal III, Op. Cit., pág. 268

⁴³ "Prisión atenuada", Wolters Kluwer, 26 de junio, 2020,

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNTMwMztlUouLM_DxblwMDCONDQyOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoApXRdijUAAAA=WKE

⁴⁴ Art. 284 *Codice di procedura penale*: 2. Cuando sea necesario, el juez impone límites o prohibiciones al derecho del acusado de comunicarse con personas que no sean las que conviven o lo ayudan.

3. Si el acusado no puede satisfacer sus necesidades indispensables de vida o se encuentra en una situación de pobreza absoluta, el juez puede autorizarlo a ausentarse durante el día desde el lugar de detención por el tiempo estrictamente necesario para satisfacer las necesidades antes mencionadas o ejercer una actividad profesional

4. El fiscal o la policía judicial, incluso por iniciativa propia, pueden controlar el cumplimiento de las disposiciones impuestas al acusado en cualquier momento

presencia en el lugar alternativo de custodia que se acuerde. Actualmente dichas medidas son factibles de su adopción mediante medidas de vigilancia telemática. Podríamos afirmar que dicha modalidad de libertad provisional debería adoptarse con más frecuencia, ya que cabe recordar que una persona acusada en un proceso penal sigue considerándose inocente hasta que se demuestre lo contrario, por ello no tendría sentido encerrar a una persona posiblemente inocente si existen otras medidas supletorias que aseguren de igual modo los riesgos estipulados. Esta variante de libertad provisional ya es recogida desde 2019 en el Código Procesal Penal francés en su artículo 137.3, el cual compele al juez a motivar de manera fundamentada los casos que no se aplicarán “arresto domiciliario” o prisión atenuada” en defecto de la prisión provisional⁴⁵.

4.2. Prohibición de acercarse a ciertas personas o zonas

El artículo 544 bis de la LECrim, en redacción de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, establece que en los casos que el investigado de un proceso sea por delitos estipulados en el art. 57 CP⁴⁶, el juez o Tribunal podrá imponer como medida cautelar la prohibición de habitar en un determinado lugar, calle, barrio, provincia o incluso en una Comunidad Autónoma. Las medidas que establece el citado artículo

⁴⁵ Artículo 137-3 (Introducido por la Ley n° 2000-516 del 15 de junio de 2000 art. 48 Diario Oficial de 16 de junio de 2000 en vigor el 1º de enero de 2001) El *juge des libertés et de la détention* resolverá mediante auto motivado. Cuando ordene o prolongue una prisión provisional o cuando rechace una solicitud de puesta en libertad, dicho auto contendrá el enunciado de las consideraciones de derecho y de hecho sobre el carácter insuficiente de las obligaciones del control judicial y el motivo de la medida cautelar con referencia exclusiva a las disposiciones de los artículos 143-1 y 144. En todos los casos, el auto se notificará a la persona encausada que recibirá una copia íntegra contra firma al margen en el expediente del sumario.

⁴⁶ Artículo 57 CP: 1. Los jueces o tribunales, en los 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 y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el artículo 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave, o de cinco si fuera menos grave.

544 para el presunto agresor, tal como dice SERRANO MASIP, afectan directamente al derecho propugnado en el art. 19 CE, sobre la libertad ambulatoria y elección libre de residencia, además de el que deriva del art 18.3 CE, a la libre actividad de relacionarse y comunicarse con sus semejantes⁴⁷. Cabe destacar que el carácter preventivo de las medidas del art. 544 bis, las cuales disponen a la víctima del delito causa del proceso, una tutela provisional, son previstas también en procesos matrimoniales y de menores, y por ende en todas las demás medidas en las que se adopten en relación con personas, defiende GIMENO SENDRA⁴⁸.

Destaca NIEVA FENOLL que esta restricción deberá ser adecuadamente motivada y originarse estrictamente necesaria para asegurar la protección de la víctima. La inobservancia de las medidas acordadas por el juez o Tribunal de morar o transitar ciertas zonas, podrá significar, valorando la incidencia del incumplimiento al caso concreto, la imposición de la medida de prisión provisional⁴⁹. Ahora bien, para aplicar la prisión provisional al procesado tras el incumplimiento, será necesario fundamentar que se trata de una medida idónea, necesaria y proporcionada a la finalidad que se persigue. Así lo establece la STC 62/2005 de 14 de marzo, por la que se precisa que el quebrantamiento de la obligación de alejamiento debe repercutir en un aumento real del peligro para la integridad física y psíquica de la víctima para imponerse prisión preventiva, ya que la sentencia fundamenta que “no existirá de manera automática peligro real cada vez que se produzca el quebrantamiento de una orden de alejamiento”⁵⁰. (

Tal medida puede considerarse como una severa restricción del derecho fundamental de libertad de movimiento que reza el art. 19 de la CE, mediante la cual, se esta afectando de manera evidente en el desarrollo y la vida diaria del investigado. Pero la imposición de esta grave afectación es fundamentada en la protección de los derechos fundamentales de otra persona, la cual ha sido víctima de un delito, recogidos en el art. 57 CP, que pueden atentar contra su honor, intimidad, su libertad sexual o incluso contra su vida. Por tanto en estos casos de

⁴⁷ SERRANO MASIP, M., “Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm 1/2007”, Ed. Aranzadi., S.A.U., Cizur Menor, 2007

⁴⁸ GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal, Madrid, 2004, pg. 555

⁴⁹ Nieva Fenoll, J., “Derecho Procesal III, Op. Cit., pág. 267

⁵⁰ STC 62/2005, de 14 de marzo de 2005

flagrante peligro contra la persona damnificada, será preceptiva la restricción de movimiento evidente hacia el acusado.

Por otra parte, debemos cuestionar la eficacia que puede significar la medida en cuestión, ya que la prohibición de acercarse a ciertos lugares se reduce absolutamente sobre correctivos de agravar la condición de libertad provisional del investigado en caso de incumplimiento. Por ello, la dificultad que existe en quebrantar la medida es casi nula, más allá de alertar a las autoridades policiales en caso de avistar al encausado en el mismo momento que se halle en lugar prohibido para él, hecho que si no es corregido inmediatamente puede acarrear consecuencias indeseables frente al fin que se pretendía mediante la medida impuesta. Esta efectividad dudosa de la que hablamos afectaría sobre todo en supuestos de investigados en un proceso penal por delitos de violencia doméstica, contra la integridad física o moral, o contra la libertad sexual. Otro aspecto cuestionable sobre la medida es la de su vigencia, ya que en el artículo 544 bis de la LECrim no estipula un plazo máximo del que dure la prohibición, hecho que puede llegar a significar para el investigado un destierro de ciertos lugares de manera indefinida, lo que puede condicionar considerablemente su vida diaria, y con ello, limitar desmedidamente sus derechos fundamentales como el derecho a la libertad de movimiento.

4.3. Obligación de acudir a ciertos lugares propicios para paliar la situación especial del acusado como centros de rehabilitación

Las obligaciones que estas medidas atañen devienen en una figura totalmente desconocida en las medidas cautelares recogidas en la LECrim. Sin embargo es una práctica que se impone en los supuestos oportunos, tales como que el acusado padezca de alguna patología psiquiátrica o se encuentre en estado de drogadicción. Dicha obligación denota un recurso jurídico al que se recurre en diversos ámbitos penales, ya sea en la libertad condicional de un condenado o como medida de

seguridad en el desarrollo de un procedimiento penal; la cual se encuentra recogida junto con otras medidas de análoga finalidad en el art. 96 CP.

La obligación de acudir a un centro especializado de rehabilitación se encuadra dentro del concepto de libertad vigilada, y puede ser preceptiva además la solicitud del informe médico forense del centro competente. En virtud del art. 25.2 CE se establece como finalidad de las medidas, la rehabilitación y reinserción social; no obstante, cabe añadir a éstas de manera intrínseca, el designio de protección de la sociedad frente a las conductas delictivas que puedan repercutir las anomalías psíquicas que padezcan los investigados. Es por ello que, tal como valora OLIVAS RUBIO sus objetivos semejantes, las obligaciones dentro del ámbito de libertad vigilada, han sido objeto de aplicación como medidas cautelares, las cuales pretenden asegurar el correcto desarrollo del proceso⁵¹.

A raíz de la práctica de fijar este tipo de obligaciones, y desde el ámbito de una medida cautelar dentro de un procedimiento penal, cabría plantearnos si aun no habiendo sido constatada la comisión del delito objeto del proceso, se estaría imponiendo una medida predelictual sobre un investigado que aún no ha sido declarado culpable, el cual se está viendo abiertamente afectado a medidas esencialmente correctivas del delito.

4.4. Prohibición de realizar determinadas actividades o profesiones

En virtud de la LO 10/1995 de 23 de noviembre se introdujo en nuestro CP una serie de medidas en el art. 129, como intervenciones accesorias dirigidas *ad hoc* a los delitos que se establecen en dicho artículo, los cuales hacen referencia a los cometidos en colaboración o por medio directo de empresas, organizaciones o cualquier otra clase de entidades. A parte de prevenir la continuidad de la actividad constitutiva de delito, asimismo se permitió el uso de dichas obligaciones de suspensión de actividades profesionales durante el transcurso del procedimiento judicial, adquiriendo de esta forma condición de medidas cautelares.

⁵¹ OLIVAS RUBIO, T., "La libertad vigilada como medida de seguridad vigilada 'sui generis' ". www.legaltoday.com, 12 enero 2017

Atribuyéndose responsabilidad penal a personas jurídicas en virtud de la modificación de la LO 5/2010, el CP estipula desde ese momento una serie de penalidades en el art. 32.7, como la clausura temporal de locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, por lo que éstas también podrán acordarse con el ámbito de medida cautelar.

Como es estimable, y así lo considera MORENO CATENA, la suspensión o prohibición de seguir realizando actividades para una empresa o entidad, puede repercutir indirectamente a terceros, como trabajadores o intermediarios. Por ello, se le requiere al Juez Instructor una exhaustiva deliberación para emitir resoluciones sobre asuntos de esta trascendencia. A pesar de la relevancia de estas medidas, no encontramos en la LECrim ni el CP una regulación concreta para acordarlas. En esta tesitura se deberá recurrir indispensablemente a acatar de manera precisa el presupuesto de *fumus boni iuris*, por lo que deberán existir evidencias suficientes de la actividad constitutiva de delito desarrollada por las entidades o empresas. Por otra parte, el presupuesto de *periculum in mora*, por el que se deberá asegurar que la medida adoptada de manera anticipatoria previene la actividad delictiva y su impacto, ponderando el Juez de instrucción la incidencia de la suspensión ejecutada⁵².

El art. 544 quater de la LECrim exige para la adopción de la medida, la previa petición de parte y la celebración de una vista, en la cual se cita a todas las partes personadas; de esta manera queda descartada la adopción de oficio por el Juez. Por otra parte, con la celebración de la vista, se suscita la posible declaración contraria a la medida de parte, otorgando la ley el derecho potestativo a la persona procesada de contradicción sobre la adopción de estas medidas.

En todo caso, la suspensión o prohibición de actividades o profesiones que se dispongan en el seno de un proceso penal, no podrá superar el plazo máximo establecido en el art. 33.7 CP, el cual consta de cinco años.

⁵² MORENO CATENA, V., "Otras medidas cautelares y medidas de protección"...Op. Cit., pág. 357-358

4.5. La suspensión de cargos públicos

En el caso de que el investigado en un proceso penal sea un funcionario público, se podrá decretar la suspensión de su cargo público en virtud del art. 90 del Estatuto Básico del Empleado Público. De igual modo, la LOPJ dispone en su art. 383 que se procederá a la suspensión de sus cargos públicos de los Jueces y Magistrados cuando estos fueren declarados en situación de investigados por delitos cometidos en ejercicios de sus funciones, o por cualquier otro delito doloso en el que se hubiere dictado contra ellos autos de prisión, procesamiento o de libertad provisional con fianza⁵³.

La suspensión de los cargos se hará efectiva por el CGPJ, previa audiencia con el Ministerio Fiscal, tal como estipula el art. 384 de LOPJ. Dicha medida suspensiva se aplicará de manera análoga para los miembros del Ministerio Fiscal cuando se requiera su responsabilidad civil o penal, ya que el art. 60 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal se remite a lo dispuesto en la LOPJ para Jueces y Magistrados⁵⁴.

Cabría una valoración sobre la aplicación de esta medida cautelar, por la cual puede llegar a restringir el derecho fundamental establecido en el art. 23.2 CE, que dispone el derecho a acceder y participar en funciones y cargos públicos. Este perjuicio del derecho fundamental puede que no afecte de igual forma a cualquier sujeto procesado, ya que el estatuto jurídico que dispone un funcionario del Ministerio Fiscal puede que llegue a resultar incólume la medida cautelar, en caso de declararse absuelto por la sentencia objeto del proceso. Por otro lado, un empleado público de menor jerarquía puede adolecer de más detrimento al imponérsele la suspensión de sus funciones, llegando a perder su cargo público si la vigencia de la medida se dilata considerablemente en el tiempo, en base al art. 90.1 de Estatuto Básico del Empleado Público, el cual establece que la suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses. De este modo, consideramos que el derecho constitucional al acceso de cargos públicos y

⁵³ UCELAY URECH, I., "La suspensión provisional de funciones mientras se sustancia un proceso penal" <http://www.taus.es>, 2 noviembre 2010

⁵⁴ MORENO CATENA, V., "Otras medidas cautelares y medidas de protección" en Derecho procesal penal, Ed. Tirant lo Blanch, 2017, p.346.

en condiciones de igualdad se estaría vulnerando, siendo recomendable una modificación reglamentaria que posibilite la garantía constitucional.

4.6. Limitación de comunicación a través de determinados medios o con personas

Cuando el procedimiento penal aborde delitos cometidos con la ayuda de medios de difusión mecánicos, tales como ejemplares impresos, el art. 822 LECrim, dispone que el Juez de Instrucción tendrá potestad para ordenar la intervención de dichos ejemplares así como el molde de estos que posibilita su reproducción. En cuanto a los delitos perpetrados con mediación de medios sonoros o fotográficos, los cuales han sido difundidos por vía escrita, radiofónica, televisiva o por Internet, se permite el requisito de la publicaciones objeto de la causa y la prohibición inmediata de su difusión, tal como estipula el art. 823 bis LECrim.

Además del carácter cautelar que ostenta la medida adoptada para este tipo de delitos en el transcurso de un proceso, se pretende la protección del derecho de la víctima dado que mientras se encuentre en circulación los ejemplares objeto de efectos dañosos, se seguirá perpetrando la afectación perjudicial al afectado. Por ello, no sólo se procederá a la conservación de los instrumentos del delito, sino a la prohibición taxativa y evitación de la propagación de dichos efectos por los medios anteriormente citados y recogidos en el art.823 LECrim.

De este modo, las resoluciones que dispongan medidas limitativas de comunicaciones, podrán ser objeto de recurso de apelación, las cuales deberán resolverse en 5 días.

4.7 Prohibición de conducción de vehículos

La persona que es declarada como investigado en un procedimiento penal sobre hechos cometidos bajo la conducción de vehículos de motor, se le podrá decretar la prohibición de conducir, acompañada ésta de la retirada provisional del permiso de conducción. El establecimiento de la medida será potestativo, y podrá

acordarse de oficio por el Juez Instructor sin que sea necesaria la instancia de parte. De igual forma cabrá la retirada de dicha obligación en cualquier momento del proceso que el Juez estime la desaparición de los presupuestos necesarios que legitimen su adopción.

El art. 529 bis LECrim recoge esta medida, en la cual se estipula que el permiso de conducción será entregado por el procesado, incorporándose éste al auto correspondiente de la causa. La citada retirada del documento acreditativo será comunicada a la Jefatura Provincial de Tráfico, que lo ha expedido, para así hacerle constar que no se le proporcione otro durante el periodo que dure la medida. Asimismo, se deberá llevar a cabo un requerimiento formal dirigido al investigado persuadiéndole de que prescinda de la conducción de vehículos a motor durante la medida impuesta, e informándole que el incumplimiento de ésta incurriría en un delito de desobediencia grave a la autoridad, el cual se estipula en el art. 556 CP y que se remite en la LECrim en su artículo 764.4.

Parece razonable afirmar que esta medida no tiene como finalidad esencial el aseguramiento del correcto desarrollo del proceso, ni la adecuada tramitación o ejecución de la sentencia; parece apuntar más hacia la protección de la sociedad, a raíz de la valoración de los hechos que son objeto de la causa del procedimiento. No obstante, la regulación que atañe a esta medida la consideramos insuficiente, en sintonía con lo que refuta MORENO CATENA, ya que aun cuando la medida no afecte a un derecho fundamental, sería necesario una legislación más exhaustiva que no permitiese la total discrecionalidad del juez competente de la instrucción de la causa, por lo que no se fijan parámetros establecidos para la resolución judicial ni tiempo máximo de su vigencia. Por tanto, con esta forma de aplicación de la medida, sí que podríamos percibir una limitación excesiva de la libertad del procesado, en tanto en cuanto se practique una cierta arbitrariedad con la restricción a la actividad de conducción de vehículos⁵⁵.

Además de tratar las medidas anteriormente estudiadas, y a pesar de no encontrarse reguladas en la LECrim, el CP, ni cualquier otro reglamento supletorio, nuestro ordenamiento jurídico puede establecer discrecionalmente obligaciones en

⁵⁵ MORENO CATENA, V., "Otras medidas cautelares y medidas de protección "...Op. Cit., pág. 356-357

base al caso concreto. Este es el caso, a modo de ejemplo, de la obligación de comunicar cualquier desplazamiento del investigado. Podemos afirmar que se trata de una medida del conjunto total de restricciones que podrá elegir el juzgador, la cual se adoptará en todo caso, cuando un investigado se le declara en libertad provisional, ya que dicha obligación otorga la exigencia mínima que deberá cumplir la libertad provisional, mediante la cual se asegure la presencia del acusado en el proceso penal en desarrollo, y limitando de la manera menos lesiva los derechos fundamentales estipulados en el art. 17 y 19 CE.

De esta forma, el Tribunal podrá imponer las obligaciones oportunas para ser conocedor de la ubicación exacta del procesado en cada momento, debiendo comunicar cualquier desplazamiento o cualquier cambio de residencia, ya sea temporal o definitiva; incluso en el caso de no haber sido impuesta la prohibición de cualquier salida fuera del país, informar de cualquier traslado externo al territorio nacional o de la UE, conforme al caso concreto.

Respecto a esta medida, podemos mencionar el Auto núm. 323/2017 de 11 mayo, por la que estimó el recurso de apelación contra la imposición de prisión provisional sin fianza, y a la que estableció libertad provisional con “obligación de comparecencia apud acta y de comunicar cualquier desplazamiento dentro de España y cambio de domicilio aunque sea temporalmente”. El Letrado representante del acusado alegó que la prisión provisional, como medida limitativa del derecho de libertad personal del art. 17 CE, exige la existencia de indicios racionales de comisión de delito y los fines legítimos constitucionalmente con la naturaleza de la medida.⁵⁶

⁵⁶ Auto núm. 323/2017 de 11 mayo de Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 3ª): ESTIMAR el recurso de Apelación interpuesto por el Letrado Don José Antonio Díez Quevedo , en nombre, representación y

asistencia de Narciso , contra el auto de fecha once de Abril de 2017 que confirma el dictado en fecha dos de Abril de 2017, que SE REVOCAN, acordándose la libertad provisional del recurrente siempre y cuando preste fianza de MIL QUINIENTOS EUROS, con la obligación apud acta de presentarse los días uno y quince de cada mes , y cuantas veces fuera llamado por el órgano judicial que conozca de la causa. Se prohíbe la salida del territorio nacional de Narciso debiendo darse las órdenes policiales oportunas, el depósito del pasaporte en dependencias judiciales y la obligación de comunicar al órgano judicial que conozca de la causa cualquier desplazamiento dentro de España y cambio de domicilio aunque cuando sea temporalmente.)

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. La consideración de la libertad provisional no se limita como únicamente a una restricción del derecho a la libertad del investigado. La medida cautelar en cuestión está formada por un grupo de limitaciones u obligaciones independientes unas de otras, que podrán adoptarse en conjunto o de manera individualizada de acuerdo al caso concreto.

SEGUNDA. Para establecer la medida cautelar de libertad provisional, será imprescindible la concurrencia del presupuesto *periculum in mora y fummus boni iuris*. El primero de ellos se determina por los riesgos de fuga del acusado, de ocultación o destrucción de pruebas, o de reiteración delictiva. A ellos se debe añadir la necesidad de evitar alarma social. Mediante el *fummus boni iuris*, se exige una legitimación de aplicación de la medida sobre el sujeto afectado, con la correspondiente posición de investigado del proceso.

TERCERA. Al tratarse de medidas que afectan directamente a derechos fundamentales, se requiere que los supuestos de aplicación fuesen más concisos, estableciendo una regulación legal más técnica y precisa, para de esta forma soslayar la posible restricción excesiva de derechos amparados constitucionalmente y por los tratados internacionales.

CUARTA. A diferencia del resto de las medidas cautelares que recoge la LECrim, en cuanto a la libertad provisional y las medidas accesorias de la misma, se encuentra por remisión a otras medidas o disposiciones que no se encuadran dentro de la figura de libertad provisional. De esta manera se dificulta su aplicación a los casos concretos dejando un amplio margen a la autoridad judicial y Ministerio Fiscal para establecer la aplicación de dicha medida, lo cual entendemos como una cierta arbitrariedad al respecto.

QUINTA. Las obligaciones que se pueden establecer como medida accesoria a la libertad provisional son muy diversas y dispersas en el ordenamiento jurídico, Por ello, en lugar de suponer un conjunto *numerus clausus*, estaríamos ante un conjunto de medidas *numerus apertus*, por lo que el juez podría imponer cualquier obligación que estimase conveniente según el supuesto del investigado, afectando a derechos fundamentales sin que encontrase regulación en ningún reglamento o ley española.

SEXTA. Por todo esto, consideramos necesaria una modificación del ordenamiento jurídico que establezca de manera más concreta las obligaciones que puedan imponerse en el ámbito de esta medida cautelar. La libertad provisional requiere de una regulación completa y precisa, a la vez que actual, para de esta forma evitar los problemas de inseguridad jurídica que hemos planteado.



BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ VELEZ, M., (Coord.). Lecciones de derecho constitucional, Ed. Tirant lo Blanch, 2018.
- ASECIO MELLADO, J. “Medidas cautelares personales (II)”, en Derecho Procesal Penal (Coord. Olga FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2019.
- BARÓ PAZOS, J., La codificación del derecho civil en España, 1808-1889, Ed. Univ. de Cantabria.
- BELDA PEREZ-PEDRERO, E., “Los derechos a la libre elección de residencia y al libre desplazamiento”, Dialnet.unirioja.com.
- CHOZAS ALONSO, J., Los sujetos protagonistas del proceso penal, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.
- CORRIENTE CÓRDOBA, J.A., “España y los convenios internacionales de protección de los derechos humanos”. Univ. Navarra, Pamplona, 1977.
- DEL RIO LABARTHE, G., “Medidas cautelares personales (II)”, en Derecho Procesal Penal (Coord. Olga FUENTES SORIANO), Tirant lo Blanch, 2019.
- DÍAZ LOPEZ, J.A., “La periodicidad de las comparencias apud acta”, LEGALTODAY, www.legaltoday.com, 2 de Enero, 2018.
- GIMENO SENDRA, Derecho Procesal Penal, Ed. Colex, Madrid, 2004-

- MORENO CATENA, V., “La prisión provisional y la libertad provisional” en Derecho Procesal Penal, Ed. Tirant lo Blanch, 2019.
- MORENO CATENA, V., “Otras medidas cautelares y medidas de protección” en Derecho procesal penal, Ed. Tirant lo Blanch, 2017.
- MUÑOZ MUÑOZ, S., “La libertad provisional en la jurisprudencia”, Revista Jurídica Valenciana, <https://www.uv.es/ajv>, junio, 2003, nº12.
- NIEVA FENOLL, J., “Derecho Procesal III. Proceso Penal”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- OLIVAS RUBIO, T., “La libertad vigilada como medida de seguridad vigilada ‘sui generis’ “. www.legaltoday.com, 12 enero 2017
- SANCHO DURÁN, J. “Las medidas cautelares en el proceso penal.” <http://javiersancho.es/2017/07/03/medidas-cautelares-penal/> ,11 de mayo, 2020
- SERRANO MAÍLLO, M., “El derecho a la libertad y la prisión provisional”, Anuario de la Escuela de Práctica Jurídica, UNED, 2006, Nº1
- SERRANO MASIP, M., “Sentencias del TSJ y AP y otros Tribunales, núm. 1/2007”, Ed. Aranzadi., S.A.U., Cizur Menor, 2007
- UCELAY URECH, I., “La suspensión provisional de funciones mientras se sustancia un proceso penal” <http://www.taus.es>, 2 noviembre 2010
- VVAA, Derecho Procesal Penal, 2006, Pamplona, Ed. Pro Libertate.

