

# **Procedimiento Penal: Medidas Cautelares y su aplicación práctica**

*Criminal process. Precautionary measures and its practical implementation*

**Dra. M<sup>a</sup> Nieves NAVARRO MOZO**  
va0411@hotmail.com

**Resumen:** En este artículo, se va a tratar el concepto y contenido de las medidas cautelares con privación de libertad así como también cuál podría ser su aplicación a algún delito concreto como puede ser el delito de violación con tentativa de homicidio, lo que puede dar la medida de su importancia en cuanto a la consideración sobre su carácter previsor para la celebración de un ulterior proceso.

**Abstract:** In this article, it will be treated the concept and content about precautionary measures with deprivation of liberty as well as which will be their application to a specific crime how it can be the crime of rape with attempted homicide what can measure of its importance as for the consideration of his foresight nature for the celebration of a further process.

**Palabras claves:** Proceso, penal, medida, cautelar, libertad, violación, homicidio, tentativa.

**Keywords:** Process, criminal, measure, precautionary, liberty, rape, homicide, attempt.

## **Sumario:**

### **I. Proceso penal.**

### **II. Medidas Cautelares.**

2.1. *Detención.*

2.2. *Prisión provisional.*

2.3. *Libertad provisional.*

### **III. Aplicación práctica.**

3.1. *Delito de violación con tentativa de homicidio.*

### **IV. Referencias bibliográficas y otras fuentes.**

**Recibido: septiembre 2022.**

**Aceptado: noviembre 2022.**

## I. PROCESO PENAL

El proceso en general permite aplicar las leyes con el fin de dirimir conflictos; y en concreto el proceso penal crea el espacio material y funcional para poder aplicar las leyes penales a los conflictos que se susciten y que lleguen a sede judicial, de tal manera que habrá dos partes procesales –sujeto activo y sujeto pasivo– y se ejercitará una acción procesal como consecuencia de haberse cometido un acto que pudiere ser delictivo, que habrá de investigarse y que será el Juzgado o Tribunal de Justicia competente el que a través del *ius puniendidecisa* mediante resolución cómo va a terminar el procedimiento.

Al hilo de lo anterior, para que cualquier proceso penal comience su andadura, se deben dar tres circunstancias y por consiguiente, es obligada la perpetración del mencionado posible delito, que consecuentemente haya generado un mal a alguien, y que esa posible víctima u otros inicien la correspondiente acción penal ante la autoridad judicial.

En el proceso penal conviven, entre otros, el derecho del sujeto activo que está legitimado para acusar<sup>1</sup> y a que se le resarza del daño que se le ha ocasionado así como también que se condene al que lo infligió, y el derecho de la parte pasiva<sup>2</sup>, que es contra quien se dirige la denuncia o querrela, a la consideración de presunto inocente. Teniendo presente ese carácter retributivo

---

<sup>1</sup> MARCOS FRANCISCO, D., “Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal”, en *La Ley Penal*, Nº 116, Sección Derecho Procesal Penal, Septiembre-October 2015, Editorial Wolters Kluwer, *La Ley 5624/2015*. Consultado 30-06-2022.

MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal: parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

En función del tipo de delito (ya sea privado, semi privado o semi público, o público) amén de otras consideraciones, la parte activa en el proceso penal adquiere múltiples formas con contenidos diversos y puede denominarse acusador privado, acusador particular, acusador popular, Ministerio Fiscal, actor civil. Y con independencia de esto, hay que destacar la clasificación de los delitos tomando en cuenta los requisitos para su perseguibilidad.

<sup>2</sup> BARRIENTOS PACHO, J.M<sup>a</sup>, *Investigado y encausado – Partes en el proceso penal –* v Lex <https://vlex.es>. Consultado 30-06-2022.

Parte pasiva denominada investigado o procesado o encausado o acusado o condenado o reo dependiendo de la fase procesal que se esté sustanciando y el tipo de proceso, ya sea sumario o abreviado.

que implica pagar mediante condena por el daño causado, es de recibo al menos nombrar al tan traído y llevado principio de oportunidad<sup>3</sup>, que algunos entienden que puede adolecer de cierta arbitrariedad e incluso de no respetar la igualdad de todos ante la ley, pero que otras voces entienden que no sólo tiene únicamente cobertura legal para su aplicación sino que además permite en determinados casos suavizar la justicia aplicando penas menores a las que habitualmente podrían ser en dichos supuestos.

El proceso penal en España se incardina dentro de un sistema donde confluyen elementos inquisitivos por el secretismo que subyace, como sucede en la fase procesal de investigación o instrucción, con elementos donde el factor dominante es propiamente la acusación y publicidad tal y como sucede en otro momento procesal cual es el juicio oral.

En otro orden de cosas y como colofón, resulta obligado referirse en este punto a alguno de los grandes penalistas de la historia, y tal es el caso de César Beccaria (S<sup>o</sup> XVIII)<sup>4</sup>, el cual a modo de ensayo trata de un sistema penal que respete la dignidad humana bajo el prisma de penas proporcionales. O también podemos dejar constancia de Francesco Carrara (S<sup>o</sup> XIX) que en su *Programa de Derecho Criminal*, describe como él entiende cuáles son las obligaciones de un letrado, y así detalla aspectos como la compasión, la lealtad o el conocimiento.

Cuando está concluido el proceso penal pero integrado dentro del ámbito penal desde su vertiente de ejecución de la pena, no podemos olvidarnos de la figura de Fernando Cadalso Manzano y de una de sus obras, *Tribunales, Juzgados y Prisiones*; él fue un penitenciario español que aunque siempre se mantuvo en este campo, y fue además relevante figura en el mundo carcelario, otrora desempeñó funciones como encargado de los asuntos del departamento de Gracia y Justicia en 1923.

## II.MEDIDAS CAUTELARES

En la definición de medida cautelar se encuadran aquellas decisiones en forma de resolución que toma la autoridad judicial con el fin de conseguir el aseguramiento de un proceso, que de otro modo podría no alcanzarse<sup>5</sup>, pues

---

<sup>3</sup> GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad no se opone al de legalidad, lo complementa”, en *Diario la Ley*, 16 de diciembre de 2019. Consultado el 24-06-2022.

<sup>4</sup> BECCARIA, C., *Dei delitti e dellepene*, 1764.

<sup>5</sup> 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, y cómo las mismas guardan conexión con los derechos

mientras se dilucida la investigación del caso, resulta plausible que no se logre culminar el procedimiento ante la ausencia del acusado, o pueda verse entorpecido, o también que una vez finalizado no pueda ejecutarse la condena impuesta por el mismo motivo u otros. Las medidas cautelares son posiblemente aplicables a personas susceptibles de algún tipo de responsabilidad de carácter penal, y pueden referirse en términos generales a personas físicas pero también jurídicas. Ahora bien, concretamente respecto a aquellas medidas cautelares de naturaleza personal tomadas antes de dictar sentencia pero referidas a la privación de libertad, tenemos que en el sistema legal español<sup>6</sup>, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la detención que a priori se interpreta la menos invasiva, luego estaría la libertad provisional que permite no ingresar en prisión aunque obliga a acudir al llamamiento judicial regularmente, y la prisión provisional, siendo esta última la más grave en tanto en cuanto supone limitar la libertad ambulatoria de la persona afectada y por consiguiente deben existir razones de peso que lleven a la autoridad judicial a tomar esta decisión.

Si por algo se caracterizan estas medidas, es porque no son definitivas, es decir tienen carácter temporal y finalizan una vez haya acabado el proceso penal, también deben ser proporcionales al fin que se quiere conseguir y por tanto no se limitarán más derechos que los estrictamente necesarios, y finalmente no son un fin en sí mismas sino un medio para conseguir algo como es que el proceso pueda desarrollarse con normalidad y que llegado el caso, la sentencia se pueda ejecutar.

---

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. En consonancia con ello, la doctrina jurisprudencial fija cómo la anteriormente nombrada tutela judicial precisa de medidas cautelares que contribuyan a su efectividad y por consiguiente a que las sentencias se puedan ejecutar.

Art. 5-1 LEC hace referencia también a medidas cautelares en relación con las clases de tutela jurisdiccional. <https://dpej.rae.es/lema/presupuestos-de-las-medidas-cautelares> DPEJ-RAE, "Presupuestos de las medidas cautelares", Diccionario panhispánico del español jurídico. Consultado 27-06-2022.

<sup>6</sup> En el marco normativo que en el Estado español regula las medidas cautelares de carácter penal, nos encontramos con:

La Constitución Española de 1978, en su articulado, en concreto en el art. 17-1 hace referencia a que todos tenemos derecho a la libertad y añade que a ninguna persona se la puede despojar del mismo si no es respetando la ley.

RD de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reguladora del proceso penal.

LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. La Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima, recoge y explica en su Preámbulo, que el propósito de que exista una ley que instituya una disposición jurídica para las víctimas de delitos no es otro que dar una solución legal y social a éstas por parte del poder público en general tanto para remediar el mal ocasionado como para empuqueñecer el dolor ético que pudieran padecer dentro del contexto de un procedimiento penal.

La praxis procesal deja al descubierto la trascendencia de esta institución y el sentir de la doctrina jurisdiccional que sobre ella existe, con opiniones encontradas tanto del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y paralelamente de la Fiscalía General del Estado<sup>7</sup>.

### 2.1. *Detención*

En ella, la libertad del detenido aparece limitada, y en su tipología encontramos, que esta medida puede adoptarse por el Juez o Tribunal y también por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado e inclusive por particulares en determinadas condiciones<sup>8</sup>.

La detención preventiva debe durar solamente el tiempo preciso hasta que se averigüen las circunstancias que rodean y que esclarezcan los hechos<sup>9</sup>; y la misma, busca garantizar la responsabilidad penal del sujeto en cuestión, pero no cabe por tanto detener a un presunto responsable civil<sup>10</sup>.

En este asunto de las detenciones, es preceptivo mencionar al denominado procedimiento de *habeas corpus*<sup>11</sup> que se configura frente a detenciones ilegales<sup>12</sup>, en el cual debe primar la rapidez y efectividad.

---

<sup>7</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona 2015.

<sup>8</sup> [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS\\_03\\_2009.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_03_2009.html) Fiscalía General del Estado 23 de diciembre 2009, Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención. Consultado 27-06-2022.

Art. 489 LECrim: “Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”.

<sup>9</sup> Art. 496 LECrim: “El particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma”.

Art 520 LECrim: .... Dentro de los plazos establecidos en la presente Ley, 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”.

Art. 520 bis LECrim: 1. “Toda persona detenida como presunto partícipe de alguno de los delitos a que se refiere el art. 384 bis será puesta a disposición del Juez competente dentro de las setenta y dos horas siguientes a la detención. No obstante, podrá prolongarse la detención el tiempo necesario para los fines investigadores, hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas...”.

<sup>10</sup> MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 304.

<sup>11</sup> LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, en su art. 1 recoge qué personas se consideran detenidas no conforme a Derecho, y así dice: “A los

Sin duda, un supuesto singular es la detención hecha por particulares<sup>13</sup>, su casuística viene recogida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en algunos de los casos es coincidente con la detención preventiva practicada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, contemplando esta última otros más<sup>14</sup>, En cuanto a la que ordena la justicia, se amplía con respecto a las dos anteriores a aquellas personas que al ser citados, no comparezcan a presencia judicial<sup>15</sup>.

## 2.2. Prisión Provisional

En cuanto a la prisión provisional o preventiva, es determinante su práctica sin que se intente perjudicar personal o patrimonialmente al preso<sup>16</sup>, lo que resulta ampliable con respecto a la figura del detenido. Y como ya se

---

efectos de esta Ley se consideran personas ilegalmente detenidas: a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes. b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida”.

<sup>12</sup> STS (Sala de lo Penal) (Roj 1737/2022 – ECLI:ES:TS:2022:1737), ponente Excmo. Sr. D. Leopoldo Fuente Segura, N° Rec. 3326/2020 de 28 de abril de 2022, donde se declara que el Tribunal Superior de Justicia se ha excedido en sus competencias de revisión pues exculpa a la persona acusada de haber delinquido como agresor sexual o de haber detenido ilegalmente, ... .

<sup>13</sup> Art. 490 LECrim: “Cualquier persona puede detener: 1.º Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2.º Al delincuente in fraganti. 3.º Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena. 4.º Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme. 5.º Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior. 6.º Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. 7.º Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía”.

<sup>14</sup> Art. 492 LECrim: “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2.º Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional. 3.º Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1. Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.

<sup>15</sup> Art. 487 LECrim, viene a decir que si se cita a alguien y esta persona no comparece sin causa justificada, esa disposición para comparecer podría devenir en detención.

<sup>16</sup> Art. 520 LECrim, en su apartado 1 establece que tanto detención como prisión provisional deberán llevarse a efecto de la manera menos dañosa para el detenido o preso y sus bienes, honra,...

apuntó *ab initio*, es la mayor intromisión en la libertad de movimiento de un ser humano sin que haya aún recaído sentencia de condena, por consiguiente su adopción tendrá que estar plenamente justificada sin contradicciones. Y para mayor ahondamiento, cuando se lleve a efecto, deberán estar presentes las razones que motivan las medidas cautelares, como son tanto el *fumus boni iuris* como el *periculum in mora*<sup>17</sup> como la decisión judicial motivada que lo sustente.

Dentro de ésta, de menos a más, podemos desglosar su aplicación en tres subapartados, que son:

- La prisión provisional atenuada, que se cumple en el domicilio porque razones de salud así lo aconsejen o la prisión provisional que se cumple en un centro oficialmente reconocido de desintoxicación porque razones de tratamiento así lo aconsejen.

- Otro modelo de cumplimiento sería la prisión provisional comunicada en centro penitenciario.

- Y en el otro lado de la balanza, estaría la forma más restrictiva y gravosa de cumplimiento dentro de esta medida ya limitadora de derechos en sí misma, cual es la prisión incomunicada en establecimiento penitenciario<sup>18</sup>. Es factible decretaren términos de excepcionalidad por el Juez de Instrucción o Tribunal, o bien en caso de apremiante necesidad con el fin de eludir serios efectos que pudieren desembocar en riesgo para la vida, libertad o integridad física de un ser humano, o bien en caso que se precisare de forma acuciante que los jueces de instrucción procedieran al instante para prevenir arriesgar gravemente el procedimiento penal.

---

<sup>17</sup> <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es> Fumus boni iuris – Wolters Kluwer. Consultado 30-06-2022.

*Fumus boni iuris*, implica que como presupuestos haya hecho/s que tenga/n objetivamente carácter/es de delito, y subjetivamente deberán existir circunstancias que apoyen poder considerar responsable penal a la persona presa.

*Periculum in mora*, implica la evitación de escenarios de riesgo como consecuencia de la tardanza en que se dicte una resolución de condena, y que por ello las actuaciones procesales puedan perder su eficacia.

<sup>18</sup> Art. 527-1 LECrim: “1. En los supuestos del artículo 509, el detenido o preso podrá ser privado de los siguientes derechos si así lo justifican las circunstancias del caso: a) Designar un abogado de su confianza. b) Comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense. c) Entrevistarse reservadamente con su abogado. d) Acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención”.



Según expresa literalmente el artículo 509, apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la duración de esta medida es temporal, y dada la gravedad de la misma se mantendrá solamente el plazo temporal preciso para practicar las diligencias que de otro modo con la libertad de la persona incomunicada se podrían malograr, *verbigratia*, la contaminación de pruebas, y en todo caso, su duración será de cinco días como máximo prorrogables en igual temporalidad en determinado supuesto<sup>19</sup>.

A continuación se incluye gráfica sobre estadística de la población reclusa de internos preventivos en España, a fecha de diciembre 2021, siendo datos del Consejo General del Poder Judicial:

EDADES	HOMBRES	MUJERES	TOTAL	PORCENTAJES	
				HOMBRES	MUJERES
De 18 a 20 años	502	20	522	96,2%	3,8%
De 21 a 25 años	1.175	43	1.218	96,5%	3,5%
De 26 a 30 años	1.261	60	1.321	95,5%	4,5%
De 31 a 40 años	2.433	168	2.601	93,5%	6,5%
De 41 a 50 años	1.1816	149	1.965	92,4%	7,6%
De 51 a 60 años	861	67	928	92,8%	7,2%
De 61 a 70 años	222	13	235	94,5%	5,5%
Más de 70 años	58	1	9	98,3%	1,1%
No consta	0	0	0	0,0%	0,0%
<b>TOTALES</b>	<b>8.328</b>	<b>521</b>	<b>8.849</b>	<b>94,1%</b>	<b>5,9%</b>

Figura 1<sup>20</sup>

### 3. Libertad Provisional

Estamos ante una medida cautelar personal<sup>21</sup> más laxa en comparación con la prisión provisional, pero conlleva también restringir esa libertad de movimiento, y se viene imponiendo para lograr el aseguramiento de la persona imputada al proceso penal, y se decreta al existir indicios y razones de peso que

<sup>19</sup> Art. 384 bis LECrim establece que bajo la firmeza de auto de procesamiento, un determinado procesado con función o cargo público y perteneciente a grupo terrorista o banda armada, será suspendido de éstos mientras esté en prisión provisional por haber perpetrado un delito.

<sup>20</sup> Figura 1, extraídos los datos de C.G.P.J. -Estadística de la Población Reclusa- Poder Judicial. Consultado 27-06-2022.

<sup>21</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, V., "Ser-Humano Libertad-Provisional", en *quo.el diario.es*, <https://quo.eldiario.es/ser-humano/a72932/libertad-provisional/> Consultado 30-06-2022.

Es preceptivo no confundir entre libertad provisional y libertad condicional, pues como se viene explicando, la primera la decreta el Juez para que una persona no eluda la acción de la justicia en un proceso penal abierto, y la segunda la concede el Juez de Vigilancia Penitenciaria a un recluso que está ya cumpliendo en el último tramo de dicho cumplimiento.

puedan hacer pensar al Juez o Tribunal que una persona podría ser la responsable del hecho delictivo, pero que sin embargo el eventual riesgo de fuga o de no comparecencia al llamamiento judicial no es tan preocupante como para imponer la prisión preventiva.

La libertad provisional<sup>22</sup> no es inalterable, no ya por su provisionalidad-como ahora veremos- sino porque si cambian las circunstancias que rodean el caso, es también susceptible de quedar sin efecto o incluso de acrecentar los límites impuestos a esa libertad ambulatoria. Y además está sujeta a una serie de principios que sustentan a este tipo de medidas, cuales son la proporcionalidad que ha de existir entre la situación que ha motivado la toma de decisión de esta medida y la propia medida cautelar, su temporalidad o provisionalidad, su carácter variable y no fijista, no es un fin en sí misma sino que es a su vez un instrumento para la consecución de un fin mayor, y se decreta por la autoridad jurisdiccional.

Uno de los elementos típicos de esta figura, es la probable prestación de fianza, la cual tiene el propósito no sólo de garantizar que el imputado acudirá a presencia judicial, sino también de responder a una posible condena de responsabilidad civil por los daños causados al haber perpetrado determinado delito. El impago de esta fianza lleva aparejado que esa persona pueda entrar en prisión.

Es de recibo referenciar que en ocasiones hay casos muy mediáticos y/o de alarma social, en los que puede suceder que la opinión pública quizá disienta de las decisiones de jueces y tribunales de justicia<sup>23</sup> por la condonación de esta medida.

### III. APLICACIÓN PRÁCTICA

A continuación se va recrear un ficticio supuesto práctico, de cómo se podrán aplicar las medidas cautelares vistas *ad hoc* en un delito que atenta a la libertad sexual, como es el delito de violación consumado recogido en el artículo 179 CP<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup>STS N<sup>o</sup> 432/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1) Rec. 10102/2020 de 20 de mayo de 2021, ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde: "... Instrucción Central n.º 5 dictó auto en el que dejaba sin efecto la medida cautelar de prisión provisional de Roberto y acordaba su libertad provisional con obligación *apud-acta* de comparecer ante este Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designar domicilio conocido, hacer entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización ....".

<sup>23</sup> Vistazo, España: condenados en caso "La manada" saldrán de prisión, Carolina Farfán, 22 de junio de 2018. Consultado 27-06-2022.

<sup>24</sup> Art. 179 CP: "Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años".

que lleva aparejada una pena de prisión que oscila de seis a doce años, y otro más, unido a un delito de homicidio en grado de tentativa del artículo 138-1 CP<sup>25</sup> que conlleva una pena que va de los cinco a los diez años de privación de libertad. En este caso práctico sería un ejemplo de tentativa acabada, pues el delincuente realiza todo lo necesario para que el homicidio se produzca, pero éste no llega a consumarse por causas ajenas a la propia ejecución.

### 3.1. Delito de violación con tentativa de homicidio

El autor del ilícito penal es un individuo con doble nacionalidad que es descubierto *in fraganti* por un agente de la Policía Nacional al encontrarse en el lugar de los hechos y habiendo restos biológicos del delito de violación, y restos materiales del intento de homicidio como es un arma blanca y la declaración que pone de manifiesto la propia víctima. Hay que decir, que esta persona reside temporalmente en España, pues su familia reside en otro país, con el añadido de encontrarse en busca y captura por un delito de tenencia ilícita de armas<sup>26</sup>. Ante esta situación y en aras de esclarecer lo sucedido, las medidas cautelares personales que podrían adoptarse son:

-En primer lugar, siguiendo el mandato del artículo 490-2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 492-1<sup>27</sup> de la misma norma legal, se procedería a su detención preventiva. Y la autoridad le informará en lenguaje comprensible, y si fuere preciso por medio de intérprete, tanto del asunto que se le imputa como de los derechos<sup>28</sup> que le asisten; y todo ello se formaliza en el atestado policial que incoa el procedimiento, y es ese documento oficial donde se plasman las diligencias practicadas. Volviendo al tema de los derechos del detenido, o llegado el momento incluso preso, pues no hay que olvidar que el primero es

---

<sup>25</sup> Art. 138-1CP: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”.

Art. 16-1 CP: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

Art. 62 CP: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”.

<sup>26</sup> Art. 563 CP: “La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años”.

<sup>27</sup> Art. 490-2º LECrim.: “Cualquier persona puede detener al delincuente *in fraganti*”.

Art. 492-2º LECrim.: “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490”.

<sup>28</sup> Art. 520 LECrim, contempla los derechos que asisten al detenido o también a la persona presa.

en un gran porcentaje la antesala del segundo, nos encontramos los expuestos a continuación<sup>29</sup>:

a.- Derecho a no declarar, a no responder a preguntas que le formulen, o a expresar que únicamente declarará ante su Señoría.

b.- Derecho a no auto inculparse.

c.- Derecho a nombrar letrado, y si éste no puede asistir al detenido con rapidez por razones de distancia espacial, el detenido podrá comunicarse con su abogado o bien telefónicamente o bien por videoconferencia excepto que esto tampoco fuera posible.

d.- Derecho a conocer las actuaciones sustanciales para impugnar la detención o privación de libertad por entenderla ilegal.

e.- Derecho a que se notifique con inmediatez a familiar o persona que designe, su privación de libertad y el lugar de la misma. Si se trata de persona foránea, lo mencionado anteriormente se deberá comunicar al consulado de su país.

f.- Derecho a comunicación telefónica con un tercero que elija, y que se haga sin dilación no justificada. En dicha comunicación estarán presentes un funcionario de policía o funcionario designado por juez o fiscal...

g.- Derecho a recibir visitas de autoridades consulares de su país y al mantenimiento de correo entre ambas partes.

h.- Un extranjero que no conozca el idioma tendrá derecho a un traductor, así como también las personas con problemas de audición o con problemas de lenguaje tendrán derecho a un intérprete.

i.- Derecho a reconocimiento médico forense.

j.- Derecho a justicia gratuita, y a que se le explique los cauces que debe seguir para su obtención.

También se le debe hacer saber el plazo tope temporal que puede durar la detención hasta que se le presente ante el juez, así como a su vez se le comunicará que pasos hay que seguir para impugnar la detención si es que considera que adolece de ilegalidad.

- En el momento que los datos obrantes en el atestado policial son recibidos en el Juzgado de Guardia, y una vez tomada declaración a víctima e investigado, así como testigos -si los hubiere-, la siguiente medida cautelar personal que puede tomar el Juez<sup>30</sup> es la de prisión provisional, que como ya se ha apuntado, se caracteriza por su excepcionalidad y además debe ser motivada<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Art. 520 LECrim, aprobada por RD de 14 de septiembre de 1882.

<sup>30</sup> Art. 502-1 LECrim.: “Podrá decretar la prisión provisional el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa”.

<sup>31</sup> Art. 506-1 LECrim.: “Las resoluciones que se dicten sobre la situación personal del investigado o encausado adoptarán la forma de auto. El auto que acuerde la prisión provisional o disponga su

La prisión provisional solamente podrá ser ordenada cuando confluyan determinados requisitos<sup>32</sup>, como es la cuantía de la pena por el delito/s cometido/s, y está tasada que sea igual o supere los dos años de privación de libertad, lo cual se cumple en este supuesto que nos ocupa, y también que haya indicios razonables sobre que la autoría del ilícito recae sobre una persona concreta, en este caso el detenido. También cuando por medio de prisión provisional se busque evitar riesgo de fuga, lo cual es factible en este caso, al tratarse de una persona con doble nacionalidad y que está pasando una temporada en España pero que tiene a su familia en el segundo país del que también tiene nacionalidad.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y OTRAS FUENTES

- BARRIENTOS PACHO, J.M<sup>a</sup>, Investigado y encausado -Partes en el proceso penal- vLex <https://vlex.es> Consultado 30-06-2022.
- Constitución Española de 1978.
- DE LA ROSA CORTINA, JM., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2015.
- DPEJ-RAE, “Presupuestos de las medidas cautelares”, Diccionario panhispánico del español jurídico. Consultado 27-06-2022.

---

prolongación expresará los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican su adopción”.

<sup>32</sup> Art. 503-1 LECrim.: “La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1.º Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, ..... .

2.º Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

3.º Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: a) Asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga.

Para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al investigado o encausado, a la situación familiar, laboral y económica de éste...

Procederá acordar por esta causa la prisión provisional de la persona investigada cuando, a la vista de los antecedentes que resulten de las actuaciones, hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por cualquier órgano judicial en los dos años anteriores. En estos supuestos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1.º de este apartado”.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, V., “Ser-Humano Libertad-Provisional”, en *quo. eldiario.es*:  
<https://quo.eldiario.es/ser-humano/a72932/libertad-provisional/>.  
Consultado 30-06-2022.
  - Figura 1, Elaboración propia, extraídos los datos de Consejo General del Poder Judicial (C.G.P.J. -Estadística de la Población Reclusa- Poder Judicial).  
Consultado 27-06-2022.
  - Fiscalía General del Estado 23 de diciembre 2009, Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención.  
[https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS\\_03\\_2009.html](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/INS/INS_03_2009.html).  
Consultado 27-06-2022.
- Fumus boni iuris-Wolters Kluwer. <https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es>.  
Consultado 30-06-2022.
- GIMENO SENDRA, V., “El principio de oportunidad no se opone al de legalidad, lo complementa”, *Diario la Ley*, 16 de diciembre de 2019.  
<https://dpej.rae.es/lema/presupuestos-de-las-medidas-cautelares>.
  - *La Ley* 4/2015, del Estatuto de la Víctima.
  - Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
  - LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*.
  - LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.
  - MARCOS FRANCISCO, D., “Requisitos de perseguibilidad de los delitos tras la reciente Ley de reforma del Código Penal”, *La Ley Penal*, N<sup>o</sup> 116, Sección Derecho Procesal Penal, Septiembre-Octubre 2015, Editorial Wolters Kluwer, *La Ley* 5624/2015.
  - MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMINGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2015.
  - MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal: parte general*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
  - RD de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

- STC (Sala Segunda) 218/1994, de 18 de julio, RA 2566/1991, ponente Excmo. Sr. D. Carles Viver Pi-Sunyer.
- STS N° 432/2021 (Sala de lo Penal, Sección 1) Rec. 10102/2020 de 20 de mayo de 2021, ponente Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde.
- STS (Sala de lo Penal) (Roj 1737/2022-ECLI:ES:TS:2022:1737), ponente Excmo. Sr. D. Leopoldo Fuente Segura, N° Rec. 3326/2020 de 28 de abril de 2022.
- Vistazo, España: condenados en caso “La manada” saldrán de prisión, Carolina Farfán, 22 de junio de 2018.

