

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL CONSUMIDOR COMO PARTE CIVIL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL¹⁻²

SOME REFLECTIONS ON THE INTERVENTION OF THE CONSUMER AS A CIVIL PARTY IN THE SPANISH CRIMINAL PROCEDURE LAW

Núria Mallandrich Miret

Profesora Lectora de Derecho Procesal de la Universidad de
Barcelona, España. E-mail: nmallandrich@ub.edu

RESUMEN: En este estudio nos planteamos cómo proteger o defender adecuadamente los intereses de estos consumidores en un proceso penal que desde nuestro punto de vista presenta unas características particulares: 1º) en todos ellos existirá, o como mínimo potencialmente pudieran existir, un gran número de consumidores afectados —víctimas— por las consecuencias del delito a las que deberá otorgarse una tutela específica; 2º) consecuencia de lo anterior es que también potencialmente pueden comparecer y personarse como parte miles de ciudadanos afectados; 3º) a su vez, estos ciudadanos afectados por las consecuencias del delito pueden estar identificados o no; 4º) más allá del objeto propiamente penal, debe recordarse que, en España, el proceso penal incorpora por defecto, también el ejercicio de la acción civil dirigida, de conformidad con el art. 110 CP a lograr la comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales; 5º) la duración del proceso previsiblemente será larga.

PALAVRAS CLAVE: Intereses; Consumidores; Proceso Penal.

ABSTRACT: In this paper we consider how to adequately protect or defend the interests of these consumers in a criminal proceeding that, from our point of view, has particular characteristics: 1) in all of them there will be, or at least potentially could exist, a large number of affected consumers - victims - for the consequences of the crime to which a

¹ Artigo recebido em 04/08/2020, sob dispensa de revisão.

² El presente trabajo ha sido desarrollado en el ámbito del Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación CONSUVI – PGC2018-096260-B-C21.

specific guardianship must be granted; 2nd) consequence of the foregoing is that thousands of affected citizens can also potentially appear as part; 3º) in turn, these citizens affected by the consequences of the crime may or may not be identified; 4º) beyond the strictly criminal object, it should be remembered that, in Spain, the criminal procedure incorporates by default, also the exercise of directed civil action, in accordance with art. 110 CP to achieve includes restitution, reparation for damage and compensation for material and moral damages; 5º) the length of the claim will foreseeably be long.

KEY WORDS: Interests; Consumers; Criminal Procedure.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La delimitación de la acción civil. 2.1. La concepción restrictiva. 2.2. Argumentos a favor de una interpretación amplia. 3. Las medidas cautelares. Referencias.

1. Introducción

Vivimos en un mundo en constante transformación, donde las estructuras sociales, políticas y jurídicas heredadas de la modernidad están siendo sometidas a importantes cambios producidos por transformaciones de índole geoestratégica, tecnológica, cultural e ideológica que indudablemente irrumpen en nuestro quehacer diario, desde la forma en la que contratamos productos y servicios, hasta en la que nos relacionamos personalmente. Tales mutaciones están obligando al Derecho a tener que adaptarse adecuadamente a dichos cambios; como así lo viene haciendo, por ejemplo, el Derecho penal sustantivo ante la aparición de nuevos fenómenos delincuenciales que acrecen en este contexto —como el terrorismo global y sus nuevas formas operativas (ciberterrorismo o el bioterrorismo) o el crimen organizado transnacional que aprovecha las oportunidades propiciadas por la globalización—, con notable incidencia en la configuración de la política criminal que se ha visto en la necesidad de modificar, incrementar y anticipar la respuesta punitiva del Estado³.

³ Han sido paradigmáticas las transformaciones del Código penal en esta materia. Primero con la introducción de los nuevos delitos de organización y grupo criminal (arts. 570 bis y ss.), así como los de organización y grupo terrorista (arts. 571 y ss.), todo ello por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el Código Penal. Seguido posteriormente por las modificaciones en tal materia operadas por la LO 1/2015, de 30

Así, a modo de ejemplo, valga citar la introducción de los delitos de “adiestramiento pasivo” y de “auto adoctrinamiento” recogidos respectivamente en los ap.1ª y ap. 2ª del art. 575 CP⁴ como evidencias de la continua mutación de la realidad criminal y que, en este caso, vino acompañada en el plano procesal por la LO13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

El análisis de los factores que han propiciado la ampliación del Derecho penal, a través de un Derecho penal anticipatorio que también se irradia a otras nuevas formas delictivas surgidas en la posmodernidad, fueron abordados en España por SILVA SÁNCHEZ quien calificó tal proceso, en expresión que ha hecho fortuna, como *expansión del derecho penal*⁵. De este modo, especialmente en los últimos dos decenios, el Derecho penal español ha desbordado sus tradicionales predios, asumiendo a su vez modos de tipificación propios de otras disciplinas, como entre otros ejemplos (infracciones de peligro presunto, empleo de presunciones, uso de remisiones extrasistemáticas) se pone de manifiesto, paradigmáticamente, con la configuración penal de la responsabilidad de las personas jurídicas, reservada hasta el año 2010 al Derecho administrativo-sancionador, cuando mediante la LO 5/2010 se introduce el castigo penal del ente en el CP⁶. Todo ello pone de manifiesto cómo, por distintas necesidades político-criminales, la disciplina material del Derecho penal ha ido incorporando técnicas del derecho administrativo —*administrativización* del Derecho Penal⁷— pero también del derecho mercantil

de marzo, y significativamente en materia antiterrorista por LO 2/2015, también de 30 de marzo, que entre otras novedades introduce el delito de *autoadoctrinamiento* ex., art. 575.2. Vid., nota siguiente.

⁴ Ambos tienen su origen político-criminal en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Naciones Unidas, por lo que también es recogido en otras legislaciones penales como la alemana. Vid., al respecto, la comparación y crítica entre la configuración alemana y española, en PETZSCHE, A/CANCIO MELIÁ, M., “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, en LENNON, G /KING, C/MCCARTNEY, C (Eds), *Counterterrorism, Constitutionalism, and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker*, Ed. Hart. Basingstoke, (Reino Unido), 2018, pp. 151-166, p. 157.

⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 150 y ss.

⁶ Para una amplia y detallada aproximación sobre el desarrollo y debate en esta materia suscitado en España, me remito a la obra especialmente pensada para el lector italiano de CARPIO BRIZ, D.I., “Il cammino spagnolo per l'imputazione della responsabilità da reato alle persone giuridiche. Un esercizio comparativo con il sistema italiano”, en *Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola*, Dirs. LUPARIA, L/MARAFIOTI, L/PAOLOZZ, G. Ed. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61-100

⁷ Tal y como ha descrito DONINI, junto al idealizado Derecho penal nuclear y al tradicional Derecho administrativo sancionador, acontece un expansivo Derecho penal complementario, un Derecho penal administrativo y un Derecho administrativo penalizado a partir de su incorporación formal al Código penal En

—*mercantilización* del Derecho Penal— especialmente en el Derecho penal de empresa⁸. Consecuencia de ello es un mayor contacto entre los distintos sectores del ordenamiento jurídico que no se encuentran, en muchas ocasiones debidamente coordinados.

En este ámbito, el del Derecho privado, ya sea mercantil o civil, debe tenerse en cuenta que las relaciones jurídicas se han vuelto por sí mismas más complejas. De hecho no es infrecuente encontrar contratos en los que intervienen más de dos partes, por ejemplo, los denominados contratos vinculados o el uso de condiciones generales de la contratación que pueden afectar a una colectividad indeterminada de sujetos. Todas estas relaciones ya de por sí complejas en su ámbito originario, se trasladan al proceso penal español⁹, cuya decimonónica regulación (la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal)¹⁰ no está preparada para poder recibir muchas de las particularidades que estas relaciones jurídicas comportan. En este orden de ideas, plantearemos cómo nuestros tribunales han tenido que resolver distintas controversias, a las que nos referiremos más adelante, interpretando, sino creando Derecho donde se carecía de una regulación procesal concreta.

El consumidor y las relaciones de consumo, entendidas aquí como dos facetas de una misma realidad —sujeto y objeto— no son ajenas al fenómeno de expansión del Derecho penal antes señalado. El Código penal español regula específicamente algunos delitos en los que se incluye como elemento del tipo “la afectación de los intereses de los consumidores”. En particular, me estoy refiriendo a los delitos tipificados en la Sección 3ª, del Capítulo XI, del Título XIII, que lleva por título “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores” y, en concreto, a los artículos, 281 a 283 CP donde se contiene:

- El delito de publicidad engañosa consistente en ofertar o publicitar productos o servicios por medio de alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas sobre

general, DONINI, M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La Democrazia penale tra difference e sussidiarietà*, Ed. Giuffrè, Milán, 2004, especialmente, pp. 97-139

⁸ CARPIO BRIZ, D. I., “Concepto y contexto del Derecho Penal Económico”, en *Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2020.

⁹⁹ A título ejemplificativo, ver los trabajos de GASCÓN INCHAUSTI, F., “La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal”, en *Protección penal de los consumidores y usuarios*, CGPJ – Manuales de Formación Continuada, 2001, pp. 13 a 67; DE LUIS GARCÍA, E., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal”, *InDret*, 4/2018.

¹⁰ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. BOE núm. 260, de 17/09/1882.

los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores¹¹.

- El delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad¹².

- El delito fraude de inversiones consistente en falsear la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión o en la información que la sociedad emisora debe difundir, con la finalidad de captar inversores¹³.

- Facturación indebida mediante aparatos automáticos¹⁴.

En la experiencia judicial española encontramos ejemplos muy notables de casos que pueden circunscribirse en el ámbito de alguno de los tipos descritos anteriormente. A estos efectos y sin ser exhaustivos cabe citar, respecto del fraude de inversiones, el denominado “Caso Bankia” vinculado a la salida a bolsa de las acciones de tal entidad bancaria. Bankia se creó en 2011 como una segregación del Banco Financiero y de Ahorros (BFA) que agrupaba una serie de cajas de ahorros que se habían fusionado como consecuencia de la necesidad de reestructuración bancaria que vivió España durante la crisis financiera global de 2008. El problema surge tras su salida a bolsa, al constatarse que los datos financieros que

¹¹ “Artículo 282. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos”.

¹² “Artículo 281 CP. 1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas”.

¹³ Artículo 282 bis. CP. “Los que, como administradores de hecho o de derecho de una sociedad emisora de valores negociados en los mercados de valores, falsearan la información económico-financiera contenida en los folletos de emisión de cualesquiera instrumentos financieros o las informaciones que la sociedad debe publicar y difundir conforme a la legislación del mercado de valores sobre sus recursos, actividades y negocios presentes y futuros, con el propósito de captar inversores o depositantes, colocar cualquier tipo de activo financiero, u obtener financiación por cualquier medio, serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 308 de este Código.

En el supuesto de que se llegue a obtener la inversión, el depósito, la colocación del activo o la financiación, con perjuicio para el inversor, depositante, adquirente de los activos financieros o acreedor, se impondrá la pena en la mitad superior. Si el perjuicio causado fuera de notoria gravedad, la pena a imponer será de uno a seis años de prisión y multa de seis a doce meses.”

¹⁴ Artículo 283 CP. “Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.”

se habían consignado y publicitado no eran ajustados a la realidad. La consecuencia fue, entre otras, un desplome de las acciones, afectando a todos aquellos inversores que las habían suscrito confiando en la solvencia de la entidad.

Un segundo bloque de casos está constituido por aquellos delitos de naturaleza patrimonial pero de carácter individual que sin embargo también afectan a una gran cantidad de consumidores u usuarios que han adquirido bienes o servicios en el marco de una relación fraudulenta. Se trata, especialmente, de los delitos de estafa, administración fraudulenta, apropiación indebida o insolvencias punibles. Un supuesto representativo de este segundo grupo de casos ha sido el denominado “Caso Idental”, tramitado actualmente ante el Juzgado Central de Instrucción nº 5 y que ha cobrado una notable repercusión mediática. Según en distintas resoluciones consultadas, las clínicas dentales Idental ofertaban tratamientos odontológicos a un sector de la población con ingresos bajos o medios a los que convencerían a través de estrategias de *marketing* agresivas y con el ofrecimiento de importantes descuentos, para que contrataran la realización de tratamientos odontológicos subvencionados. Dichas subvenciones se trataban en realidad de contratos de financiación que se concertaban con distintas entidades financieras que, tras la firma del contrato, transferían el importe del préstamo a Idental. Paralelamente, los pacientes empezaban a pagar las cuotas de los préstamos a las entidades financieras. No obstante, “*en miles de casos y de modo casi generalizado el tratamiento dental contratado y vinculado al crédito al consumo no se cumplió. O se cumplió en una mínima parte, dando excusas al paciente para no tratarle o demorar el tratamiento. O se produjeron resultados lesivos para la salud de las personas*”¹⁵.

Otro asunto que se encuentra actualmente *sub iudice*, aunque se incoó en 2012, es el conocido como “Caso Nueva Rumasa” o “de los pagarés de Nueva Rumasa” en el que, de acuerdo con los datos que constan en el auto de apertura del juicio oral de 28 de abril de 2017, dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 5, como estrategia para captar fondos procedentes de pequeños inversores particulares, se emitieron desde la entidad empresarial una serie de pagarés que se publicitaron también de una forma muy agresiva y ofreciendo un tipo de interés muy por encima del tipo medio de mercado. De acuerdo con el folleto, los fondos se destinarían a adquirir un porcentaje importante de una empresa agroalimentaria.

¹⁵ Auto JCI, nº 5, de 5 de febrero de 2019.

No obstante, según señala el auto citado, el objetivo real era paliar la difícil situación económica que estaban viviendo algunas empresas del grupo Rumasa, así como para destino personal de algunos miembros directivos de las empresas pertenecientes muchos de ellos a la familia Ruiz-Mateos. Este caso presenta la particularidad de que, si bien el juicio oral se abrió únicamente respecto de delitos de estafa, alzamiento de bienes, blanqueo de capitales y contra la hacienda pública, se ha discutido si los hechos podían circunscribirse en el ámbito del delito de publicidad engañosa¹⁶.

Finalmente, puede señalarse un tercer grupo de casos en los que existe una afectación a bienes jurídicos personalísimos, como la vida o la integridad física, derivados de la adquisición por parte de los consumidores de bienes tales como alimentos o medicamentos que tras su ingestión provocaron graves daños en la salud de los consumidores. Hasta el momento, el ejemplo más destacado en la historia judicial española es el conocido como “caso del aceite de colza”. Se trató de una intoxicación masiva como consecuencia de la ingestión de un aceite de colza de uso industrial no apto para el consumo humano y que fue vendido de forma ambulante en distintos barrios populares de algunas regiones de España durante el año 1981. Hubieron más de 20.000 afectados y centenares de fallecidos de forma directa y otros que presentaron secuelas irreversibles en su salud¹⁷.

Como puede observarse todos los señalados, pese a tratarse de delitos de distinta naturaleza tienen en común que afectan a “los intereses de los consumidores”, entendido este concepto aquí en un sentido amplio. En algunos casos como en los delitos de estafa o en los delitos derivados de fraudes alimentarios, existe una afectación a un bien jurídico individual de un consumidor en concreto, esto es, el patrimonio o la vida o integridad física del consumidor. En otros supuestos, en aquellos que protegen un bien jurídico supraindividual, como en el caso del delito de publicidad engañosa o el fraude de valores, el consumidor podría tener la consideración de perjudicado o incluso de ofendido por el delito si se presentan de forma concurrencial con otros delitos que protegen bienes jurídicos individuales.

¹⁶ Ver SANTANA VEGA, D. M^a., “El delito de publicidad engañosa en el caso Nueva Rumasa”, en *Fraude a consumidores y derecho penal*, dirigido por CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 335 a 336.

¹⁷ Para un estudio jurídico penal del caso ver CORCOY BIDASOLO, M., “Protección penal de la salud de los consumidores e imputación de homicidios y lesiones: El caso de la colza”, en *Fraude a consumidores y derecho penal*, dirigido por CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V., cit., pp. 485-533.

En este estudio nos planteamos, cómo proteger o defender adecuadamente los intereses de estos consumidores en un proceso penal que desde nuestro punto de vista presenta unas características particulares:

1º) En todos ellos existirá, o como mínimo potencialmente pudieran existir, un gran número de consumidores afectados —víctimas— por las consecuencias del delito a las que deberá otorgarse una tutela específica.

2º) Consecuencia de lo anterior es que también potencialmente pueden comparecer y personarse como parte miles de ciudadanos afectados. A estos efectos, debe tenerse presente que, en España, el ejercicio de la acción penal no se atribuye en exclusiva al Ministerio Fiscal sino que constitucionalmente se reconoce la posibilidad de los ciudadanos de participar activamente en el proceso penal. Consecuencia de ello es la admisión de la intervención de partes acusadoras privadas, ya sea en calidad de acusación particular o popular.

3º) A su vez, estos ciudadanos afectados por las consecuencias del delito pueden estar identificados o no.

4º) Más allá del objeto propiamente penal, debe recordarse que, en España, el proceso penal incorpora por defecto, también el ejercicio de la acción civil dirigida, de conformidad con el art. 110 CP a lograr la comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Como desarrollaremos más adelante, el objeto concreto de la acción civil dependerá del tipo de daño o perjuicio que se haya causado o incluso que se esté causando a las víctimas. Nos planteamos no solamente cuestiones vinculadas a una eventual indemnización económica vinculada al daño que se haya podido ocasionar, sino también otras vías de reparación de las víctimas, especialmente cuando existen relaciones contractuales que siguen produciendo efectos.

Prestar atención en la acción civil en los procesos con las características que estamos describiendo es especialmente relevante en cuanto, el consumidor-víctima de estos delitos muchas veces lo que persigue no es el objeto propio de la acción penal, esto es, el castigo de

los culpables, sino el objeto civil del proceso, esto es, ver reparados los daños que se le han causado y, en términos de eficiencia, de la forma más ágil y completa posible.

5º) La duración del proceso previsiblemente será larga

Ilustran las características que se acaban de señalar los datos extraídos de algunos de los casos a los que ya se ha hecho referencia con anterioridad. En el caso *Idental*, hoy aún en fase de instrucción, no están identificados la totalidad de los pacientes afectados ni mucho menos, en las resoluciones aún interlocutorias que se han podido consultar se utiliza el termino indeterminado, pero muy gráfico, de “miles de afectados”. El proceso penal se incoó en julio de 2018.

El “caso *Bankia*” incoado a mediados de 2012 se encuentra, en la fecha de redacción del presente trabajo, pendiente de sentencia, si bien el juicio oral concluyó en octubre de 2019 tras diez meses de sesiones.

En el antes citado caso “*Nueva Rumasa*, de acuerdo con el auto de apertura del juicio oral de 28 de abril de 2017, así como el auto de acomodación a los trámites del procedimiento abreviado de fecha 16 de enero de 2017, se han identificado como mínimo de 4110 personas afectadas, siendo los fondos captados de 337.337.450,60.-€. De estos sujetos 1409 presentaron denuncia, reclamando en total 171.000.000.-€ en concepto de responsabilidad civil.

Más allá de las cuestiones genéricas avanzadas en los párrafos anteriores, se plantean otras cuestiones de índole procesal de difícil respuesta con nuestra legislación actual aunque la jurisprudencia ha ido respondiendo a algunas de ellas de forma parcial. Entre estas cuestiones cabe citar, aunque sin ánimo de exhaustividad:

- La acumulación de acciones por conexidad.
- La determinación del órgano judicial competente.
- Cuestiones vinculadas a la legitimación, ya sea individual o colectiva y, en especial a la intervención de las víctimas y, su representación, en el proceso penal.
- El ejercicio de la acción civil, vinculado especialmente, a la legitimación antes señalada y resaltando especialmente cuestiones vinculadas a la delimitación de su objeto, ampliamente discutido a nivel doctrinal, más allá de las previsiones legales de los artículos

110 y siguientes CP. También debe valorarse la incidencia que el Derecho de la Unión Europea en materia de consumo, y especialmente a la jurisprudencia del TJUE que incide no solamente en el ámbito material, sino que también ha introducido importantes reglas procesales a las que se confiere naturaleza de orden público.

- Las medidas cautelares, presentando especiales singularidades las de naturaleza real y que adquieren una relevancia particular como mecanismo de protección a la víctima-consumidor.

- La prejudicialidad penal, especialmente en cuanto se refiere a la su reflejo en reclamaciones por la vía civil, ya sea

- de naturaleza extracontractual, pero especialmente cuando el conflicto con los consumidores-víctimas derive de una relación de naturaleza contractual. Del mismo modo, es relevante analizar la relación entre el proceso penal y un eventual proceso concursal.

- La eficacia de cosa juzgada de la sentencia y su extensión a procesos posteriores

Me centraré en el presente trabajo en dos de ellas, el objeto de la acción civil y muy vinculada a ella las medidas cautelares como mecanismo de tutela de los intereses de las víctimas-consumidores.

2. La delimitación de la acción civil

Como se ha señalado en el apartado anterior, si bien la condición de consumidor de una víctima de delito, especialmente, aunque no necesariamente, cuando el delito afecte a una colectividad de sujetos, puede tener relevancia en el proceso penal afectando a cuestiones de diversa índole, me centraré en primer lugar en la delimitación del objeto de la acción civil.

Como punto de partida, según se anunciaba, debe tenerse presente que, de conformidad con el art. 112 LECrim, salvo renuncia o reserva de acciones, la acción civil se ejercitará conjuntamente a la penal. No obstante, su delimitación no se realizará hasta que no se proceda por parte de la acusación a calificar provisionalmente los hechos, con el escrito de acusación. Ello comporta que, si bien durante la instrucción y siempre que no se haya realizado una manifestación en el sentido de renunciar o reservar acciones, la actividad que

se pratique también irá dirigida a determinar la responsabilidad civil. Ello permitirá entrever o determinar con una cierta provisionalidad el alcance de la acción civil, pero como se ha indicado su fijación, no se hará hasta el escrito de calificación provisional de la acusación, donde de conformidad con el art. 650 LECrim, el acusador privado y el Ministerio Fiscal en su caso, deberán presentar escrito de calificación en el se incorporarán conclusiones detalladas y numeradas sobre “[l]a cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida”.

La redacción del art. 650 LECrim, que refiere únicamente a la determinación de los daños y perjuicios y a la restitución de la “cosa”, difiere del art. 110 CP que establece que la responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. La alusión a la restitución debe de ser completada con las previsiones del art. 111 CP, entendiéndose, de igual modo que en el caso del art. 650 LECrim que hace referencia a la restitución —devolución— de un bien o de los bienes que hayan sido sustraídos como objeto de delito. Además, comprende también, de acuerdo con el art. 111 CP, la indemnización que corresponda por el menoscabo o los deterioros que haya podido sufrir¹⁸.

En cuando se refiere a la reparación del daño de acuerdo con el art. 112 CP ésta se corresponderá con una obligación de dar, hacer o no hacer delimitada por el órgano judicial, que podrá tener a su vez carácter personalísimo o podrá acordarse de que se ejecute a su costa. La falta de mención expresa en el texto del art. 650 LECrim, no plantea problemas en la doctrina que estima que las peticiones relativas a la restitución deben incorporarse obviamente en el escrito de calificación provisional pues de otro modo quedarían fuera del objeto del proceso¹⁹.

La cuestión aquí es determinar si existe cobertura legal para incorporar dentro del concepto de responsabilidad civil otro tipo de pretensiones de naturaleza civil, en especial

¹⁸ La relevancia de la restitución de los bienes como mecanismo de “reparación” del daño causado, entendido en sentido amplio, se pone de relevancia en el ámbito del derecho de la Unión Europea y, en concreto a través de la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre derechos, apoyo y protección de las víctimas de delitos que ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español fundamentalmente a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima de delito que a su vez reforma los arts. 284 y 334 LECrim. En este sentido ver ampliamente ARANGÜENA FANEGO, C., “Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales y penales de 2015”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, dirigido por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Atelier, Barcelona, 2016, pp. 177-195.

¹⁹ ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 341.

de carácter declarativo o constitutivo, como podrían ser acciones de cesación o la declaración de nulidad de contratos que puede tener una gran relevancia en los supuestos en los que el delito se haya producido en el ámbito de una relación contractual con un consumidor o que precisamente el contrato haya sido el instrumento del delito. Por ello, la doctrina se ha planteado si la acción civil y, en concreto la restitución comprende, no sólo la restitución material de bienes, sino también lo que algunos autores han denominado “restitución jurídica”²⁰ o las consecuencias jurídico-civiles del delito²¹. En una época en la que la víctima se configura como un sujeto que no ostenta un plano secundario en el proceso penal, es lógico preguntarse si la situación óptima para la víctima sería lograr una reparación que lograra en cierto modo borrar cualquier rastro del delito en el mismo proceso penal, sin necesidad de tener que recibir una reparación por sustitución o tener que acudir posteriormente a un proceso civil.

A efectos de ilustrar la situación puede volverse a algunos de los ejemplos antes invocados, la pregunta clave sería: ¿basta con que indemnice a los pacientes de Idental con un monto suficiente que les permita recuperar las cantidades pagadas al banco y eventualmente acabar de pagar las cantidades debidas a la entidad y, en su caso, el sobre coste que la terminación del tratamiento les haya podido causar?

Los créditos al consumo son, por su naturaleza, habitualmente de corta duración, de modo que lo más probable es que cuando el proceso finalice, las víctimas-consumidores, hayan acabado de pagar la totalidad de las cantidades debidas, pero ¿qué sucedería si han contraído una deuda a largo plazo?. Imagínense el ejemplo siguiente: Un grupo más o menos numeroso de consumidores que han comprado una vivienda en una promoción construida fuera de la normativa urbanística y debe ser demolida. Imagínense que la promotora es la misma entidad bancaria (o del grupo de empresas de la entidad) que en su momento les ofreció financiación hipotecaria con unas condiciones muy ventajosas ¿Deben seguir pagando los créditos o préstamos hipotecarios mientras se tramita el proceso e incluso tras sentencia? ¿y si se trata de un tercero? Si reciben una indemnización, cuando la reciban podrán probablemente amortizar el préstamo, pero ¿deben de ir adelantando el dinero

²⁰ JUAN SÁNCHEZ, R., “Alcance objetivo y subjetivo de la acción por responsabilidad civil en el proceso penal”, *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, nº 26, 2006, p. 6.

²¹ FONT SERRA, E., *La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 19 y ss.

mientras tanto? ¿debe subsistir la obligación más allá de la sentencia condenatoria penal? E incluso en el caso de los contratos de corta duración ¿se está protegiendo a la víctima adecuadamente si se permite que durante el proceso penal sigan pagando a un tercero? Estas cuestiones tienen repercusión, no sólo a nivel de determinar cuál es o cuál debe ser el objeto civil del proceso, sino también como veremos en el apartado siguiente, determinará la posibilidad de adoptar medidas cautelares de naturaleza civil a lo largo del proceso —y de la instrucción— y el contenido de las mismas.

Como señala JUAN SÁNCHEZ “No existe unanimidad en la doctrina, en cambio, sobre la posibilidad de que la pretensión civil acumulada pueda consistir en una petición de anulación o rescisión de actos y contratos, o de un reconocimiento de cualquier consecuencia jurídico-civil, que se derive del hecho punible. Es decir, el problema se centra en la admisión en el proceso penal de pretensiones civiles de naturaleza mero-declarativas o constitutiva”... Mayoritariamente la doctrina se pronuncia en contra de una interpretación extensiva del ámbito objetivo de la actuación civil de los tribunales penales que permita la inclusión de este tipo de pretensiones. La jurisprudencia, en cambio, engloba en el concepto de la restitución la nulidad de los negocios o actos fraudulentos en el caso de determinados delitos, lo que de hecho conlleva una ampliación de la competencia civil de los tribunales penales”²². Se trata en definitiva de determinar, en palabras muy gráficas de este mismo autor si no hallamos en un proceso civil “dentro” de un proceso penal o bien ante una acción civil “ex delicto”²³.

Sobre la cuestión tratada pueden identificarse en la doctrina dos posiciones contrapuestas; una concepción restrictiva que delimita el objeto de la restitución a la mera restitución física y otra concepción que aboga por un concepto amplio.

2.1. La concepción restrictiva

El posicionamiento restrictivo sobre la cuestión analizada se funda en varios argumentos:

²² JUAN SÁNCHEZ, R., “Alcance objetivo y subjetivo de la acción por responsabilidad civil en el proceso penal”, cit., p. 6.

²³ JUAN SÁNCHEZ, R., “Proceso penal y litigios masa: análisis de la acción civil “ex delicto” para la satisfacción de intereses o derecho individuales plurales y conexos”, en *Litigiosidad massiva y eficiencia de la justicia civil*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 214-216.

a) La literalidad del art. 650 LECrim.

Este precepto que determina el contenido del escrito de calificación, respecto de la responsabilidad civil señala que el escrito de acusación incluirá: la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados por el delito o la cosa que haya de ser restituida. És decir, limita aquello que se puede solicitar en el escrito de acusación, identificándolo o bien en la solicitud que se acuerde el pago de una suma económica o bien en la restitución de la cosa, entendiéndose como tal a un objeto físico.

b) La previsión específica en el Código Penal de determinadas consecuencias civiles para algunos delitos.

La regulación de algunos tipos en el Código Penal prevé la posibilidad que la acción civil tenga un objeto distinto. De este modo, la previsión específica en supuestos concretos excluiría una posibilidad genérica para aquellos otros no contemplados expresamente. Este es el caso, por ejemplo, de los delitos contra la libertad sexual. El art. 213 CP prevé expresamente que junto con la responsabilidad civil, el juez deberá pronunciarse en su caso, sobre la filiación y fijación de alimentos a favor del hijo.

En cuanto se refiere a los delitos de injurias y calumnias, el art. 216 CP reconoce expresamente como objeto de la responsabilidad civil, la obligación de publicar o divulgar la sentencia condenatoria a costa del condenado.

Por otro lado, estimo que también tienen naturaleza civil disposiciones como la prevista en el art. 270.3 CP en el ámbito de la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual que determina que el juez en sentencia podrá ordenar la retirada de obras o prestaciones objeto de la infracción y en el caso que la infracción se produzca a través de internet o servicio de la sociedad de la información ordenará la interrupción de la prestación del mismo, pudiéndose adoptar en su caso cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual. Del mismo modo, cuando exista reiteración de la conducta y la medida resulta proporcionada, eficiente y eficaz podrá llegarse a ordenar el bloqueo del acceso correspondiente.

Paralelamente, el art. 272 CP prevé expresamente que la extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual, tipificados en los arts. 270 y 271 se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, igual

que en el supuesto de los delitos de calumnias e injurias se establece expresamente, en el mismo precepto en el que se delimitan los límites de la responsabilidad civil, la posibilidad de ordenar la publicación de la sentencia condenatoria en un periódico oficial a costa del infractor.

No existe, en cambio, previsión análoga respecto de los delitos contra la propiedad industrial, más allá de la previsión aplicable respecto de todos los delitos regulados en el Capítulo XI del libro II, relativo a los delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores. En este sentido, el art. 288 prevé la posibilidad que el juez acuerde la publicación de la sentencia en periódicos oficiales y en cualquier otro medio informativo a costa de los condenados.

c) Incremento de la complejidad del proceso penal

La ampliación del objeto de la acción civil daría lugar a la configuración de un objeto más complejo tanto cuantitativamente como cualitativamente. Ello se traduciría, a mi modo de ver en dos consecuencias: una mayor dificultad de gestión que, a su vez comportaría, una mayor duración del proceso en el tiempo y, por lo tanto, mayores dilaciones.

Junto con los anteriores argumentos que fundamentan una posición restrictiva, deben de tenerse también en cuenta argumentos a favor de tramitar este tipo de pretensiones a través de un proceso civil independiente. Así, a favor de la vía civil deberían citarse tres argumentos adicionales:

- La especialización de los tribunales civiles que dispondrían de mayor experiencia y especialidad para tratar este tipo de pretensiones.
- La especialización del proceso civil y vinculado a ello, especialmente, la existencia de un objeto claro y concreto desde la fase inicial de alegaciones.
- La facilidad probatoria derivada del efecto prejudicial de la cosa juzgada de la sentencia penal, respecto de la existencia de los hechos probados.

2.2. Argumentos a favor de una interpretación amplia

a) La existencia de una expresa previsión legal en el ámbito civil

De este modo señala CÁMARA RUIZ, que el propio Código Civil prevé la nulidad de aquellos negocios jurídicos que se hayan realizado mediando delito. Este sería el caso de

las previsiones de los arts. 1265 y 1275 CC²⁴. No obstante, obsérvese que si bien este argumento justifica la nulidad de dichos negocios jurídicos, no justifica por si mismo, a mi modo de ver, que ello deba de declararse en el proceso penal.

b) La obtención de una solución unitaria y de conjunto en términos de eficiencia y justicia material.

Junto con los anteriores, deberían tenerse en cuenta los argumentos que pueden esgrimirse en contra de la vía civil. Estos son, en primer lugar, el coste y, en segundo lugar, la dilación.

Así, en la medida que el proceso civil no podrá tramitarse hasta que se haya dictado sentencia en el proceso penal, ello puede comportar la necesidad de comparecer e intervenir tanto en el primero como en el segundo, incrementándose los costes vinculados a la necesidad de intervenir en ambos procesos debidamente asistido por abogado y representado por procurador, sin perjuicio, de los costes que puedan ir aparejados a la necesidad de aportar prueba pericial, otros gastos o incluso el sistema de condena en costas que rige en la vía civil.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el factor tiempo. El proceso civil, no podrá tramitarse, conforme con el art. 111 LECrim hasta que haya finalizado el proceso penal por sentencia firme. Ello comporta, a parte del tiempo necesario para que devenga firme la sentencia penal, también la necesidad dar curso a un proceso civil con todas sus instancias y recursos admisibles. No obstante, este argumento, tiene que relativizarse puesto que si bien el tenor literal del precepto es claro el Tribunal Supremo ha matizado su interpretación permitiendo el ejercicio acciones civiles a través de la jurisdicción civil de forma paralela en casos de fraudes a consumidores. Este es el supuesto de al STS 92/2016 (Sala 1ª), de 3 de febrero de 2016, dictada en el ámbito de un caso en el que se solicitaba la declaración de nulidad de la suscripción de acciones de la entidad Bankia. En esta ocasión el Tribunal Supremo con cita de resoluciones anteriores y, en especial de la STS 596/2007 (Sala 1ª) de 30 de mayo, indica que “[...] cuando se pretende obtener la suspensión [por prejudicialidad penal], para que pueda prosperar es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil (A. 24 nov. 1998), pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos

²⁴ CAMARA RUIZ, J. “La responsabilidad civil derivada de delito”, cit., p 7.

de los elementos de convicción traídos al proceso civil (S. 10 mayo 1985)". De este modo, el tribunal civil estará vinculado por la declaración de inexistencia de unos hechos efectuada en una sentencia penal, pero si no hay discusión sobre la existencia de los hechos (como sucedía en el caso enjuiciado) sino que se trata de una cuestión de valoración de los mismos, en la medida que los parámetros de valoración de la jurisdicción civil y penal son distintos, ambas pueden pronunciarse de forma paralela. Se estima, además, que esta doctrina jurisprudencial tiene cobertura constitucional de conformidad con lo establecido por la STC 192/2009, de 28 de septiembre que avala la constitucionalidad de dos pronunciamientos jurisdiccionales que se pronuncian de forma contradictoria sobre unos mismos hechos²⁵.

Como puede observarse, existe un factor negativo común que se ha citado, aunque con un origen y configuración distinta, dentro de los argumentos que apoyan tanto una concepción restrictiva como amplia. Se trata del elemento tiempo que se materializa en forma de dilaciones; largos periodos de tiempo en los que los ofendidos y perjudicados por el delito deben esperar para obtener la tutela pretendida con los perjuicios, más o menos relevantes según el caso, que ello les pueda comportar. La dilación perjudica asimismo al acusado cuya situación jurídica incierta se prolonga en el tiempo a lo largo de sucesivos — e incluso indeterminados— procesos. Se trata de un elemento que exige replantear necesariamente el planteamiento del proceso penal, en muchos aspectos distintos, pero al margen de ello, pone de relevancia la importancia de los mecanismos de los que dispone el ordenamiento jurídico procesal para afrontar los riesgos o mitigar las consecuencias de la larga duración de los procesos.

El mecanismo básico del que dispone el ordenamiento jurídico son las medidas cautelares que cobran aquí una relevancia vital.

3. Las medidas cautelares

²⁵ «Este Tribunal ha reiterado que la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios (por todas, STC 60/2008, de 26 de mayo , F. 9). Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas (por todas, STC 109/2008, de 22 de septiembre , F. 3)»

El punto de partida para definir el sistema cautelar en el ámbito del proceso penal, lo determina el objeto del proceso en cuanto instrumentales al mismo. Según se ha indicado, de acuerdo con el art. 100 LECrim, el proceso penal incorpora, tanto la acción penal que tiene carácter necesario, como la acción civil derivada del delito, en este último caso de naturaleza contingente.

Este doble objeto del proceso, penal y civil, condiciona, en parte, que puedan adoptarse en su seno tanto medidas cautelares, dirigidas a asegurar la efectividad de la acción penal, como de naturaleza civil, dirigidas éstas a asegurar la responsabilidad civil derivada del proceso penal, que comprende, de conformidad con el art. 110 CP tanto la restitución, como la reparación del daño, como la indemnización de los daños materiales y morales ocasionados.

Sin embargo, la identificación de las medidas adoptables y la delimitación de su procedimiento de adopción se muestra una tarea más complicada si tenemos en cuenta que a falta de un desarrollo específico del régimen de adopción de estas medidas cautelares en el ámbito del proceso penal. En el ordenamiento jurídico procesal penal español no existe un régimen cautelar unificado y definido por una teoría general de las medidas cautelares que permita determinar los caracteres configuradores de esta institución, así como su finalidad y presupuestos de adopción²⁶. Esta carencia, la irregular sistemática de las medidas cautelares en la LECrim, la regulación de medidas cautelares en otros textos normativos, como el Código Penal y, en su caso, la remisión a la LEC y la ampliación a lo largo de los años del catálogo de medidas cautelares tanto civiles como penales, dificultan la tarea y la propia definición de medida cautelar penal²⁷, así como la determinación del ámbito y régimen aplicable a las medidas cautelares de naturaleza civil.

²⁶ En la doctrina ha habido, no obstante, a lo largo de los años, tras constatar la citada deficiencia, distintos intentos de sistematizar una teoría general de las medidas cautelares o como mínimo de identificar los principales caracteres definidores de las mismas y sus presupuestos de adopción. Entre ellos, ORTELLS RAMOS, M. “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 5, 1978, pp. 438 a 489; MÁLAGA DIÉGUEZ, F., “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, nº 1-2, 2002, pp. 111-263; PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

²⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., pone de manifiesto la dificultad de proceder en la actualidad a realizar dicha definición como consecuencia de las diferentes finalidades que persiguen las distintas medidas cautelares penales (en “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”, en *El procedimiento concursal en toda su extensión*, op. cit., p. 337; también en “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuente”, *Diario La Ley*, nº 8169, 2013, versión online).

Efectuadas las anteriores consideraciones de carácter general, me centraré, en consonancia con lo desarrollado en el apartado anterior, en las denominadas medidas cautelares “reales”, “patrimoniales” o “civiles”²⁸.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal, regula de forma bastante escueta las medidas cautelares de naturaleza civil. La regulación la encontramos fundamentalmente en los artículos 589 y siguientes, en el ámbito del juicio ordinario, que regula embargos y fianzas y, por lo tanto, se dirige exclusivamente a asegurar las responsabilidades pecuniarias del proceso, pero en cambio, no eventuales pretensiones restitutivas o reparativas, en términos del art. 110 CP y mucho menos las pretensiones de naturaleza constitutiva o declarativa a las que hemos hecho referencia en el apartado anterior.

Así, de conformidad con el art. 589 LECrim, “Cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no prestare la fianza”. Los preceptos sucesivos, regulan fundamentalmente los modos de constitución de la fianza y de practicar los embargos.

En el ámbito del juicio abreviado, la redacción del art. 764.1 LECrim es algo más amplia, en cuanto prevé que “Juez o Tribunal podrá adoptar medidas cautelares para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, incluidas las costas”. De este modo, puede observarse como si bien, el texto legal deja abierto el elenco de medidas cautelares a adoptar refiriéndose al fin perseguido, cuando se observa esta segunda premisa, puede verse como se refiere únicamente al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias del proceso, de modo que se incluye, tanto una eventual indemnización por daños y perjuicios que sería propia de la acción civil, así como una pena de multa e incluso las costas procesales.

Como puede observarse la referencia genérica a medidas cautelares se reserva para aquéllas dirigidas a “satisfacer las responsabilidades pecuniarias del proceso”.

Al margen de las mismas, la regulación en la LECrim pueden hallarse algunas referencias puntuales a actuaciones que podríamos identificar como medidas cautelares pero sin que reciban tal denominación genérica. Este es el supuesto, por ejemplo, del depósito

²⁸ Sobre la terminología ver PEDRAZ PENALVA, E., *Medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivum, Madrid, 1985, pp. 57 y ss.

previsto en el art. 334 LECrim en relación con los efectos de delito y, en especial, los que pertenezcan a la víctima, aunque no existe una regulación general de esta medida cautelar.

Junto con lo anterior, el Código Penal prevé expresamente la adopción de medidas cautelares específicas vinculadas a tipos delictivos para los que, según se ha señalado en el apartado anterior, existen disposiciones específicas en materia de responsabilidad civil. Este es el caso del art. 270.3 CP en el ámbito de la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual donde se prevé expresamente que el juez penal pueda adoptar cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de propiedad intelectual. Esta previsión, sin embargo, no la hallamos en todos los supuestos en los que el Código Penal regula previsiones específicas relativas a la responsabilidad civil, pero en los que puede ser necesaria o evidente una tutela de carácter cautelar durante la tramitación del proceso penal.

Con lo anterior introducimos una cuestión que en este momento de la exposición resulta una obviedad, esto es, la necesidad de adoptar medidas cautelares distintas, de naturaleza también civil, que sean idóneas para asegurar la pretensión civil, pues los embargos y fianzas no cumplirán siempre esta relación de idoneidad o de utilidad²⁹.

En el ámbito del proceso ordinario, el art. 614 LECrim. ubicado sistemáticamente en el mismo título IX que encabeza el ya citado art. 589 LECrim., prevé que “[e]n todo lo que no esté previsto en este título, los Jueces y Tribunales aplicarán lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos”. Asimismo, el art. 764.2 LECrim., tras establecer la posibilidad de adoptar medidas cautelares para asegurar las responsabilidades pecuniarias del proceso, establece en su apartado segundo, que “[a] estos efectos se aplicarán las normas sobre contenido, presupuestos y caución sustitutoria de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. La prestación de las cauciones que se acuerden se hará en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil [...]”. Como puede observarse, existe en ambos casos una remisión a la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero esta remisión es parcial, sin que dé entera cobertura a la posibilidad de adoptar cualquier otra medida cautelar distinta a las citadas anteriormente.

²⁹ En relación con los caracteres de las medidas cautelares civiles ver por todos ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Wolters Kluwer, Madrid, 2000; PÉREZ DAUDÍ, V., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2013.

Es por ello, que tanto la doctrina como la jurisprudencia han buscado la habilitación legal básicamente a través de dos vías o argumentos³⁰. En primer lugar, podría admitirse la aplicación supletoria de las disposiciones sobre medidas cautelares de la Ley de Enjuiciamiento Civil con base al art. 4 LEC que determina la aplicación supletoria de la propia LEC al ámbito penal cuando no existan disposiciones específicas³¹. Ello comportaría la aplicación de los arts. 721 LEC y siguientes que regulan las medidas cautelares y, en especial, el art. 727 LEC, que incluye un catálogo de las medidas cautelares adoptables, siendo especialmente relevante el apartado 11º, que funciona a modo de cajón de sastre y permite acordar “[a]quellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”. Es decir, en el ámbito del proceso civil y, por extensión, en el del proceso penal, podrán adoptarse aquellas medidas cautelares que sean idóneas para asegurar la tutela civil que se pretende o que pueda pretenderse.

A estos efectos, no debe olvidarse, como indicaba párrafos más arriba, que en el ámbito del proceso penal durante la instrucción el ejercicio de la acción civil es solo hipotético y puede delimitarse sólo provisionalmente. Cabe recordar, además, que las víctimas, pueden renunciar o reservarse el ejercicio de las acciones civiles para un proceso posterior³², pero también, que el objeto civil del proceso penal no se fijará con una cierta precisión hasta el escrito de calificación provisional de la acusación, una vez ya cerrada la instrucción. Esta última observación es especialmente relevante si tenemos presente que uno de los principales caracteres definidores de las medidas cautelares es su instrumentalidad, vinculado necesariamente a la idoneidad. Estos caracteres, si no existe un fundamento mínimo para creer que posteriormente en la fase intermedia la acusación ejercitará acciones civiles con

³⁰ En este sentido ver mis trabajos “La adopción de medidas cautelares al amparo del art. 13 LECrim: ¿Una sobredimensión de la habilitación legal?”, en *Justicia: ¿Garantías “versus” eficiencia?*, coordinado por NADAL LLOPIS, P. y DE LUIS GARCÍA, E. y dirigido por JIMÉNEZ CONDE, F., y BELLIDO PENADÉS, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 796 a 802; “Protección del consumidor, contratos vinculados y la adopción de medidas cautelares en el proceso penal. A propósito del auto del JCI nº 5, de 5 de febrero de 2019 (Caso Idental), en prensa.

³¹ Artículo 4 Carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Civil. “En defecto de disposiciones en las leyes que regulan los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares, serán de aplicación, a todos ellos, los preceptos de la presente Ley”.

³² Sobre este particular ver PÉREZ DAUDÍ, V., “Medidas cautelares civiles en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, nº 28, 2012.

un objeto homogêneo, decaerían, de modo que se admitiría la adopción de medidas cautelares sin instrumentalidad, quedando como fundamento único el otorgar una protección inmediata y provisional a la víctima.

La otra vía que se ha utilizado, especialmente por parte de la jurisprudencia, para justificar la adopción de medidas cautelares civiles indeterminadas en el ámbito del proceso penal es el art. 13 LECrim que regula las denominadas “primeras diligencias”. Conforme con este precepto, “[s]e consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley”. En este sentido, sería posible por medio de una interpretación amplia del precepto, adoptar cualquier medida que vaya dirigida a proteger a las víctimas, ya sea a su persona o a su patrimonio. Con ello se cumple el objetivo de potenciar la figura y protección de la víctima en el proceso. No obstante, la aplicación de este precepto como fundamento único de la adopción de medidas cautelares indeterminadas, plantea cuestiones procedimentales y dudas de afectación de derechos fundamentales, especialmente de los investigados e incluso de terceros³³. Como puede observarse de la lectura del precepto, la adopción de estas medidas está delimitada temporalmente, pues refiere a las primeras diligencias, con lo que no confiere cobertura legal para aquellos supuestos, como suele suceder en la jurisprudencia, en los que las medidas se adoptan en un estadio más avanzado de la instrucción o incluso, al concluirse la misma. Además, no existe remisión alguna al procedimiento a seguir para su adopción, de modo, que nos encontramos ante el mismo problema antes señalado, la necesidad de gozar de una mayor cobertura legal o una regulación más precisa. Ello va vinculado necesariamente a la última cuestión señalada que es la relativa a la afectación de derechos fundamentales. En este sentido, no debe perderse de vista que cualquier medida que se adopte al amparo del art. 13 LECrim, de igual modo que cualquier otra actuación procesal, deberá de hacerse de conformidad con las exigencias del art. 24 CE y, en especial,

³³ Esta problemática ya fue planteada en su momento por PEDRAZ PENALVA, E., *Medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, cit., p. 164.

respecto de la audiencia y la contradicción. Las anteriores valoraciones deben además, realizarse teniendo en cuenta, la jurisprudencia del TJUE en materia de consumo, desarrollada especialmente a partir de 2013, y que ha introducido —o creado— auténticas especialidades procesales hasta el punto que hay quien habla de un “derecho procesal del consumo”, que incluyen la posibilidad, en algunos casos, de adoptar medidas cautelares de oficio.

En este sentido, plantea por ejemplo grandes dudas el auto del JCI nº 5, de 5 de febrero de 2019, adoptado en el caso *Idental*, ratificado por el auto del mismo juzgado de 13 de febrero de 2019 por el que se adopta, entre otras la medida cautelar de “suspensión de las reclamaciones judiciales y extrajudiciales que se hayan formulado por las entidades financieras que hayan suscrito contratos de crédito vinculados a tratamientos odontológicos...” Como puede observarse, el sujeto de la medida cautelar son “las entidades financieras que hayan suscrito contratos” sin que se identifique a las mismas con precisión, sin que éstas fueran parte en el proceso, sin que se les concediera derecho previo de audiencia y sin que se justifique la urgencia y necesidad de adoptar dichas medidas sin audiencia previa, que es el único supuesto en el que el Tribunal Constitucional Español permite lo que se denomina “audiencia diferida”, que aunque con carácter posterior, debe darse en todo caso.

Este ejemplo, ubicado en uno de los distintos casos que se han referenciado a lo largo de este trabajo sirve para ilustrar tanto la actualidad del tema como la necesidad de darle un adecuado tratamiento que conjugue de la manera más eficiente posible todos los intereses contrapuestos.

REFERENCIAS

- ARANGÜENA FANEGO, C., “Protección y reparación de la víctima tras las reformas procesales y penales de 2015”, en *El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015*, dirigido por ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J., Atelier, Barcelona, 2016, pp. 177-195.
- ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

- CARPIO BRIZ, D. I., “Concepto y contexto del Derecho Penal Económico”, en Manual de Derecho Penal Económico y de la Empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª ed., 2020.
- _____, “Il cammino spagnolo per l’imputazione della responsabilità da reato alle persone giuridiche. Un esercizio comparativo con il sistema italiano”, en Dirs. LUPARIA, L/MARAFIOTI, L/PAOLOZZ, G. Diritti fondamentali e processo all'ente. L'accertamento della responsabilità d'impresa nella giustizia penale italiana e spagnola. Ed. Giappichelli Editore, Torino, 2018, pp. 61-100
- CORCOY BIDASOLO, M., “Protección penal de la salud de los consumidores e imputación de homicidios y lesiones: El caso de la colza”, en Fraude a consumidores y derecho penal, dirigido por CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V., cit., pp. 485-533.
- DONINI, M., Il volto attuale dell’illecito penale. La Democrazia penale tra difference e sussidiarietà, Ed. Giuffrè, Milán, 2004.
- FONT SERRA, E., La acción civil en el proceso penal. Su tratamiento procesal, La Ley, Madrid, 1991.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., “La tutela de los consumidores y usuarios a través del proceso penal”, en Protección penal de los consumidores y usuarios, CGPJ – Manuales de Formación Continuada, 2001, pp. 13 a 67; DE LUIS GARCÍA, E., “Tutela de los intereses colectivos y difusos en el proceso penal”, InDret, 4/2018.
- JUAN SÁNCHEZ, R., “Alcance objetivo y subjetivo de la acción por responsabilidad civil en el proceso penal”, La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, nº 26, 2006.
- JUAN SÁNCHEZ, R., “Proceso penal y litigios masa: análisis de la acción civil “ex delicto” para la satisfacción de intereses o derecho individuales plurales y conexos”, en Litigiosidad massiva y eficiència de la justicia civil, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- MÁLAGA DIÉGUEZ, F., “El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal”, Justicia: Revista de Derecho Procesal, nº 1-2, 2002, pp. 111-263.
- MALLANDRICH MIRET, N., “La adopción de medidas cautelares al amparo del art. 13 LECrim: ¿Una sobredimensión de la habilitación legal?”, en Justicia: ¿Garantías “versus” eficiencia?, coordinado por NADAL LLOPIS, P. y DE LUIS GARCÍA, E. y

dirigido por JIMÉNEZ CONDE, F., y BELLIDO PENADÉS, R., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 796 a 802.

_____, “Protección del consumidor, contratos vinculados y la adopción de medidas cautelares en el proceso penal. A propósito del auto del JCI nº 5, de 5 de febrero de 2019 (Caso Idental), en prensa.

ORTELLS RAMOS, M., Las medidas cautelares, Wolters Kluwer, Madrid, 2000.

_____, “Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, nº 5, 1978, pp. 438 a 489.

PEDRAZ PENALVA, E., Medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español, Trivum, Madrid, 1985.

PÉREZ DAUDÍ, V., Las medidas cautelares en el proceso civil, Atelier, Barcelona, 2013.

_____, “Medidas cautelares civiles en el proceso penal”, Revista General de Derecho Procesal, nº 28, 2012.

PETZSCHE, A/CANCIO MELIÁ, M, “Speaking of Terrorism and Terrorist Speech: Defining the Limits of Terrorist Speech Offences”, en LENNON, G /KING, C/MCCARTNEY, C (Eds), Counterterrorism, Constitutionalism, and Miscarriages of Justice. A Festschrift for Professor Clive Walker, Ed. Hart. Basingstoke, (Reino Unido), 2018, pp. 151-166.

PUJADAS TORTOSA, V., Teoría general de medidas cautelares penales, Marcial Pons, Madrid, 2008.

SANTANA VEGA, D. M^a., “El delito de publicidad engañosa en el caso Nueva Rumasa”, en Fraude a consumidores y derecho penal, dirigido por CORCOY BIDASOLO, M., y GÓMEZ MARTÍN, V., Edisofer, Madrid, 2016, pp. 335 a 336.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., La expansión del Derecho penal, 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 2001

VELASCO NÚÑEZ, E. Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincuyente”, Diario La Ley, nº 8169, 2013, versión online.