

MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁCTER PERSONAL

Mar Jimeno Bulnes

Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales

Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional

Universidad de Castilla – La Mancha, 2006

<http://www.cienciaspenales.net>

## La orden Europea de detención y entrega: Medidas cautelares de carácter personal. Mar JIMENO BULNES

SUMARIO: I. Introducción.- II. Detención.- III. Otras medidas cautelares: en especial, la prisión o libertad provisional.- IV. Reflexión final

### I. Introducción

La propia terminología empleada por el presente procedimiento denota la importancia concedida por el legislador (europeo y estatal) al ámbito de las medidas cautelares. No en vano la orden europea de detención y entrega se trata de un procedimiento de “naturaleza esencialmente judicial”<sup>1</sup> y así instrumento prototipo de cooperación entre órganos jurisdiccionales de los diferentes Estados miembros. Por tanto y en consonancia con la predicada nota de jurisdiccionalidad<sup>2</sup> de las medidas cautelares (o en su caso proceso cautelar, admitida ya hoy día casi unánimemente la autonomía del mismo<sup>3</sup>) el juez o tribunal nacional que ejecute una orden europea de detención y entrega podrá decretar las medidas cautelares legalmente previstas.

No obstante y como en un inicio se indica, si bien la referencia a tales medidas cautelares se realiza, de modo expreso y bajo esta rúbrica, por parte de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (en adelante, LOEDE) ahora objeto de comentario, en su artículo 17, no hay que olvidar la referencia que en otro articulado se realiza a la que podríamos considerar medida cautelar básica, por cuanto el conjunto de la LOEDE se articula alrededor de la misma y de ahí su denominación<sup>4</sup>. En efecto, se trata de la detención que, no obstante su carácter

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ CANO, M.I. “La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo”, *Unión Europea Aranzadi* 2003, Junio, pp.5 y ss; así también, TIRADO ESTRADA, J.J. “Euroorden versus extradición. La superación de las viejas fórmulas de cooperación jurídica internacional”, *Revista del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia* 2003, nº 3, pp.69 y ss, esp.p.75 y, con mayores dudas, ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco sobre la ‘euroorden’”, *Revista de Derecho Penal* 2003, nº 10, pp.11 y ss, esp.p.19. Desde la perspectiva contraria, DE MIGUEL ZARAGOZA, J. “Algunas consideraciones sobre la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega en la perspectiva de extradición”, *Actualidad Penal* 2003, nº 4, pp.139 y ss, esp.p.141, quien todavía califica a esta orden europea de detención y entrega de “extradición simplificada”; así también DE HOYOS SANCHO, M. “Cooperación judicial en la Unión Europea. Reflexiones en torno al nuevo sistema de extradición simplificada”, comunicación presentada en el *II Congreso Internacional “El futuro de Europa a debate”* organizado por el Instituto de Estudios Europeos (Valladolid, 4-6 de noviembre de 2003) porque la intervención de las autoridades gubernativas todavía está presente en algunos casos.

Sin embargo, el concepto de “extradición simplificada” es aplicado por parte de otro importante sector doctrinal para definir aquel procedimiento de extradición en el que existe consentimiento de la persona objeto del mismo; véase en esta línea CEZÓN GONZÁLEZ, C. *Derecho Extradicional*, Madrid 2003, esp.p.252 en relación con el art.12 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Además, el propio legislador lo emplea en este mismo sentido, en concreto, en el Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 10 de marzo de 1995 (DOCE de 30 de marzo de 1995, nº C 78, pp.2 y ss).

<sup>2</sup> Entre muchos, PEDRAZ PENALVA, E. *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Madrid 1985, esp.p.92; así también, ARANGÜENA FANEGO, C. *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona 1991, esp.pp.87 y ss.

<sup>3</sup> Por todos, HERCE QUEMADA, V. “El proceso cautelar”, *Revista de Derecho Procesal* (1ª época) 1966, nº 4, pp.11 y ss. Por nuestra parte, somos conscientes de la mayor dificultad de defender esta naturaleza autónoma en sede penal por oposición al orden jurisdiccional civil, si bien somos igualmente partidarios de esta tesis por los motivos ya en su día aducidos (*Proyecto Docente de Derecho Procesal*, Valladolid 1993, esp.p.278).

<sup>4</sup> No en vano su tratamiento debe hacerse en la actualidad en el seno de la detención durante el examen de las medidas cautelares personales a adoptar en el curso del proceso penal; así se realiza, por ejemplo, por BARONA VILAR, S. *Derecho Jurisdiccional*, t.III, *Proceso penal*, con MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.L. y

“provisionalismo”<sup>5</sup>, constituye sin duda también una medida cautelar personal en sede penal ahora eje central del presente procedimiento europeo. Son muchos los preceptos por tanto que se refieren a la misma pero en alusión a su naturaleza como medida cautelar es sin duda el artículo 13 el precepto básico.

Por tal motivo nuestra breve intervención pretende abordar de forma separada los rasgos más puntuales de las especialidades, por una parte de la detención a tenor de la regulación legal ofrecida por el art.13 LOEDE y, por otra, de las restantes medidas cautelares personales conforme al posterior artículo 17 de la misma ley, todas ellas contempladas respecto de la ejecución de tales procedimientos europeos de entrega. A este respecto ha de indicarse también, por último, que el tema de las medidas cautelares responde a una construcción original de la ley española –por otra parte lógica, dada la diversidad existente en este punto entre las diferentes normas procesales penales europeas-, dado que la Decisión Marco de 13 de junio de 2002<sup>6</sup> objeto de transposición sólo realiza una exclusiva referencia en el ámbito de la detención y libertad provisional en el artículo 12 que en su momento será aludida.

## II. Detención

De la forma anticipada, la regulación de la detención en sí y su práctica como medida cautelar se realiza en el art.13 LOEDE bajo esta misma rúbrica (detención) acompañada de la “puesta a disposición de la autoridad judicial” que, como es sabido, no es otra sino su esencial finalidad conforme a ley<sup>7</sup> y del mismo modo es en este articulado igualmente recordada en segundo término. Resta ahora examinar las reglas que atienden a la práctica de tal detención a tenor de la ejecución de una orden europea de detención y entrega conforme al mencionado precepto; por una parte, la regla general de remisión a la norma procesal penal común y por otra parte, las oportunas especialidades contempladas en dicho artículo 13.

Así, en efecto, ha de decirse que del enunciado del artículo 13.1 LOEDE se desprende inicialmente la regla general de remisión al régimen ordinario de la norma procesal penal por lo que atañe a la práctica de la detención que aquí ha de tener lugar; textualmente, se indica que la misma atenderá a “la forma, requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal” . En concreto y de forma específica, por lo que respecta a la forma y requisitos habrá de estarse a los arts.489 y ss, mientras que tales derechos que habrán de asistir a la persona reclamada y ahora detenida no son otros sino los contemplados en los arts.520 y ss LECrim. Ello responde, en principio, al mandato genérico del art.12 DM que remite a la norma procesal del Estado

---

MONTÓN REDONDO, A., 13ª ed., Valencia 2004, pp.476 y ss, quien, por cierto, todavía conceptúa a esta orden de detención europea como un “proceso de extradición europeo”.

<sup>5</sup> Estando aún más presente la nota de provisionalidad; a esta consideración como medida cautelar “provisionalísima” o “interina” alude, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, con MORENO CATENA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, 2ª ed., Madrid 2003, esp.p.266.

<sup>6</sup> DOCE de 18 de julio de 2002, nº L 190, pp.1 y ss, en adelante DM.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, art.496.I LECrim, salvo que opte por la alternativa de su puesta en libertad, claro está.

de ejecución en lo que atañe al concreto mantenimiento de la detención como medida cautelar<sup>8</sup>.

En cuanto a la forma de la detención en general es de sobra conocido como la misma podrá ser realizada por autoridad judicial, policial e incluso por los propios ciudadanos conforme a ley<sup>9</sup>. Si bien en la práctica procesal común la detención policial constituye el supuesto ordinario de detención, por el contrario la detención que aquí tiene lugar a tenor de la norma europea atiende más bien al supuesto de “detención judicial”<sup>10</sup>, por cuanto la misma, aún llevada a cabo materialmente, en buena lógica, por los funcionarios a esta labor destinados –en suma, autoridades policiales-, sin embargo es resultado de haber sido acordada por la autoridad judicial. No en vano y como ha sido dicho, en el cumplimiento y regulación de tales ordenes europeas existe un absoluto “control jurisdiccional por parte de la autoridad judicial del Estado de ejecución desde los momentos iniciales de la privación de libertad, y durante toda la tramitación de la decisión hasta la entrega”<sup>11</sup>.

Por tanto y en concreto, la práctica de una orden europea de detención y entrega tendrá lugar, ciertamente, a partir de los funcionarios de la policía adscritos en su caso, a la denominada policía judicial, que practicarán la expresa detención de la persona reclamada, pero no por iniciativa propia sino en cumplimiento del preceptivo auto dictado a tal efecto por el correspondiente Juzgado Central de Instrucción competente para la ejecución de tal orden europea en función de las propias normas de reparto<sup>12</sup>. La única posibilidad reconocida legalmente para que tal detención y puesta a disposición de la autoridad judicial se practique directamente por la policía es el caso de que la orden europea resulte de la introducción de la descripción de la persona reclamada en el Sistema de Información Schengen (SIS) al no conocerse su paradero conforme es expresado en el art.6.2 LOEDE<sup>13</sup>.

Prueba de esta diferente modalidad de detención que aquí tiene lugar en cumplimiento de la resolución judicial que ejecuta una orden europea de detención y entrega es la diferente actuación que ha de llevar a cabo los funcionarios de la policía (judicial) una vez practicada la detención de la persona reclamada. En suma y derivada de la

---

<sup>8</sup> Textualmente, “cuando se detenga a una persona sobre la base de una orden de detención europea, la autoridad judicial de ejecución decidirá de conformidad con el Derecho del Estado miembro de ejecución si la persona buscada debe permanecer detenida.”

<sup>9</sup> Arts.494, 492 y 490 respectivamente. Sobre tales modalidades de detención, *in extenso*, DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, Pamplona 1998, pp.71 y ss.

<sup>10</sup> En su modalidad de “detención judicial de oficio” a diferencia de la “confirmatoria” por prolongar la ya efectuada por los particulares o funcionarios de la policía; así, GIMENO SENDRA, V. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, op.cit., esp.p.283.

<sup>11</sup> DELGADO MARTÍN, J. “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 2004, pp.281 y ss, p.343.

<sup>12</sup> Para otros autores éste constituye un “supuesto autónomo de detención por orden judicial”; así ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega. ...”, op.cit., esp.p.62.

<sup>13</sup> Así también alude a esta directa detención policial, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euroorden europea”, *Libro Homenaje a D. Eduardo Font Serra*, t.I, Madrid 2004, pp.315 y ss, esp.p.340 al igual que URREA CORRES, M. “La orden europea de detención, captura y entrega”, *Revista Española de Derecho Internacional* 2001, n° 1 y 2, pp.707 y ss, esp.p.709.

Sobre el Sistema de Información Schengen (SIS) en particular véase JIMENO BULNES, M. “Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial y policial europea”, *Revista de Estudios Europeos* 2002, n° 31, pp.97 y ss, esp.pp.119 y ss.

interpretación a *sensu contrario* que procede realizar del art.13.3 LOEDE, únicamente se ha de proceder a su efectiva detención mediante la oportuna identificación en su caso de la persona detenida a fin de averiguar si su identidad se corresponde con la que es objeto de reclamación<sup>14</sup>, por cuanto, a tenor del citado precepto, compete a la autoridad judicial la información sobre “la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de consentir con carácter irrevocable su entrega al Estado emisor, así como del resto de los derechos que le asisten”<sup>15</sup>. Asimismo y conforme al enunciado del art.13.4 LOEDE esta misma autoridad judicial de ejecución (Juzgado Central de Instrucción) habrá de comunicar la práctica de la detención una vez llevada a cabo a la autoridad judicial de emisión que ha dictado la oportuna orden europea<sup>16</sup>.

Precisamente por este motivo –en suma, que la única diligencia policial a realizar durante tal período de detención es la identificación de la persona detenida a fin de averiguar si se corresponde con la reclamada- sorprende más aun la extensión del plazo máximo de detención policial<sup>17</sup> hasta la puesta a disposición judicial según es contemplado en el art.13.2 LOEDE respecto del ordinario computado en el art.496 LECrim, problema sobre el que ya tuvimos ocasión de pronunciarnos<sup>18</sup>. Ha de recordarse en este sentido que la discusión doctrinal se plasmó también en el proceso de redacción del mismo precepto porque el inicial Anteproyecto contemplaba un plazo máximo de 24 horas conforme el art.496 LECrim siendo la redacción del texto definitivo el que elevó dicho plazo a 72 horas de acuerdo con la norma constitucional (artículo 17.2) siguiendo en este punto el criterio mantenido por el CGPJ en su informe<sup>19</sup> y dado el silencio legal a este respecto observado en la norma europea objeto de adaptación.

---

<sup>14</sup> De nuevo, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo ...”, op.cit., esp.p.340. No en vano y al menos en nuestro país son las autoridades policiales las competentes para proceder a la identificación de las personas en aplicación del art.20.1 LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre la Protección de la Seguridad Ciudadana; en esta línea, CASTILLEJO MANZANARES, R. *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia: la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros*, Madrid 2002, esp.pp.104 y ss.

Por el contrario, hay quien niega que las autoridades policiales deban llevar a cabo el reconocimiento de dicha identidad de la persona detenida al menos en relación con el concreto supuesto de la extradición pasiva en aplicación de los arts.8.2 y 11 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (en adelante LPE), si acaso porque el posterior art.12.2 de la misma ley parece atribuir la práctica de dicha identificación del detenido a la autoridad judicial; así, sobre este tema en particular y las actuaciones policiales en general al hilo de la detención véase SALIDO VALLE, C. *La detención policial*, Barcelona 1997, esp.pp.150 y 317 y ss respectivamente.

<sup>15</sup> En este caso, la irrevocabilidad del consentimiento a la entrega ha sido decisión del legislador español puesto que el art.11.1 DM, precepto del que se realiza la oportuna adaptación, no se pronuncia en este sentido.

<sup>16</sup> Aquí, en cambio, sí consideramos muy acertada la sugerencia hecha por parte del Informe del CGPJ al Anteproyecto de LOEDE (aprobado por el Pleno el 9 de octubre de 2002) de proceder a la determinación de la autoridad judicial competente para llevar a cabo dicha información al juez o tribunal europeo emisor de la correspondiente orden de detención y entrega, por cuanto el texto inicial de la ley española no preveía esta concreta atribución a la autoridad judicial, pudiendo ser entonces discutido si ello era en su caso misión de los funcionarios policiales que practicaban materialmente dicha detención.

<sup>17</sup> Pese a haber identificado esta modalidad de detención con aquella practicada a iniciativa de los funcionarios policiales, también recibe este nombre aquella que materialmente tiene lugar ante la policía aún a instancia de la autoridad judicial; es por esta razón que algún sector doctrinal denomina a la primera en sentido estricto “detención policial autónoma”. En esta línea, DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, op.cit., esp.pp.160 y ss.

<sup>18</sup> JIMENO BULNES, M. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.pp.4 y ss.

<sup>19</sup> Nos permitimos discrepar del criterio mantenido por el CGPJ en su informe al Anteproyecto de LOEDE a la hora de calificar de “opinión pacífica” la discusión sobre el plazo máximo de detención y así la defensa de la tesis de las 72 horas ahora mantenida en consideración del de 24 horas como “excesivamente corto”(pp.30 y 29 respectivamente), cuando, según lo expuesto, las diligencias policiales a practicar son mínimas y los medios de comunicación hoy día cada vez mayores y más rápidos; ello aún en el supuesto de tener lugar el traslado desde lugares lejanos, pudiéndose incluso haber llegado a soluciones intermedias como de inmediato será expuesto. A este propósito el Grupo parlamentario Socialista ya tuvo ocasión de manifestar en su enmienda nº 30 al presente Proyecto de Ley su preferencia por el plazo inicial de 24 horas con los siguientes argumentos que reproducimos textualmente y

En relación con este tema relativo al plazo máximo de detención policial -cuestión ésta que consideramos de suma importancia- la contradicción entre el dictado de los arts.13.1 y 13.2 LOEDE es, sin embargo, patente. Por una parte, el artículo 13.1 prevé, como ha sido dicho, que la detención necesaria para llevar a cumplimiento una orden europea de entrega ser realice en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otra, el artículo 13.2 de la misma ley dispone un plazo máximo de detención (policial) de 72 horas dentro del cual la persona detenida tiene que ser conducida a presencia judicial, en concreto el Juez Central de Instrucción.

La discusión se plantea por cuanto los plazos legalmente prevenidos difieren en ambos casos, ya que la legislación procesal española inicialmente prevé un plazo de 24 horas (art.496.I LECrim) aún cuando la posterior redacción del art.520.1.II de la misma ley procesal penal lo amplía ciertamente a 72 horas conforme el dictado constitucional (art.17.2 CE)<sup>20</sup>, coincidente con el plazo legalmente dispuesto en el art.13.2 LOEDE. Siendo así también objeto de discusión en la literatura procesal nacional cuál es el plazo legalmente aplicable, en nuestra opinión nada impide al legislador ordinario promulgar una norma más favorable a la constitucional que opera como mínimo común denominador y por ello debemos y podemos entender aún vigente el plazo máximo de las 24 horas<sup>21</sup>; desde una perspectiva contraria, una provisión legal que estableciera un plazo máximo superior al constitucional –por ejemplo, 73 horas- sería sin duda inconstitucional.

A mayor abundamiento, merece también ser puesta de relieve la existencia en sede estatal de una norma especial destinada a la detención de “persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”<sup>22</sup>, en cuyo caso el plazo máximo de detención se eleva directamente a 72 horas pudiendo además prorrogarse por otras 48 horas siendo en suma posible una detención policial de 5 días como máximo (art.520 bis.1 LECrim). De este modo, cabría plantear la cuestión de cual sería el plazo máximo de detención a la hora de ejecutar tales ordenes europeas de entrega y así la obligada puesta a disposición judicial antes de las 24 horas conforme a la ley procesal penal -norma objeto de remisión por parte del art.13.1 LOEDE- o 72 horas de acuerdo con el posterior artículo 13.2 de la misma ley. Parece ser que, dado el

---

con los que coincidimos de pleno: “No existe razón que justifique la demora del plazo hasta las 72 horas ya que el supuesto no tiene referencia con otras detenciones. En este caso la actividad policial no requiere de investigación alguna, ni de otros requisitos que pudiera demorar la entrega. Por otra parte, este es el plazo que fija el artículo 8.2 de la Ley de Extradición Pasiva” (BOCG, Congreso de los Diputados, VVII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, 28 de noviembre de 2002, núm.118-5, p.31).

Aún más; en defensa de la tesis del plazo máximo de 24 horas puede citarse alguna jurisprudencia constitucional, por ejemplo, SSTC 76/1983, de 5 de agosto, esp.FJ 4, 31/1996, de 27 de febrero, esp.FJ 8 o incluso 224/1998, de 24 de noviembre, calificando de “ilegal” una detención policial de 25 horas. Una exposición particular de ambos argumentos que revela el carácter “no pacífico” de la cuestión del plazo máximo de la detención policial tiene lugar por parte de DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, op.cit., esp.pp.190 y ss y SALIDO VALLE, C. *La detención policial*, op.cit., esp.pp.126 y ss.

<sup>20</sup> Por tanto la contradicción existe en la misma norma procesal penal, por ello tanto más aún el carácter discutible que reúne el tema del plazo máximo de detención policial legalmente dispuesto a diferencia por lo sostenido por el CGPJ en su informe.

<sup>21</sup> En esta línea, GIMENO SENDRA, V. *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, con V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, Madrid 2003, esp.p.274 con cita de abundante jurisprudencia constitucional y, especialmente, DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, esp.pp.191 y ss (194 y ss).

<sup>22</sup> Conforme a la redacción del art 384 bis LECrim.

carácter de norma especial por parte de este último precepto, puede operar el plazo de las 72 horas como límite máximo en las detenciones policiales siempre que el mismo fuera necesario pero, en todo caso y por el mismo motivo, nunca sería de aplicación el plazo especial de los 5 días también contemplado en la legislación procesal penal española<sup>23</sup>, ni siquiera en los supuestos de delito de terrorismo.

Desde la perspectiva contraria, ha de recordarse que la jurisprudencia constitucional española ha defendido siempre la tesis de un límite mínimo aplicable a la duración de dicha detención policial, cual es el “tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos” (art.17.2 CE). Por este motivo, la STC 31/1996, de 27 de febrero, declaró inconstitucional un plazo de 24 horas y media empleado para conducir la persona detenida a presencia de la autoridad judicial, así Juez de Instrucción de guardia; en la misma línea, SSTC 86/1996, de 21 de mayo, y 224/1998, de 24 de noviembre, interpretando este tiempo “estrictamente necesario .. atendidas las circunstancias del caso, y en especial el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida”<sup>24</sup>. El mismo planteamiento, por tanto, ha detener lugar en los supuestos de detención policial al hilo de la ejecución de una orden europea, sin que quepa “retraso” alguno por parte de la autoridad policial<sup>25</sup>.

Una reflexión final a este respecto puede hacerse desde la regulación española establecida para los procedimientos clásicos de extradición pasiva, supuestos en los que el plazo máximo previsto legalmente para la detención policial es de 24 horas en concordancia con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal antes enunciadas. Textualmente –recordamos– el art.8.2 Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva (en adelante, LPE) exige la puesta a disposición judicial del reclamado ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia “en plazo no superior a 24 horas para que, si lo estima procedente, decrete la prisión provisional”. Por lógica analógica, el mismo límite temporal fue siquiera doctrinalmente propugnado en interpretación del procedimiento de detención contemplado en la decisión marco previa la promulgación de la normativa española<sup>26</sup>.

Por todo ello y en conclusión respecto de este punto, aún manifestando nuestra discrepancia respecto de otro sector doctrinal<sup>27</sup>, hubiéramos considerado preferible la opción del plazo máximo de 24 horas, por cuanto y en la línea predicada, las diligencias policiales a realizar son mínimas (en suma, identificación de la persona detenida), además de resultar el mismo congruente con el mantenido para el procedimiento de extradición e incluso más cercano al de otras legislaciones

<sup>23</sup> Plazo éste que, dicho sea de paso, podría considerarse problemático a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; así, por ejemplo, a tenor del caso *Brogan* en cuya sentencia de 29 de noviembre de 1988 el alto Tribunal declaró “inaceptable” un plazo de cuatro días desde practicada la detención hasta la puesta a disposición judicial de la persona en cuestión en conformidad con la expresión “sin dilación” empleada en el art.5.3 CEDH.

<sup>24</sup> SSTC 31 and 86/1996, FJ 8; así también, 224/1998, FJ 4.

<sup>25</sup> Así, GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo ...”, op.cit., esp.p.340.

<sup>26</sup> Por todos, CASTILLEJO MANZANARES, R. *Instrumentos en la lucha contra la delincuencia ...*, op.cit., esesp.p.106.

<sup>27</sup> Por ejemplo, ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega. ...”, op.cit., esp.p.63, en defensa de que este mismo límite máximo es el dispuesto en el actual art.11.1 LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

nacionales<sup>28</sup>. Además y en último extremo, siempre podrían haberse adoptado soluciones intermedias si el plazo de 24 horas resultara excesivamente breve en supuestos puntuales, como por ejemplo y así ha sido puesto de relieve<sup>29</sup>, la puesta a disposición de la persona detenida (y reclamada) del Juzgado de Instrucción más próximo con carácter excepcional, hasta su definitivo traslado al Juzgado de Instrucción Central competente para la ejecución de la orden europea.

Finalmente por lo que respecta a las aludidas garantías de la detención contempladas por el anterior art.13.1 LOEDE, parece que incluso la información de los derechos y, en suma, garantías procesales del detenido entre las cuales, sin duda, la más importante la constituye el derecho a la asistencia letrada e intérprete<sup>30</sup> si fuera necesario, compete a la autoridad judicial en atención a la norma especial del artículo 13.3 de la misma ley por oposición a la regla ordinaria contemplada en el art.520.2 LECrim. De nuevo resulta la contradicción entre la remisión que efectúa el art.13.2 LOEDE a la norma procesal común y la especial en este caso contenida en el mencionado artículo 13.3 de la misma ley, planteándose problemas a la hora de determinar el momento inicial en el que han de entenderse presentes tales derechos y/o garantías procesales<sup>31</sup>. No obstante si, como ha sido dicho, la única diligencia policial a practicar constituye la identificación del detenido sin que exista declaración o interrogatorio policial alguno pudiera parecer *ab initio* constitucionalmente<sup>32</sup> respetuoso admitir la puesta a disposición de la autoridad judicial en la que se produce tal información de derechos como punto de partida para la existencia de los mismos. Pero ya ello es objeto de otra ponencia en este mismo seminario<sup>33</sup> y en su caso, de la próxima Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea todavía en fase de propuesta<sup>34</sup>.

### III. Otras medidas cautelares: en especial, la prisión o libertad provisional

<sup>28</sup> Entre otras, sección 6 (3) *Extradition Act 2003* que fija en 48 horas el plazo máximo de detención policial; el mismo plazo es también defendido en nuestra literatura por SALIDO VALLE, C. La detención policial, op.cit., esp.p.148.

<sup>29</sup> En este sentido, MANZANARES SAMANIEGO, J.L. “El Anteproyecto de Ley sobre la orden europea de detención y entrega”, Actualidad Penal 2003, nº 1, pp.1 y ss, esp.p.11. Así puede ocurrir por razón de la distancia (por ejemplo, si la detención se ha practicado en territorio insular) o por razones estructurales (deficiente infraestructura judicial en determinadas poblaciones periféricas).

<sup>30</sup> Arts.520.2 c) y e) LECrim así como 11.2 DM. El derecho a ser asistido de intérprete ha sido a menudo reconocido por la jurisprudencia constitucional como contenido del derecho de defensa; así, por todas, STC 71/1988, de 19 de abril, esp.FJ 4, siguiendo en esta línea el criterio jurisprudencial sentado por el TEDH en interpretación del art.6.3 CEDH (caso *Oztürk*, sentencia de 21 de febrero de 1984, esp. §§ 57 y 58).

En particular, sobre tales derechos de la persona reclamada en dicho procedimiento de ejecución de una orden europea de detención y entrega véase DELGADO MARTÍN, J. “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, op.cit., esp.pp.340 y ss.

<sup>31</sup> Problema ya puesto de relieve por FONSECA MORILLO, F. “La orden de detención y entrega europea”, Revista de Derecho Comunitario Europeo 2003, nº 14, pp.69 y ss, esp.p.80, advirtiendo del diferente tratamiento que tendrá lugar respecto de la persona reclamada en uno u otro Estado miembro así como de la necesidad de proceder a un sistema uniforme de garantías procesales en el espacio comunitario. Por ello una vez más la necesidad de la definitiva promulgación de la Decisión Marco del Consejo relativa a determinados derechos procesales en los procesos penales celebrados en la Unión Europea.

<sup>32</sup> Por cuanto, como es sabido, el art.17.2 CE exige la inmediata información a toda persona detenida “de modo que le sea comprensible, de sus derechos y razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”.

<sup>33</sup> Véase NILSSON, H. “Los derechos de la persona detenida: el derecho a ser informado de la Orden de Detención Europea” y JIMÉNEZ VILLAREJO, F. “El derecho a un abogado y a un intérprete”.

<sup>34</sup> Presentada por la Comisión el pasado 28 de abril de 2004; véase documento COM (2004) 328 final.



Debido al carácter provisionalísimo y/o interino de la detención ya predicado, es por lo que se hace preciso su sustitución por otras medidas cautelares personales a lo largo de la ejecución de tales ordenes europeas de entrega. De ello se ocupa precisamente el art.17 LOEDE bajo la rúbrica “situación personal del detenido” que, si bien es cierto, resulta más adecuada conforme la regulación propuesta que la ofrecida por la norma europea<sup>35</sup>, no resulta plenamente satisfactoria, por cuanto hubiera sido más lógica la mención procesal específica, esto es, simple y llanamente, “medidas cautelares”. Dentro de las mismas el art.17.1 LOEDE menciona de forma textual a la prisión y/o libertad provisional; pero el mismo precepto contempla además una cláusula residual cual es la posibilidad de adoptar junto con las anteriores, “cuantas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la plena disponibilidad de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

Ello plantea un primer problema que ya ha sido objeto de discusión parlamentaria<sup>36</sup> y doctrinal<sup>37</sup>, cual es la posibilidad de adoptar otro tipo de medidas cautelares distintas a las previstas en la norma procesal penal común y así, en concreto, las dispuestas en el art.8.3 LEP, en concreto: “vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza”. Además, no cabe duda de que alguna de ellas, como en concreto, la retirada del pasaporte resulta especialmente aplicable en casos como en el ahora descrito<sup>38</sup>, dada la nacionalidad no española que de ordinario poseerá la persona reclamada en virtud de tales ordenes europeas. No sólo por esta razón sino también por la interpretación literal del propio art.17.1 LOEDE<sup>39</sup>, creemos que tales medidas cautelares contempladas para la extradición también podrán ser (y serán) aquí empleadas.

No obstante la aplicación de cualesquiera de estas medidas cautelares dispuestas, en su caso, para los procedimientos de extradición pasiva y aquellas contempladas de forma general en la ley procesal penal<sup>40</sup>, el mandato del artículo 17.1 impone la adopción alternativa, bien de la prisión provisional o bien de la libertad provisional en tanto en cuanto tiene lugar la celebración de la audiencia contemplada en el anterior artículo 14.

---

<sup>35</sup> Art.12 DM: “Mantenimiento de la persona en detención”, cuando dicho precepto contiene como previsión fundamental la posibilidad de acordar la libertad provisional como medida cautelar sustitutoria de la detención. En cambio, no existe en la norma europea referencia alguna a la prisión provisional como medida cautelar específica.

<sup>36</sup> Así, la Enmienda nº 45 presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) propuso en su día la modificación del actual art.17.1 LOEDE y así la posibilidad de adoptar como medidas cautelares, “tanto las reguladas por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva, como las previstas” en la presente Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOCG, Congreso de los Diputados, VVII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, 28 de noviembre de 2002, núm.118-5, p.36).

<sup>37</sup> En esta línea, ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.p.76 y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo ...”, op.cit., esp.p.351.

<sup>38</sup> De nuevo, ARANGÜENA FANEGO y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ en misma obra y páginas.

<sup>39</sup> La introducción específica que se hizo de la expresión “de modo especial” por parte del dictamen de la Comisión de Justicia e Interior parece no excluir la posibilidad de aplicar otras medidas cautelares distintas a las previstas en la ley procesal penal, cuya aplicación se considera ahora preferente (BOCG, Congreso de los Diputados, VVII Legislatura, serie A: Proyectos de Ley, 4 de diciembre de 2002, núm.118-7, p.47). Además y a mayor abundamiento, no se comprende sino cuales son esas “otras” medidas cautelares contempladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que puedan acompañar a dicha prisión y/o libertad provisional.

<sup>40</sup> Por ejemplo y únicamente, la citación, contemplada en los arts.486 y ss LECrim, dada su ausencia de mención en el precepto ahora comentado.

De forma intencionada<sup>41</sup> la legislación especial prevista para la ejecución de tales ordenes europeas ha hecho coincidir el plazo máximo previsto para la celebración de dicha audiencia en el oportuno Juzgado de Instrucción –72 horas- con el dispuesto en términos generales en el art.497 LECrim para adoptar la pertinente resolución jurisdiccional que decida elevar la detención a prisión o “dejarla sin efecto”, supuesto este último aquí más dudoso por cuanto, como es referido, la alternativa a la prisión provisional ha de ser, en todo caso, la libertad provisional.

Por último y antes de proceder a un breve comentario de ambas medidas cautelares por separado, ha de advertirse que, en conformidad con la previsión contenida en el art.17.4 LOEDE, toda resolución jurisdiccional del Juez de Instrucción relativas a la adopción (o alzamiento) de una u otra medida cautelar es susceptible de recurso de apelación para ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. En este sentido hubiera sido deseable una especificación respecto de la norma procesal común aplicable –esto es, el cauce del proceso ordinario por delitos graves o el del procedimiento abreviado- como ha tenido lugar en otras legislaciones especiales afines, así y en concreto, la LO 18/2003, de 10 de diciembre de Cooperación con la Corte Penal Internacional<sup>42</sup>. Ante el silencio legal, por tanto, habrá de operar la norma procesal común y así, en concreto, las disposiciones relativas al proceso ordinario por delitos graves (arts.222 y ss LECrim), excepción hecha precisamente para aquellas resoluciones relativas a la prisión provisional o libertad de la persona reclamada conforme la nueva redacción del art.507 LECrim<sup>43</sup> que se sustanciarán conforme las normas del procedimiento abreviado (art.766 LECrim), gozando además de tramitación preferente.

### 1. *Prisión provisional*

A tenor de la explícita redacción del ya comentado art.17.1 LOEDE la prisión provisional, como, en su caso, la alternativa de libertad provisional, se adoptará por el Juez Central de Instrucción “oído el Ministerio Fiscal”. Se plantea a este respecto el problema de si cabe, por tanto, la adopción de oficio de dicha medida cautelar a diferencia de lo que hoy ocurre conforme a la ley procesal penal común, que sólo prevé su adopción a instancia de parte; en concreto y a tenor del art.505.1 LECrim tras la reforma operada en esta materia mediante la LO 13/2003, de 24 de octubre<sup>44</sup>, a instancia del Ministerio Fiscal o de otra parte acusadora. Inicialmente parece que la fórmula clásica de “oído” no implica esta petición de parte y si bien se ha considerado aconsejable<sup>45</sup> la adopción del criterio común, dado el silencio legal por lo que respecta

---

<sup>41</sup> El establecimiento de dicho plazo así como la incorporación de la norma del citado art.497.I LECrim procede del Informe del CGPJ (vid.p.33), si bien, conforme a este articulado disponía la alternativa de prisión provisional o libertad, que no libertad provisional que es la ahora dispuesta.

<sup>42</sup> Cuyo artículo también 17.1 remite para la sustanciación de tales recursos de apelación a las normas del procedimiento abreviado (arts.766 y ss) estableciendo su resolución mediante auto en plazo de 5 días; al respecto, véase ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.p.78.

<sup>43</sup> A partir del art.1 LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

<sup>44</sup> Un comentario a la misma así como a la jurisprudencia constitucional que provoca dicha reforma (al igual que al conjunto de la medida cautelar) le dedica GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La prisión provisional*, Pamplona 2004, esp.pp.44 y ss.

<sup>45</sup> Tal es la posición mantenida por GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo ...”, op.cit., esp.pp.350 y 351, quien, en todo caso, aboga por esta propuesta en aras de la “uniformidad y unidad de criterio en la

la concreta tramitación de esta medida cautelar y la anterior remisión a las normas de la ley procesal penal, creemos que las peculiaridades del procedimiento aquí descrito sin intervención de “parte” alguna así como el papel atribuido de forma absoluta para la tramitación del mismo al Juez Central de Instrucción<sup>46</sup> harían posible la defensa de la posible adopción de oficio de esta medida, amén de la aludida interpretación literal de este precepto.

En este sentido se ha lamentado la ausencia de regulación legal en la normativa española respecto de los concretos supuestos en que resulta procedente la adopción de la prisión provisional de modo análogo al régimen que opera a tenor de la ley procesal penal (art.503 LECrim)<sup>47</sup>. Por ello que en defecto de tal regulación legal especial, si bien es cierto que habrá de considerarse, *ab initio*, la aplicación supletoria del régimen de los arts.503 y ss LECrim en el sentido inmediatamente indicado<sup>48</sup>, sin duda y de forma importante también habrán de tenerse nuevamente en cuenta las particularidades del régimen aquí descrito; por de pronto ya puede indicarse que la celebración de la audiencia contemplada en el art.505 LECrim para adoptar dicha prisión provisional o, en su caso, la libertad provisional con fianza no es otra aquí sino la audiencia genéricamente referida en el art.14 LOEDE.

Pero es que además tampoco el cumplimiento de los clásicos presupuestos procesales que operan en sede estatal y así, para el proceso penal, *periculum libertatis* y *fumus commissi delicti*<sup>49</sup>, tiene lugar del mismo modo –especialmente por lo que respecta al segundo ya que el peligro de fuga si puede considerarse aquí también presente-, por cuanto aquí no tiene lugar en sentido estricto la ventilación de responsabilidad penal sino que se trata de un procedimiento judicial destinado a resolver una petición de auxilio judicial internacional<sup>50</sup>. Por esta razón y como ha afirmado en varias ocasiones el Tribunal Constitucional<sup>51</sup>, la valoración que haya de hacer el juez *a quo* ha de consistir en el examen de los requisitos y garantías previstas legalmente para la entrega de la persona reclamada a partir de los datos aportados por la autoridad

---

actuación de los distintos JCI, toda vez que el Ministerio Fiscal actúa con unidad y bajo el criterio de la jerarquía y dependencia”. No así, por el contrario, ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.p.75, quien entiende que no es necesaria “aunque pueda ser habitual”.

<sup>46</sup> Recordemos las palabras de DELGADO MARTÍN, J. “La orden de detención europea ...”, op.cit., p.343 arriba expuestas en defensa de este absoluto control jurisdiccional llevado a cabo por la autoridad judicial de ejecución desde la detención de la persona reclamada.

<sup>47</sup> Así, ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.p.76. Ello pese a la sugerencia realizada a este respecto por el CGPJ en su informe al correspondiente Anteproyecto, a fin de evitar la aplicación supletoria de las normas procesales penales, lo que podría hacer fracasar el objetivo legalmente aquí perseguido.

<sup>48</sup> Tal ha sido la opinión para el supuesto de la extradición pasiva; por todos, PASTOR BORGONÓN, B. *Aspectos procesales de la extradición en Derecho español*, Barcelona 1984, pp.363 y ss, esp.p.364, en relación con la anterior Ley de 26 de diciembre de 1958. Con mayores dudas, BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en Derecho español* ..., op.cit., pp.218 y ss.

<sup>49</sup> Adoptamos la terminología empleada por DE HOYOS SANCHO en sustitución de la clásica de *periculum in mora* y *fumus boni iuris* propuesta para el proceso civil; véase así DE HOYOS SANCHO, M. *La detención por delito*, op.cit., esp.pp.166 y 202 y ss y bibliografía allí citada.

<sup>50</sup> En esta línea aun respecto de la extradición, BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición en Derecho español* ..., op.cit., esp.pp.221.

<sup>51</sup> Por ejemplo, entre las más recientes, STC 156/2002, de 23 de julio, que expresamente declara como a tenor de la extradición pasiva “no se decide acerca de la hipotética culpabilidad o inocencia del sujeto reclamado, ni se realiza un pronunciamiento condenatorio, sino simplemente se verifica el cumplimiento de los requisitos y garantías previstos en las normas para acordar la entrega del sujeto afectado” (FJ 3 b). Un estudio de fuentes jurisprudenciales anteriores se realiza por MARTÍN PALLÍN, J.A. “La prisión provisional en la jurisprudencia española y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid 1996, pp.151 y ss.

judicial de emisión; esto es, por ejemplo y entre otros, umbral punitivo y/o comisión de delito tipificado en art.9.1 LOEDE<sup>52</sup>.

Pero siquiera es al menos de agradecer que el texto definitivo del artículo 17.1 no prevea con carácter general la elevación de la detención a prisión provisional como en un primer momento fue planteado<sup>53</sup>, dado que ello no resulta en absoluto exigible a partir de la correspondiente normativa europea (art.12 DM), pues la misma ni siquiera contempla la prisión provisional en sentido estricto<sup>54</sup>. En todo caso, como de continuo viene declarando la jurisprudencia constitucional del más alto Tribunal y recientemente el legislador estatal<sup>55</sup>, ha de recordarse la “excepcionalidad”<sup>56</sup> que ha de reunir esta medida cautelar cuando la regla general ha de ser la libertad aquí de la persona reclamada, amén del juicio de proporcionalidad y exigencia de motivación aplicable en este supuesto al auto dictado por el correspondiente Juzgado de Instrucción<sup>57</sup>.

Finalmente, una previsión específica respecto a la adopción de prisión provisional en los procedimientos de ejecución de las ordenes europeas de detención y entrega se contempla en el art.17.3 LOEDE, precepto que prevé el cese de la prisión provisional “en cualquier momento del procedimiento ... oído el Ministerio Fiscal” con adopción en su lugar de otra medida cautelar de las previstas en el anterior artículo 17.1 de la misma ley<sup>58</sup>. Esta regulación plantea el anterior problema de la interpretación de la preceptiva audiencia al Ministerio Público de la misma forma aquí exigida, considerando que la solución ha de ser idéntica en ambos casos; esto es, si antes ha sido defendida la posible adopción de oficio del Ministerio Fiscal en mayor medida su cese

<sup>52</sup> Más ampliamente, por todos, JIMENO BULNES, M. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.pp.3 y ss, haciendo también referencia a los restantes requisitos y garantías legalmente exigidas para proceder a la ejecución de una orden europea de detención y entrega.

<sup>53</sup> Aquí sí fue escuchado el Informe elaborado por el CGPJ al Anteproyecto de LOEDE (vid. p.33).

<sup>54</sup> En puridad sólo se alude a la detención y, en su caso, libertad provisional, si bien es cierto que el término de “detención” empleado al menos en la versión española (también en otras como la francesa, inglesa, italiana, portuguesa ...) habrá de entenderse comprensivo de la prisión provisional, dado el aludido carácter provisionalísimo de la detención *stricto sensu*. Así también, CUERDA RIEZU, A. *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega (Con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional español)*, Madrid 2003, esp.p.107.

<sup>55</sup> Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional (párrafo II).

<sup>56</sup> Sobre la excepcionalidad y su consideración como principio, véase ASECIO MELLADO, J.M. *La prisión provisional*, Madrid 1987, esp.pp.137 y ss. Así también GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. *La prisión provisional*, op.cit., esp.pp.73 y ss, proponiendo el carácter alternativo de la prisión provisional en virtud en su lugar del principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertatis*.

<sup>57</sup> Por todas, la reciente STC 47/2000, de 17 de febrero, que, si bien es resultado de un recurso de amparo, finaliza con el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts.503 y 504 LECrim por el pleno del TC, dando posteriormente lugar a la reforma legislativa inmediatamente citada mediante LO 13/2003 (y posterior LO 15/2003 de 25 de noviembre). En ella se declara de forma importante en aplicación de dicho juicio de proporcionalidad que “para valorar la razonabilidad de la medida adoptada y su acomodación a los fines que constitucionalmente la legitimarían es preciso que la resolución judicial limitativa de la libertad personal exprese no sólo el fin perseguido con la misma sino también la relación existente entre la medida cautelar adoptada y el fin perseguido, es decir, ha de expresar hasta qué punto la misma es útil a los fines perseguidos en el caso concreto” (FJ 8), lo contrario implicaría una motivación insuficiente como en el supuesto de autos.

<sup>58</sup> Esto es y conforme ha sido defendido, no sólo las previstas en la ley procesal común sino también en aquellas dispuestas en otra legislación de carácter especial aquí por analogía aplicable, como son las contempladas en el art.8.3 LEP. A mayor abundamiento, la propia Exposición de Motivos (más bien informe pese a ser así denominada) de la Propuesta de la Decisión Marco sobre el mandamiento de detención europeo y los procedimientos de entrega entre Estados miembros en su día presentada por la Comisión (19 de septiembre de 2001, COM (2001) 522 final) cita como ejemplos la “prestación de una fianza, prohibición de salir de un determinado perímetro geográfico u obligación de presentarse periódicamente antes las autoridades de control” (p.15), coincidentes así con las enumeradas en la legislación española para el procedimiento de extradición pasiva conforme al anterior art.8.3 LPE.

en cuanto medida cautelar más gravosa y así ha sido por nuestra parte defendido<sup>59</sup>. No obstante, el alzamiento de dicha medida implica su sustitución por otra, siempre y en todo caso, a fin de preservar la propia finalidad asegurativa del presente “proceso cautelar”<sup>60</sup> que en este caso no es otra sino “la plena disponibilidad de los afectados” y “la ejecución de la orden europea”<sup>61</sup>. Pese a su ausente mención, esta medida cautelar sustitutoria no es otra sino la libertad provisional por los motivos que a continuación pasamos a exponer.

## 2. Libertad provisional

La libertad provisional aparece contemplada como alternativa a la prisión provisional en lo que respecta a la adopción de medidas cautelares en el seno de un procedimiento de ejecución de tales ordenes europeas de detención y entrega en tanto tiene lugar el curso de la audiencia dispuesta en el art.14 LOEDE. En el sentido expresado, a tenor de la redacción del art.17.1 LOEDE, el Juez Central de Instrucción respectivamente competente habrá de decretar “la prisión provisional o la libertad provisional”, por tanto, en todo caso, de no decretarse la primera siempre habrá de operar la segunda<sup>62</sup>. Así también y como era de inmediato referido, la libertad provisional tendrá lugar toda vez procedido al alzamiento de la prisión provisional conforme la posibilidad descrita en el artículo 17.3 de la misma ley, pues, pese a su ausencia de mención expresa en la redacción de este último a diferencia de lo que ocurre en otros textos legales españoles de cooperación internacional<sup>63</sup>, el mismo habrá de interpretarse en lógica concordancia con el anterior artículo 17.1; además y a mayor abundamiento, su previsión sí se encuentra, por el contrario, explícitamente dispuesta en la norma europea objeto de adaptación, e incluso ésta fue la rúbrica de la propuesta inicial formulada por la Comisión<sup>64</sup>.

En efecto, el art.12 DM relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros indica textualmente como “la libertad provisional del detenido podrá ser acordada en cualquier momento, de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución”, claro está, “siempre que la autoridad competente de dicho Estado miembro tome las medidas que considere necesarias para evitar la fuga de la persona buscada”<sup>65</sup>. La redacción de este precepto permite extraer dos consecuencias importantes en materia de libertad provisional y su aplicación específica a tales procedimientos de ejecución de ordenes europeas de entrega.

---

<sup>59</sup> JIMENO BULNES, M. “La orden europea ...”, op.cit., esp.p.4.

<sup>60</sup> Vid. *supra* nota nº 4.

<sup>61</sup> Arts.17.1 y 17.2 LOEDE. Tal es su importancia que son dos los preceptos del artículo 17 los que se ocupan de referir dicha finalidad asegurativa de la adopción de tales medidas cautelares.

<sup>62</sup> Así también ARANGÜENA FANEGO, C. “La orden europea de detención y entrega ...”, op.cit., esp.p.76 y GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C. “El espacio común europeo ...”, op.cit., esp.p.351.

<sup>63</sup> En concreto, LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, arriba mencionado, cuyo artículo 12 contempla *in extenso* la regulación de la libertad provisional bajo esta misma rúbrica.

<sup>64</sup> Art.14 Propuesta de DM del Consejo presentada por la Comisión Europea el 19 de septiembre de 2001, cit.: “Puesta en libertad provisional”.

<sup>65</sup> Aquí es donde entran en juego las anteriores medidas cautelares contempladas en el art.17.1 LOEDE, esto es, las previstas en la ley procesal común y, en mayor medida, dada su mayor adecuación, las contempladas en el art.8.3 LPE conforme ha sido antes expuesto.

En primer lugar y en la línea ya anticipado en consonancia con la constante jurisprudencia constitucional en este extremo vertida, el carácter extraordinario que ha de presidir la adopción de la prisión provisional. No en vano la disposición objeto ahora de comentario contiene un mandato general al Juzgado Central de Instrucción de *favor libertatis*<sup>66</sup> y así la preferencia por la adopción de la libertad provisional en lugar de la anterior prisión provisional siempre y en todo momento, preservando eso sí la finalidad cautelar expresamente contemplada de evitación de fuga de la persona reclamada<sup>67</sup>. Por tanto, el Juez Central de Instrucción oportunamente competente habrá de estar en constante vigilancia respecto de la adopción de esta medida en sustitución de la concreta prisión provisional si la misma ya hubiera sido decretada y así se permite recordarlo otras legislaciones estatales en desarrollo de la norma europea ahora comentada; por ejemplo, el Acta de Extradición británica de 2003 que continuamente incluye un mandato a la autoridad judicial de ejecución en este sentido a tener en cuenta a lo largo de toda la tramitación del concreto procedimiento de entrega<sup>68</sup>.

En segundo lugar, a partir de la expresa referencia al Derecho interno del Estado miembro de ejecución realizada en el anterior art.12 DM, en nuestro caso la libertad provisional habrá de adoptarse conforme los arts.528 y ss LECrim, por tanto, con o sin fianza, en función de la discrecionalidad judicial a la que se remite el art.529 LECrim. Sin embargo, para el caso aquí estudiado no resultaría, en cambio y por lógica, de aplicación el mandato del art.505 LECrim<sup>69</sup>, por cuanto la adopción de esta concreta medida cautelar, como las restantes, siempre tiene lugar en el curso de la audiencia celebrada ante el Juez Central de Instrucción a instancia y de la forma prevenida en el art.14 LOEDE. Por el contrario y ante la referida remisión al Derecho interno, sí ha de entenderse aplicable el art.530 LECrim en cuanto a la forma de dar contenido y virtualidad a dicha libertad provisional (con o sin fianza); así, como es sabido, la obligación constituida *apud acta* de comparecer ante el Juzgado Central de Instrucción en los días señalados además de cuantas veces fuera llamado, pudiendo a tal efecto la autoridad judicial acordar la retención de su pasaporte<sup>70</sup>, medida que aquí, por las características del presente procedimiento, puede ser extremadamente idónea. Por último, serán igualmente de aplicación las consecuencias legalmente dispuestas en los

---

<sup>66</sup> En esta línea, LIBERATI, E.B. y PATRONE, J.I. “Il mandato di arresto europeo”, *Questione Giustizia* 2002, n° 1, pp.70 y ss, esp.p.86.

<sup>67</sup> Inicialmente fueron consideradas otras finalidades, siquiera de forma expresa y así el entonces art.14 Propuesta DM expresamente preveía que “si la autoridad judicial de ejecución tuviera razones para creer que la persona capturada no se evadirá, no continuará delinquiendo o no destruirá pruebas en relación con el delito o delitos en que se sustancie el mandamiento de detención europeo ...” Además condicionaba la sustitución de la detención o prisión provisional en su caso adoptada (si hubiera finalizado el plazo de detención) al compromiso de la persona reclamada “a seguir estando disponible para la ejecución del mandamiento de detención europeo”.

<sup>68</sup> Así, secciones 7 (10), 8 (2), 9 (5), 21 (5), 24 (3), 46 (3) ... Más ampliamente, KNOWLES, J.B. *The extradition Act 2003*, Oxford 2004, pp.40 y ss; así también nuestro trabajo “A brief approach to the enforcement of the European Arrest Warrant: a comparative view between Spain and U.K.”, *International Comparative Law Quarterly*, pendiente de aceptación.

<sup>69</sup> Precepto que como es sabido distingue la preceptiva celebración de audiencia o no en función de la adopción de libertad provisional con o sin fianza.

<sup>70</sup> Véase la Instrucción 1/1988, de 11 de enero, de la Fiscalía General del Estado, sobre medidas judiciales tendentes a imposibilitar la huida de procesados en situación de libertad provisional (Suplemento al BIMJ de 15 de febrero de 1989, n° 1518).

supuestos de incomparecencia a tales llamamientos judiciales por parte de la persona reclamada<sup>71</sup>.

## VI. Reflexión final

A la luz de todo el comentario por nuestra parte realizado respecto de la adopción de medidas cautelares personales por parte del Juzgado Central de Instrucción competente en el curso de un procedimiento de ejecución de una orden europea de detención y entrega procede enunciar una breve conclusión final. En esta línea y a nuestro juicio, convendría resaltarse la preferencia legislativa siquiera por lo que respecta a la comentada LOEDE y en un sentido formal, por el régimen de prisión provisional en tanto en cuanto es el primordialmente descrito detrimento así de otras medidas cautelares alternativas, como es el concreto caso de la libertad provisional. De tal modo que la simple lectura del art.7.1 LOEDE y, en mayor medida, del posterior artículo 17.3 LOEDE<sup>72</sup> pudiera abocar a la errónea conclusión que la medidas cautelar óptima y con carácter ordinario a adoptar en tales supuestas hubiera de ser dicha prisión provisional.

Ello resulta más llamativo si se contrasta, no ya sólo con el propio texto de la norma europea, cuyo art.12 DM en absoluto exige la misma con carácter general y así por el contrario, su ausente mención en la línea comentada, sino incluso con otros textos promulgados por el propio legislador español también en el seno de esta cooperación jurídica internacional. En este sentido y de forma concreta, puede señalarse la LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, cuyo también artículo 12 contempla, por el contrario y bajo esta misma rúbrica, la adopción de libertad provisional estableciendo un procedimiento a tal efecto a instancia de la persona afectada<sup>73</sup>. Ante la extensa regulación de la misma así como la ausencia de mención en cambio de la prisión provisional pudiera parecer que éste es el régimen cautelar; sin embargo hay que decir que esta apariencia es engañosa, por cuanto, en puridad, lo que se regula no es sino el cauce de tramitación de dicha “solicitud de libertad provisional”<sup>74</sup> en previsión de que hasta entonces tenga lugar la detención que, una vez precluído su plazo máximo legal, derivará precisamente en prisión provisional.

Volviendo así a la regulación ofrecida por el art.17 LOEDE que es el objeto de nuestro comentario, consecuencia importante de esta aparente preferencia legislativa por el régimen de prisión provisional a la hora de ejecutar una orden europea de detención y entrega es que la práctica judicial<sup>75</sup> –aún ciertamente escasa hasta la fecha- demuestra que en la mayor parte de los casos es en efecto la prisión provisional la medida cautelar

---

<sup>71</sup> Arts.534 y ss y 835.3º LECrim, en previsión de expedición de requisitoria para la búsqueda del “reo ausente”.

<sup>72</sup> La regulación del “cese” de prisión provisional puede derivar en una interpretación literal del precepto que exija siempre y en todo caso la adopción de prisión provisional.

<sup>73</sup> Se trata en suma de la remisión al TPI de la correspondiente “solicitud de libertad provisional” a través del Ministerio de Justicia en solicitud de un preceptivo dictamen y con señalamiento de un plazo a tal efecto, precluido el cual, con o sin respuesta por parte del TPI, el Juzgado Central de Instrucción competente dictará la oportuna resolución jurisdiccional conforme el art.12.2 LO 18/2003.

<sup>74</sup> Así contemplada a modo de derecho en el anterior artículo 11.2 LO de la misma ley.

<sup>75</sup> Véase el informe emitido por la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea el pasado 22 de junio de 2004, documento JAI/D3/IJ D (2004).

adoptada hasta la definitiva entrega de la persona reclamada<sup>76</sup>. También es cierto que, a la luz de dicho informe elaborado por la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea en fecha de 22 de junio de 2004 como resultado del cuestionario a tal fin remitido a los diferentes Estados miembros<sup>77</sup>, tampoco esta práctica al igual que otras es exclusiva de las autoridades judiciales españolas sino del conjunto de los Estados miembros, cuyas diferentes legislaciones nacionales parecen haber interpretado en sentido similar el anterior art.12 DM relativa a la orden de detención europea.

Por nuestra parte y finalmente, nos permitimos insistir una vez más en el carácter extraordinario y/o excepcional que reúne la prisión provisional que, de ser adoptada, ha de hacerse en respeto de todos y cada uno de los principios procesales que presiden la adopción de cualesquiera medidas cautelares y así, de modo fundamental, el clásico principio de proporcionalidad<sup>78</sup>. La importancia que reúne (y ha de darse) a este último hace que aparezca además textualmente mencionado en el propio Preámbulo de la norma europea como principio inspirador del conjunto legislativo de dicha orden europea de detención y entrega<sup>79</sup> en consonancia con la Carta de Derechos Fundamentales contenida en la Constitución Europea recientemente firmada en Roma el pasado 29 de octubre<sup>80</sup>. No en vano y emulando al profesor Sagarra Trías al hilo de la dialéctica entre libertad y seguridad existente en el ámbito de la Unión Europea que ha dado lugar a los instrumentos como el ahora objeto de detenido examen en el presente seminario, “allí donde la paz, la seguridad y la justicia, allí donde la democracia y el respeto a los derechos humanos sean valores tangibles y de cotidiana aplicación, allí también es Europa”<sup>81</sup>.

<sup>76</sup> Textualmente, *custody* en lugar de *release on bail* en la versión inglesa manejada por nuestra parte. En concreto, se solicitaron estadísticas a cada Estado miembro sobre la aplicación, bien de la prisión provisional o bien de la libertad provisional, pero la respuesta ofrecida en el informe sólo refleja la mayor aplicación de la primera sin ser aportados mayores datos a este respecto (vid. p.7).

<sup>77</sup> Según se indica, a la fecha de 26 de marzo de 2004 la Comisión Europea remitió un cuestionario a los diferentes puntos de contacto de la Red Judicial Europea a fin de reunir información práctica sobre el estado de aplicación de la orden europea de detención y entrega; a la fecha de 14 de junio de 2004, fueron 22 los Estados miembros los que remitieron respuesta a dicho formulario.

<sup>78</sup> Para un comentario del mismo, de modo fundamental, PEDRAZ PENALVA, E. *Derecho Procesal Penal, t.I, Principios de Derecho Procesal Penal*, Madrid 2000, pp.137 y ss y, más extensamente, “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid 1990, pp.313 y ss. Así también, GONZÁLEZ-CUPELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid 1990, *passim*.

<sup>79</sup> Textualmente, “de conformidad con el principio de proporcionalidad, enunciado en este último artículo (art.5 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), la presente Decisión marco no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo” (Considerando nº 7 *in fine*); por su parte, el art.5 TCE señala que “ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”. No en vano el aludido principio de proporcionalidad tiene también un claro origen comunitario; a este respecto, JIMENO BULNES, M. “Sobre el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Universitaria de Derecho Procesal* 1988, nº 0, pp.137 y ss.

<sup>80</sup> Art.II.49.3, si bien el mismo no se encuentra circunscrito al ámbito del proceso cautelar sino, por el contrario, en sede penal en materia de aplicación de la pena. Sobre este y otros derechos fundamentales en el ámbito comunitario consúltese, por todos y recientemente, MARTÍN DIZ, F. “Bases para la construcción de un derecho procesal comunitario: garantías procesales fundamentales en la Unión Europea”, *Libro Homenaje a D. Eduardo Font Serra*, t.I, op.cit, pp.269 y ss, esp.pp.296 y ss, en relación con el principio de proporcionalidad; también se realiza un interesante estudio previo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vertida en este sentido y origen de la ahora constitucionalización de tales derechos fundamentales en sede comunitaria, por ASTOLA MADARIAGA, J. “La importancia de la paulatina condificación de los principios generales del derecho comunitario”, *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (Dr. J. Corcuera Atienza), Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid 2002, pp.157 y ss, esp.pp.181 y ss.

<sup>81</sup> SAGARRA TRÍAS, ED. “Libertad y seguridad en la Unión Europea”, *Libertad, Seguridad y Derecho*, Fundación Modernización de España, pp.75 y ss, esp.p.93.



