

MEDIDAS PREVENTIVAS DE CARÁCTER REAL

Coral Arangüena Fanego

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>

## Las medidas cautelares en la regulación de la orden europea de detención y entrega: especial consideración de la prisión provisional y sus alternativas y de la intervención de objetos y efectos del delito<sup>1</sup>.

Coral ARANGÜENA FANEGO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.- 2. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO: SU REPERCUSIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.- 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTREGA ACTIVA (EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA): 3. 1. Algunas precisiones sobre la competencia judicial.- 3.2. Objeto: 3.2.1 *Detención y otras eventuales medidas cautelares menos interinas*; 3.2.2. *Intervención y entrega de objetos*; 3.2.3. *Otros extremos relacionados con las medidas cautelares*.- 4. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTREGA PASIVA (EJECUCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA): 4.1. Competencia.- 4.2. Recepción de la orden por la autoridad española: la adopción de medidas cautelares personales tras el control inicial de los presupuestos que autorizan la detención y entrega: 4.2.1. *La adopción de medidas cautelares en la audiencia preliminar*; 4.2.2. *Prisión provisional* (4.2.2.1. *La valoración del periculum in mora (periculum libertatis)*; 4.2.2.2. *Fumus boni iuris/Fumus commissi delicti*); 4.2.3. *Medidas alternativas a la prisión provisional: la libertad provisional y sus medidas complementarias*.- 4.2.4. *Algunas precisiones adicionales sobre la modificación de las medidas y el contenido de la decisión final*.-4.3. *Medidas cautelares patrimoniales: la intervención y entrega de objetos*: 4.3.1. *Procedimiento a seguir para acordar la intervención y el aseguramiento a efectos de la posterior entrega*.- 4.3.2. *Objetos a intervenir*.- 4.3.3. *Otras medidas cautelares patrimoniales*.

### 1. INTRODUCCIÓN.

España ha mostrado especial diligencia en cumplir con las obligaciones impuestas a los Estados miembros por la Decisión marco de 13 de junio de 2002 del Consejo, relativa a la coloquialmente conocida como *euro-orden*<sup>2</sup>, primer instrumento jurídico de la Unión

---

<sup>1</sup> Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación VA 122/04, financiado por la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

<sup>2</sup> Adoptada en cumplimiento del mandato del Tratado de Ámsterdam (artículos.29 y 31 b)) relativo a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia que exigía, en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal, una acción común que facilitara la extradición entre los Estados miembros. Con ella se sustituyen los tradicionales procedimientos extradicionales, incluidas las disposiciones del título III del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, por un nuevo procedimiento de carácter estrictamente judicial de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún delito o que eluden la acción de la justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. Sobre su génesis me remito a mi trabajo sobre “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 “euro-orden”, en *Revista de Derecho Penal (Lex Nova)*, número 10 (septiembre de 2003), páginas 11 y siguientes y, con el mismo título, una posterior versión publicada en *Actas del II Congreso Internacional “El futuro de Europa a debate”*, obra colectiva coordinada por CALONGE VELÁZQUEZ, A., Instituto de Estudios Europeos-Universidad de Valladolid, 2004, pp. 244 y siguientes. Vid., asimismo, JIMENO BULNES, M., “European Judicial Cooperation in Criminal Matters”, en *European Law Journal*, vol.9, nº 5, especialmente pp.623 y siguientes.

Europea en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo en materia penal<sup>3</sup>, al punto de ser el primero de ellos en llevar a cabo su transposición a través de la ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (LOEDE, en adelante) que diseña el nuevo procedimiento de conformidad con las exigencias de la Decisión marco, con el obligado complemento de la ley orgánica 2/2003, de la misma fecha, que lleva a cabo las modificaciones necesarias en la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar cobertura a los nuevos cometidos que se les atribuyen a determinados órganos jurisdiccionales.

Pero esta diligencia, que en principio puede ser digna de elogio y que se explicaba en atención al adicional compromiso asumido con otros cinco Estados miembros de adelantar el funcionamiento del nuevo instrumento de entrega a finales del primer trimestre de 2003<sup>4</sup>, ha tenido como efecto negativo el haber dispensado un tratamiento poco detallado a algunas cuestiones de importancia que reclamaban mayor cuidado y atención. Tal es el caso, en nuestra opinión, de la tutela cautelar, materia que va a ocupar nuestros comentarios, aunque ciñéndonos exclusivamente al análisis de las medidas cautelares de naturaleza personal menos interinas (prisión provisional y sus alternativas), así como a la única de carácter real contemplada en la Decisión marco: la intervención de objetos y efectos del delito a efectos de su posterior entrega.

A la rapidez con la que se legisló y que, entendemos, pudo influir en la somera regulación efectuada, al punto de que la ley española, en numerosos aspectos no es sino una reproducción casi literal del texto de la Decisión marco, se añade la cautela con que a su vez ésta aborda el nuevo modelo de cooperación en materia penal. Y es que si bien la Decisión marco constituye hoy por hoy la apuesta más decidida en materia de lucha contra la delincuencia internacional y el instrumento más sobresaliente de cooperación judicial en materia penal, ha de convenirse que aborda no obstante esta cooperación con enormes prevenciones, consecuencia lógica del principio de soberanía de los Estados<sup>5</sup>. Precisamente tales cautelas se ponen de manifiesto en la tímida regulación que se efectúa de la materia cautelar, puesto que al margen de algunas imprescindibles precisiones sobre

---

<sup>3</sup> No obstante cabe mencionar la existencia de algunos precedentes de carácter bilateral que ya habían contribuido sensiblemente a allanar el camino: por ejemplo el Tratado de Roma de 2000 entre Italia y España que extiende su ámbito de aplicación no sólo a las sentencias penales de condena, sino también a las resoluciones judiciales previas restrictivas de libertad personal y dictadas en el curso de un proceso, y que puede ser considerado como el primer instrumento creado para dismantelar el instrumento de la extradición (pese a que no haya llegado a entrar en vigor); asimismo el Acuerdo alcanzado entre las Fiscalías antiterroristas de España y Francia el 25 de septiembre de 2001 y conforme al cual se permite que cualquier persona acusada de delitos de terrorismo en uno de los dos países sea entregada de manera temporal e inmediata al país donde hubiera cometido el delito más grave y una vez interrogada, juzgada y, en su caso, condenada, sea devuelta al país donde se le detuvo originariamente para ser procesado por los delitos menores que hubieran conducido a su captura. Con ello se ha conseguido acelerar el procesamiento y enjuiciamiento de acusados de terrorismo que hasta el momento eran extraditados a España sólo después de cumplir condenas por delitos menores en Francia.

<sup>4</sup> Acuerdo al que se llegó en el Consejo informal de Ministros de Justicia e Interior celebrado en Santiago de Compostela los días 14 y 15 de febrero de 2002 con Bélgica, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Suecia, Portugal y Reino Unido, pero que sin embargo no llegó a aplicarse puesto que sólo fue cumplido por España implementando la Decisión marco dentro del plazo que se habían concedido a tal efecto.

<sup>5</sup> Así GONZÁLEZ CANO, I., "La ejecución condicionada del mandamiento de detención y entrega europeo", en *Unión Europea Aranzadi*, 2003, núm.6, p.7.

la detención consecuencia de la orden, el resto de medidas aparecen apenas mencionadas produciéndose una remisión en bloque a los ordenamientos domésticos de los Estados de ejecución. El problema se plantea cuando posteriormente el legislador interno, como es el caso del español, efectúa a su vez una regulación excesivamente parca en la materia que nos ocupa limitándose prácticamente a efectuar otra remisión en bloque esta vez a las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que en ocasiones, como veremos, resulta insuficiente y plantea algunos interrogantes de no muy fácil solución.

## **2. CARACTERES GENERALES Y NATURALEZA DEL PROCEDIMIENTO: SU REPERCUSIÓN EN LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Como es sabido este procedimiento se articula en torno a un modelo de resolución judicial unificado a escala de la Unión Europea, la orden de detención y entrega, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal con competencia en materia penal de un Estado miembro (Estado de emisión) que solicite la entrega de una persona por parte de la autoridad judicial de otro Estado miembro (Estado de ejecución) buscada y requerida, ya para el seguimiento de acciones penales, ya para el cumplimiento de una condena impuesta, siempre que, en ambos casos, la pena o medida de seguridad privativa de libertad previsible o efectivamente impuesta, supere los mínimos exigidos -de conformidad con la Decisión marco- por la ley (doce o cuatro meses, respectivamente).

Partiendo del carácter netamente jurisdiccional de este nuevo instrumento jurídico, su naturaleza es la de un *procedimiento* al servicio de un proceso penal tanto para posibilitar su sustanciación, como para permitir el cumplimiento de la condena ya impuesta, facilitando la presencia del imputado en enjuiciamientos en curso o ya concluidos en países que no son aquel en el que se encuentra el sujeto reclamado. En consecuencia, no podemos hablar aquí con propiedad de *proceso* penal, puesto que no tiene por objeto la determinación de la posible responsabilidad penal de un sujeto, ni la atribución de unos hechos punibles a una persona, sino únicamente permitir o facilitar la sustanciación de un proceso penal en otro Estado miembro o el cumplimiento de la sentencia allí impuesta<sup>6</sup>. Este extremo hace que no se puedan trasladar al esquema de la euro-orden todas las garantías del proceso penal, pero sí algunas de ellas, señaladamente el derecho de defensa y las garantías que han de rodear las restricciones al derecho a la libertad ambulatoria, como ha destacado nuestro Tribunal Constitucional<sup>7</sup>.

Precisamente, y en atención a las medidas cautelares personales, que limitan o restringen el citado derecho a la libertad, llama la atención en primer término el modo particular en que se conforma la detención y entrega de la persona puesto que, a diferencia de los procedimientos de extradición en que la detención preventiva del reclamado aparece como medida cautelar diferenciada y eventual, supeditada a la petición expresa

---

<sup>6</sup> En este sentido DE HOYOS SANCHO, M., “Cooperación judicial en la Unión Europea: reflexiones en torno al nuevo sistema de ejecución simplificada”, en *Actas del II Congreso Internacional “El futuro de Europa a debate”*, obra colectiva cit. pp.68 y 69.

<sup>7</sup> Entre otras, sentencias 5/1998, de 12 de enero y 141/1998, de 29 de junio pronunciadas en relación con la extradición, pero cuyas consideraciones entendemos perfectamente trasladables a la euro-orden.

del órgano requirente en caso de riesgo de fuga, de adopción facultativa y condicionada además a la posterior petición formal de extradición, se revela aquí como medida instrumental de la entrega y adoptada para hacer efectiva ésta, estando una y otra comprendidas en la misma solicitud y siendo la primera de cumplimiento obligatorio por el juez requerido<sup>8</sup>, sin perjuicio de que posteriormente pueda sustituir esta medida por otra más o menos grave como la prisión o libertad provisional en tanto se adopta la decisión sobre la entrega.

Se ha dicho, por ello, que el nuevo instrumento legislativo ha dado lugar a la creación de un título judicial europeo homologado, incorporado a la Decisión marco como anexo y que, emitido en la lengua del Estado donde se va a ejecutar la detención, tiene la misma fuerza de obligar que la que tendría una orden nacional de arresto<sup>9</sup>.

Por otra parte cobra especial importancia a efectos de medidas cautelares personales, en las que el elemento temporal es una circunstancia de singular relevancia en cuanto está comprometido el derecho a la libertad, la rapidez con que se debe tramitar este procedimiento. Basta echar un vistazo a los artículos que se ocupan de la cuestión para comprobar que, al menos sobre el papel y desde un punto de vista temporal, nos encontramos ante un procedimiento extremadamente ágil puesto que recibida la orden de detención, la decisión de entrega debe producirse en unos plazos que oscilan entre los diez y los noventa días, a los que se añadirán posteriormente otros diez más para efectuar la entrega acordada, lo que comparativamente con los procedimientos de extradición supone un notable avance.

En este sentido y a modo de ejemplo, el primer caso en que la autoridad judicial española se ha ocupado como autoridad de ejecución de una euro-orden, transcurrió menos de un mes desde que la autoridad judicial de emisión acordó la detención y entrega y la autoridad judicial española resolvió su concesión<sup>10</sup>. Y a la vista de los datos estadísticos que arroja la actuación de la Audiencia Nacional<sup>11</sup>, órgano judicial designado por España para la ejecución de las órdenes europeas (artículo 2.2. LOEDE), puede observarse cómo este plazo de entrega, con algunas oscilaciones, según medie o no el consentimiento del interesado<sup>12</sup>, se viene manteniendo, siendo sensiblemente más reducido que los nueve o doce meses que se manejaban para la extradición.

---

<sup>8</sup> Siempre naturalmente que la solicitud se emita en relación con un supuesto comprendido en el ámbito de aplicación de la euro-orden de conformidad con el artículo 2 de la Decisión marco.

<sup>9</sup> No es, por tanto, un mero certificado o *affidavit* que acompañe a la documentación y resolución originales. Así lo destaca IRURZUN MONTORO, F., “La orden europea de detención y entrega”, en *Noticias de la Unión Europea*, 2003, núm.225, p.46.

<sup>10</sup> Practicada la detención el 13 de enero de 2004 de la persona buscada en virtud de orden europea acordada por las autoridades finlandesas, éstas remitieron la orden el 16 de enero y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional acordó la entrega por auto de 10 de febrero de 2004.

<sup>11</sup> Datos del cuestionario de la Comisión dirigido a la Red Judicial Europea sobre la puesta en práctica de la orden europea de detención y entrega.

<sup>12</sup> Mediando consentimiento, la resolución se ha dictado en un máximo de siete días desde la detención y se ha efectuado la entrega en un plazo de quince días desde la detención. Faltando dicho consentimiento las resoluciones se han dictado en un plazo medio de treinta y cinco días desde la detención.

### 3. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTREGA ACTIVA (EMISIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA).

Sin desconocer las distancias que median entre la extradición y la orden de detención y entrega, lo cierto es que la mayor parte de los criterios de clasificación empleados para con aquélla, pueden ser aplicados a esta nueva institución con la mínima adaptación que requiere su particular naturaleza<sup>13</sup>, entre ellos el que atendiendo a la posición que en él adopta la autoridad judicial distingue entre una orden de detención *activa* y otra *pasiva*, en función de que sea aquélla quien la emita para que sea ejecutada por la autoridad de otro Estado miembro o, por el contrario, sea quien la reciba para su inmediata ejecución.

Tal criterio es precisamente el seguido por el legislador español a la hora de transponer la Decisión marco y, de este modo, permite analizar del modo más sencillo y descriptivo la materia cautelar en función de que sean los Juzgados de instrucción españoles los que precisen emitir una orden y requerir la adopción de medidas cautelares en apoyo de su solicitud o sean por el contrario las autoridades judiciales españolas (Juzgados Centrales de Instrucción y, en su caso, Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional) los que deban resolver una solicitud de entrega y adoptar medidas cautelares al respecto.

#### 3. 1. Algunas precisiones sobre la competencia judicial.

El capítulo II de la LOEDE regula en cuatro preceptos (artículos 4 a 8) el modo de proceder cuando una autoridad judicial española pretende emitir una orden europea de detención a efectos de que sea entregada, en su caso, la persona buscada al objeto de proceder penalmente o exigirle el cumplimiento de una condena ya impuesta.

De conformidad con la ley española, la emisión de una orden europea requiere de resolución judicial ajustada a los términos señalados en el artículo 3 y emitida por un órgano competente que, conforme artículo 2.2<sup>14</sup>, lo será el Juez o tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes. Por lo tanto, cualquier Juez o tribunal investido de competencia genérica en materia penal que en función del motivo para el cual se emita la orden (seguimiento de acciones contra el reclamado o ejecución de condena ya dictada contra él) y la fase del procedimiento en la que se dicte podrán ser los órganos competentes para la instrucción de las causas penales (Juzgados de instrucción o, en su caso, Juzgados Centrales de Instrucción<sup>15</sup>), o bien los competentes para el enjuiciamiento y ejecución de la condena (Juzgados de lo Penal, Juzgados Centrales de lo Penal y

---

<sup>13</sup> V.gr. activa/pasiva; instructoria/ejecutoria; mediata/inmediata; ordinaria/simplificada; temporal/definitiva; para su análisis me remito a mi trabajo sobre “ La orden europea de detención y entrega...”, op.cit., págs. 22 a 24.

<sup>14</sup> Punto de partida lo constituye el artículo 6.1 de la Decisión marco que requiere que la orden de detención sea emitida por una autoridad judicial y que además ésta sea competente en virtud por haber sido designada como tal de acuerdo con la legislación interna de los Estados miembros que deberán informar al respecto a la Secretaría General del Consejo.

<sup>15</sup> Si bien, y en caso de aforamiento del reclamado, resultará competente el magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, según los casos, que conforme a un turno preestablecido haya sido designado para actuar en esa causa como instructor (artículos 73.4 y 57.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial)

Audiencias Provincial y Nacional, además de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo en casos de aforamiento).

Se plantea la duda de si los Juzgados de Menores (y Juzgado Central de Menores) tendrán también la posibilidad de hacer uso de la orden europea a efectos de que pueda procederse penalmente contra un menor<sup>16</sup> o pueda ser ejecutada la medida que se le hubiera impuesto en el procedimiento de menores. Las dudas surgen por la dificultad que entraña equiparar las medidas que pueden imponerse a los menores con las sanciones para cuya imposición o ejecución puede emitirse la euro-orden: penas privativas de libertad o medidas de seguridad. No vemos obstáculo para ello, al menos en lo referente a aquellos hechos cometidos por el menor merecedores de una medida de internamiento, especialmente si ésta en atención a la gravedad de la conducta fuera en régimen cerrado cuya naturaleza es asimilable plenamente a la pena privativa de libertad pudiendo tener una duración en determinados casos de hasta cinco años (artículo 9.3ª a 5ª de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

Otra cuestión dudosa es si los órganos de la jurisdicción militar pueden emitir órdenes europeas con respecto a los hechos punibles a que extiende su competencia esta jurisdicción especial: los delitos militares. Ciertamente ni en la Decisión marco ni en la LOEDE se encuentra mención alguna a este extremo y a esta categoría de delitos, tradicionalmente excluidos del ámbito de la extradición. Recordemos que en las dos leyes orgánicas para la cooperación con los Tribunales internacionales para Yugoslavia y Ruanda, así como en la Ley orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional hay una norma competencial referida al Tribunal Militar Central<sup>17</sup>, algo que brilla por su ausencia en la LOEDE, sin que tampoco se haya producido modificación alguna al respecto en la Ley orgánica procesal militar española<sup>18</sup>. En principio y dado que no se encuentra limitación alguna en la ley, no parece que haya obstáculo para que a su amparo pueda emitirse por el órgano jurisdiccional militar competente una orden europea siempre que lo sea por hechos punibles tipificados en el Código de Justicia Militar y sancionados con penas que cumplan los límites señalados en la LOEDE. La amplia formulación del art.2.2 LOEDE que considera en España autoridad judicial de emisión competente a los efectos de emitir la orden europea al *juez o tribunal* que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes, daría cabida a los Juzgados togados militares y Tribunales militares territoriales; no obstante y debido al juego del principio de doble incriminación o tipificación y a la gran diversidad entre las distintas legislaciones militares, su éxito se nos antoja bastante improbable.

### 3.2. Objeto.

---

<sup>16</sup> Téngase en cuenta que si bien la mayoría de edad penal en España se cifra en dieciocho años (artículo 19 del Código Penal), podrá exigirse responsabilidad penal a los menores de dieciocho años y mayores de catorce, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (artículo 1º.1).

<sup>17</sup> Vid., respectivamente, artículo 4.2 de la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio; artículo 4.2 de la Ley Orgánica 4/1998, de 1 de julio; y artículo 4.f) de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre.

<sup>18</sup> Modificada, por cierto, en fecha próxima (por ley orgánica 9/2003, de 15 de julio) a la promulgación de la LOEDE.

El artículo 5.1 de la LOEDE, en armonía con el 2.1 de la Decisión marco, permite a los jueces y tribunales españoles dictar una orden europea con el fin de proceder al ejercicio de acciones penales por aquellos hechos constitutivos de delito<sup>19</sup> para los que la ley penal española señale en abstracto<sup>20</sup> una pena o medida de seguridad cuya duración máxima sea, al menos, de doce meses o con el fin de proceder a la ejecución de una condena a una pena o a una medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad<sup>21</sup>.

A este objeto o finalidad, que podríamos calificar como *mediato*, se añade o puede añadirse un doble objeto de carácter inmediato. Por un lado, y de modo necesario, la intimación a la autoridad judicial de ejecución para que proceda a la detención y entrega de la persona respecto de la cuál se emite la euro-orden. Por otro lado, y de modo facultativo, el artículo 5.3 de la LOEDE permite al órgano judicial español que solicite a las autoridades de ejecución que *de conformidad con su derecho interno*, entreguen los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito. Además y para el caso de que la euro-orden se emita para ejercitar acciones penales contra el reclamado, el artículo 8 prevé la posibilidad de solicitar de la autoridad judicial de ejecución la entrega temporal del reclamado previa a su decisión de entrega definitiva o bien la autorización para que el órgano de emisión pueda desplazarse al Estado del órgano de ejecución para interrogar a la persona reclamada (artículo 8.1).

Detengámonos en los dos primeros fines señalados, por el componente cautelar que entrañan.

### ***3.2.1 Detención y otras eventuales medidas cautelares menos interinas.***

En lo referente a la primera vertiente, y prescindiendo aquí de analizar el modo de transmisión y la detención misma, la orden europea siempre que se haya emitido para un

---

<sup>19</sup> Aunque el artículo 1.1 LOEDE no concreta que los ilícitos penales que pueden dar lugar a una orden de detención y entrega, deben tener, con arreglo a la legislación española, la calificación de delitos y no de faltas, sí lo hace en otros artículos de la ley (v.gr. artículos 3.e), f) y g); 5.2 y 3; 9.1) y en la propia Exposición de Motivos. Además la exigencia que se recoge posteriormente (artículo 5.1) en cuanto a la duración de la pena o medida de seguridad, la propia naturaleza de la euro-orden y el hecho de que se traduzca de modo inmediato en la detención de la persona, evidencia, a todas luces, que debe referirse a hechos punibles tipificados como delitos.

<sup>20</sup> No precisa la ley, como tampoco la Decisión marco, si en el caso de que la orden de entrega se curse para el enjuiciamiento de la persona reclamada, la pena conminada y relevante es la *abstracta* o la *concreta*. Al no aparecer referencia alguna al grado de participación ni al de ejecución del delito, parece que la solución se inclina del lado de la pena abstracta, algo que, por lo demás, se halla en consonancia con el sistema seguido por nuestra Ley de Extradición (véase, expresamente, su Preámbulo), así como por el Convenio europeo de extradición y, especialmente, con la agilidad del nuevo procedimiento y el mínimo margen de valoración que se deja en manos de la autoridad de ejecución debido al principio de confianza mutua que lo preside.

<sup>21</sup> Inicialmente la última previsión señalada chocaba con lo establecido en el artículo 36 del Código penal español que fijaba en seis meses la duración mínima de la pena de prisión lo que impedía que pudiera imponerse pena privativa de libertad por debajo de esa cuantía ni tampoco, por consecuencia, medida de seguridad privativa de libertad del artículo 96.2 del Código Penal. Tal falta de sintonía ha desaparecido como consecuencia de la reforma operada por Ley orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que ha dado nueva redacción al apartado primero del artículo 36 fijando en tres meses la duración mínima de la pena de prisión.



supuesto comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Decisión marco es automáticamente ejecutiva en cuanto a la práctica misma de la detención, sin perjuicio de que posteriormente pueda ser dejada sin efecto por la autoridad judicial (no así por la policial que la hubiera practicado), acordando en cualquier momento y de conformidad con su derecho interno la libertad provisional, si bien con las medidas necesarias para evitar la fuga de la persona buscada.

Además y si no se hubiera remitido directamente la orden a la autoridad judicial del otro Estado miembro acudiéndose, en cambio a los sistemas europeo —SIS, SIRENE— e internacional —INTERPOL— de difusión de órdenes (v.gr. por hallarse la persona buscada en paradero desconocido) ha de tenerse en cuenta que en muchos casos no basta con la descripción en el SIS sino que una vez comunicado el hallazgo de la persona buscada, la autoridad judicial de emisión española deberá remitir la orden en el plazo que le señale la autoridad judicial de ejecución, puesto que de no hacerse así la persona hallada puede ser puesta en libertad.

Es la legislación del Estado miembro de ejecución, la que regulará el modo de llevar a cabo la detención, derechos del detenido, plazo de puesta a disposición judicial y demás extremos al respecto, si bien entendemos que hay una serie de mínimos a cumplir sea cual fuere el Estado de ejecución: el derecho a la asistencia letrada y de intérprete, expresamente consagrados en los artículos 6.3 y 5.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>22</sup> y de los que se ocupa el Libro Verde de la Comisión sobre Garantías procesales para sospechosos e inculcados en procesos penales en la Unión Europea<sup>23</sup>. De este modo, y en nuestra opinión, la redacción del artículo 11 de la Decisión marco que reconoce al detenido el derecho a la asistencia letrada y, en caso necesario, de intérprete, *de conformidad con el derecho del Estado de ejecución*, debe ser interpretado a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos partiendo del reconocimiento real y efectivo de ese derecho a partir de la detención, sin perjuicio de que para su materialización (v.gr. derecho a abogado de libre confianza o de oficio, forma de designar a este último, forma de asistencia —activa o pasiva— en la declaración policial, etc.) se proceda conforme a la legislación interna del Estado miembro. En definitiva, las diferencias que en esta materia median entre los Estados miembros, no deben afectar a ese mínimo indiscutible

---

<sup>22</sup> Reformulándose como artículo II.47 al incorporarse la Carta al Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (CONV 850/03) cuyo texto definitivo fue aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma el 29 de octubre de 2004.

<sup>23</sup> Apartados 4 y 5, respectivamente. Como se declara en el apartado 1.7 “aunque las diferencias en la manera como las normas procesales nacionales trasladan, en la práctica, los derechos humanos no suponen necesariamente violaciones del CEDH, sin embargo, con la existencia de prácticas divergentes se corre el peligro de dificultar la confianza que constituye la base del reconocimiento mutuo. Esto justifica una actuación de la Unión Europea de conformidad con la letra c) del artículo 31 del TUE, que no necesariamente tiene que adoptar la forma de una acción imperativa que obligue a los Estados miembros a modificar sustancialmente sus códigos de enjuiciamiento criminal, sino más bien la de una “mejor práctica europea”, cuya finalidad sería facilitar el funcionamiento en la práctica de estos derechos, aportando una mayor visibilidad y eficacia. No hace falta decir que el resultado, en ningún caso, ha de suponer ninguna reducción de la protección actualmente ofrecida por los Estados miembros”.

reconocido en la Decisión marco que es el derecho a la asistencia letrada y, en su caso, de intérprete desde la detención.

También es la legislación de dicho Estado de ejecución la que deberá prever un catálogo más o menos amplio de garantías para asegurar la libertad provisional de la persona buscada que pudiere haber sido acordada por la autoridad judicial de ejecución al amparo de lo previsto en el ya citado artículo 12 de la Decisión marco. A este respecto, se ha criticado la debilidad de estas previsiones, que contrastan con el proyecto inicial de la Comisión donde tras precisar que la persona buscada se halla bajo la responsabilidad del Estado miembro de ejecución, se había previsto un marco bastante detallado de las posibilidades de puesta en libertad, teniendo en cuenta las garantías que la persona ofreciera de volver a comparecer y su compromiso de quedar a disposición de la justicia para la entrega, pudiendo en particular imponer algunas de las previstas en su derecho nacional a efectos de la libertad provisional como la prestación de una fianza, prohibición de salir de un determinado perímetro geográfico, obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades de control, etc<sup>24</sup>.

La posible falta de armonía de las disposiciones procesales en esta materia en los distintos Estados miembros, en el sentido de que no todos cuentan con alternativas adecuadas a la prisión provisional, y la necesidad de generalizar tales alternativas y buscar otras nuevas no ya en el procedimiento de la euro-orden, sino en cualquier supuesto en que se sigan actuaciones en uno de los Estados miembros contra una persona residente en otro Estado, ha cristalizado en la existencia del Libro Verde sobre reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad<sup>25</sup>, entre las cuales se recoge expresamente la *eurofianza (eurobail)*, articulándose como modelo europeo de puesta en libertad provisional fundado sobre un reparto de funciones ente la jurisdicción del Estado donde se sigan actuaciones contra el sospechoso o detenido y la del país de su residencia, de tal modo que la primera de ellas determina en un primer momento si la infracción en cuestión autoriza la puesta en libertad y, en caso afirmativo, el interesado es reenviado al país de residencia donde el Juez toma la decisión final sobre la medida de garantía de libertad provisional habida cuenta de que se encuentra en mejores condiciones para apreciar los riesgos existentes, y comprometiéndose a reenviar al interesado al Estado donde se sigue el proceso en el momento que sea necesario<sup>26</sup>. La idea central, por tanto, es

---

<sup>24</sup> La ausencia de estas previsiones en el texto final que por el contrario sí se contenían en el artículo 14 de la inicial Propuesta de la Comisión [COM (2001) 522 final] fue especial motivo de crítica en el seno del Parlamento europeo donde se llegó a presentar una enmienda, que fue rechazada, destinada a crear la *eurofianza*.

<sup>25</sup> Presentado por la Comisión el 17.08.2004 —COM (2004) 562 final—, cuya finalidad es sentar las bases del debate para la preparación de la propuesta de la Comisión sobre un nuevo instrumento legislativo para el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales relativas a las medidas de control no privativas de libertad.

<sup>26</sup> Se pretende así la adopción de un instrumento que permita a los Estados miembros de la Unión Europea reconocer mutuamente las medidas de control no privativas de libertad, algo inexistente en el momento actual dado que las diversas alternativas existentes en los derechos nacionales no pueden transponerse ni transferirse a través de las fronteras ya que los Estados no reconocen las resoluciones judiciales extranjeras. La creación de este nuevo instrumento, actualmente en fase todavía embrionaria, contribuirá a reducir el número de detenidos no residentes en régimen preventivo en la Unión Europea, reforzar el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia y otorgar un trato más igualitario entre

sustituir la medida de prisión preventiva por otra de control no privativa de libertad (v.gr.orden europea de presentarse ante las autoridades, combinada con una orden de prohibición de viajar) y transferir esa medida al Estado miembro en el que normalmente reside el imputado; de éste modo se le permite a dicha persona estar sujeta a la medida de control en su entorno habitual hasta la celebración del juicio en el Estado miembro extranjero que la acordó. Naturalmente para garantizar el cumplimiento de esa medida de control no privativa de libertad, el nuevo instrumento debe incluir como último recurso, un mecanismo coercitivo que permita enviar al imputado que no coopere, al Estado en que se celebrará el juicio por la fuerza si fuere necesario.

Por otra parte y aún cuando nada se prevea ni en el texto de la Decisión Marco ni en el de la LOEDE, nada impide que la autoridad judicial de emisión pueda interesar del Juez del Estado requerido la adopción de alguna medida cautelar particularmente grave como es la prisión provisional en supuestos en que las circunstancias concurrentes así lo aconsejen sin perjuicio, naturalmente, de que la decisión final sea adoptada por dicha autoridad requerida en atención a su derecho interno. Pensemos, por ejemplo, el caso de que el Juez español tenga constancia de que la persona buscada pretende entrar en contacto con un testigo residente en dicho Estado para presionarle e impedir su testimonio o bien pretende hacer desaparecer o falsificar elementos de prueba escritos que puedan allí hallarse; en tales casos excepcionales un instrumento válido para atajar estos peligros sería que el Juez requirente facilitara inmediatamente al requerido informaciones suficientes para situarle en posición de contar con elementos de juicio suficientes para adoptar la medida<sup>27</sup>. Aunque ubicado en sede de resolución sobre la entrega, el artículo 15.3 de la Decisión marco podría dar cobertura a esta eventualidad al señalar que la autoridad judicial emisora podrá transmitir a la de ejecución en cualquier momento (por lo que, entendemos, también con el propio formulario de euro-orden) cuanta información complementaria sea de utilidad; igualmente el artículo 7.III de la LOEDE admite expresamente la posibilidad de que con posterioridad a la transmisión de la orden europea la autoridad judicial española de emisión transmita a la de ejecución cuanta información complementaria sea de utilidad para proceder a su ejecución.

### ***3.2.2. Intervención y entrega de objetos.***

El precepto que en la Decisión marco se ocupa de esta cuestión (artículo 29), ha sido extraído directamente del Convenio de 1957 con el fin de mantener el orden jurídico que existe en esta materia, según daba cuenta la Comisión en su Propuesta de Decisión presentada al Consejo<sup>28</sup>, y debe interpretarse a la luz de las disposiciones específicas del Convenio de 2000 sobre Asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea; en particular, de su artículo 8.

---

sospechosos (imputados) residentes y no residentes al permitir a estos últimos disfrutar también de esas medidas alternativas poniendo fin a la generalizada tendencia de mantenerlo en prisión por el riesgo de fuga.

<sup>27</sup> Solución que se apunta en el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión al Libro Verde sobre el reconocimiento mutuo de las medidas de control no privativas de libertad [SEC (2004)1046], apartado 4.6.2.3.

<sup>28</sup> Véase el artículo 42 de la Propuesta presentada el 19 de septiembre de 2001 [COM (2001) 522 final], relativo a la entrega de objetos.

En lo relativo a la posible solicitud de que la autoridad judicial de ejecución intervenga y entregue, junto con la persona reclamada, los objetos que constituyan medios de prueba o efectos del delito a instancias de la autoridad de emisión española, el artículo 5.3 de la LOEDE recoge la posibilidad ya señalada en el artículo 29 de la Decisión marco, que de forma más completa que el precepto que lo transpone al ordenamiento español añade que esta entrega deberá hacerse efectiva aún cuando la orden de detención europea no pudiera ejecutarse debido al fallecimiento de la persona reclamada o a la evasión de la persona buscada.

Además, se prevé que si tales objetos fueran susceptibles de embargo o comiso en el Estado miembro de ejecución éste podrá retenerlos si fueran necesarios para un proceso penal en curso o bien entregarlos al Estado emisor a condición de que sean devueltos, lo que evidencia, claramente, que el requerimiento de la autoridad judicial de emisión es de obligado cumplimiento para la de ejecución salvo la excepción señalada que, en todo caso, permite la entrega condicionada a la vez que contempla indirectamente la aplazada. No obstante, y según dispone el último apartado del precepto que comentamos (29.4 de la Decisión marco), se mantendrán todos los derechos que el Estado miembro de ejecución o terceros puedan haber adquirido sobre dichos objetos, lo que entraña el deber de proceder a su devolución por parte del Estado miembro emisor una vez terminado el proceso.

Ciertamente ni la LOEDE ni la Decisión Marco prevén expresamente la posibilidad de instar medidas cautelares que aseguren la entrega solicitada por el Estado de emisión, más allá de la estricta *intervención* de los objetos que junto con la entrega habrá de solicitarse en el propio formulario de la orden europea (apartado g); a este tenor, será la propia legislación del Estado requerido la que prevea medidas al respecto, como el secuestro o el depósito, para asegurar la entrega efectiva de los objetos pedidos.

Cosa distinta es que se considere conveniente por parte de la autoridad judicial requirente solicitar de la autoridad judicial de ejecución la adopción de alguna medida complementaria que aún no estando expresamente prevista en el esquema de la euroorden, sí lo esté en otros instrumentos de cooperación. En tal sentido y aunque no existe una mención expresa a las medidas cautelares, podría ser invocado el Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 sobre solicitudes de asistencia que se refieran al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que sean o hayan sido objeto del procedimiento penal en el Estado requirente<sup>29</sup>. No ha ratificado en cambio España el Protocolo de este Convenio, de 16 de octubre de 2001 que permitiría realizar una petición de información y control sobre cuentas y transacciones bancarias, siempre que se trate de investigaciones en relación con

---

<sup>29</sup> Así se recoge en el Prontuario de Asistencia Judicial Internacional elaborado por el Consejo General del Poder judicial, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado (p.16), si bien ha de tenerse en cuenta que ese Convenio sólo es aplicable entre España, Portugal, Países Bajos, Finlandia y Francia, por lo que en otros casos habrá de acudir a otros instrumentos, señaladamente, al Convenio de asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959, ratificado hasta la fecha por cuarenta y tres Estados, todos miembros del Consejo de Europa, a excepción de Israel.

delitos que caigan bajo su marco de aplicación, más estricto ciertamente que el de la euro-orden<sup>30</sup>.

Es evidente la conveniencia de avanzar en el camino de la cooperación penal entre los Estados miembros y, a este respecto ha de advertirse que el modelo de entrega inmediata de objetos previa intervención contemplado por la euro-orden y limitado a los que puedan considerarse fuentes de prueba o efectos del delito, puede considerarse como punto de partida para la extensión del principio del reconocimiento mutuo a otro tipo de resoluciones en materia penal. En este sentido a la posterior Decisión marco del Consejo de 22 de julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas<sup>31</sup> que ha de ser implementada por los Estados miembros antes del 2 de agosto de 2005, ha de sumarse la Propuesta de Decisión marco relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, adecuado complemento de la anterior<sup>32</sup>.

### ***3.2.3. Otros extremos relacionados con las medidas cautelares.***

Dejando al margen lo relativo al contenido a que deberá ajustarse la orden europea (artículos 3 LOEDE y 8 de la Decisión marco), cumplimentándose debidamente el formulario que a tal fin se establece en el anexo a los citados textos, sí conviene apuntar que en caso de haberse solicitado la entrega para el ejercicio de acciones penales contra el reclamado, puede ser conveniente solicitar la autorización para desplazarse al Estado recurrido a efectos de tomar declaración al reclamado<sup>33</sup> o bien pedir su entrega temporal, conforme autoriza el artículo 18.1 de la Decisión Marco siendo conveniente, en este último caso que en la petición se justifiquen los problemas que la entrega normal y necesariamente “aplazada” puede comportar para la justicia penal del Estado requirente: desaparición de fuentes de prueba, imposibilidad de enjuiciamiento separado de los diversos responsables del hecho siendo uno de ellos el reclamado, prescripción del delito, etc.

Precisamente una de las cuestiones que podrían aconsejar su entrega temporal sería para acordar en el procedimiento seguido en España medidas cautelares reales en aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, permitiendo su adopción con la debida contradicción que parece exigir la nueva regulación sentada en esta materia tras la

---

<sup>30</sup> Vid. artículo 1.3 del Protocolo que lo circunscribe a infracciones sancionables con pena privativa de libertad o medida de seguridad de una duración máxima de al menos cuatro años en el Estado requirente y al menos dos en el requerido (o se trate de una infracción mencionada en el artículo 2 del Convenio Europol o una infracción contemplada en el Convenio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas en su Protocolo de 1996 o en su segundo protocolo de 1997).

<sup>31</sup> DO L 196/45 de 2 de agosto de 2003.

<sup>32</sup> Propuesta de Decisión marco del Consejo presentado por la Comisión con fecha 14 de noviembre de 2003 (COM (2003) 688 final).

<sup>33</sup> En cuyo caso habrán de observarse las prescripciones contenidas en los artículos 7 y siguientes del Reglamento 5/1995, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de junio de 1995, parcialmente modificado en lo relativo a la cooperación jurisdiccional internacional por el Acuerdo reglamentario 5/2003, de 20 de mayo, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial.

reforma operada por ley 38/2003, de reforma del procedimiento abreviado y juicios rápidos en atención a la remisión que el artículo 764 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal efectúa a la ley procesal civil, al menos en lo que a las destinadas al aseguramiento de las responsabilidades civiles *stricto sensu* se refiere.

No obstante, podría solicitarse de forma alternativa la práctica de la declaración del detenido por videoconferencia, que aunque no está prevista expresamente ni en la Decisión Marco (aunque sí lo estaba en el texto de la propuesta inicial de la Comisión), ni en la LOEDE, sí lo está en otros instrumentos (v.gr. Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, artículo 10) y en la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 325 y 731 bis) y serviría para observar las garantías de contradicción exigidas actualmente con el mínimo coste. Así se menciona expresamente en la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*<sup>34</sup>, señalando que la solicitud podría efectuarse bien en la misma orden europea (en el apartado f), bien en un momento posterior, caso, este último, en que la autoridad judicial española lo solicitará directamente de la autoridad judicial competente del Estado de ejecución por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita en condiciones que le permitan establecer su autenticidad.

Obviando igualmente todo lo relativo a la transmisión de la orden, ha de tenerse en cuenta que la tramitación posterior se sigue en el Estado requerido y receptor de la orden de detención y dependerá de su legislación que deberá ajustarse naturalmente a las directrices marcadas por la Decisión marco, destacando en este momento, y en lo que respecta a la autoridad española emisora y a la materia cautelar los siguientes extremos:

- Cabe la posibilidad, de que a la autoridad emisora le sea solicitada con carácter de urgencia la información complementaria que a juicio de la de ejecución sea necesaria para poder pronunciarse sobre la entrega, debiendo cumplimentarla en el plazo que a tal efecto se le señale, que deberá ser breve al objeto de respetar los plazos genéricos para la decisión sobre la entrega que, por regla general, no deben superar los sesenta días (artículos 15.2 y 17 de la Decisión marco).

- Acordada la entrega, y al margen de que eventualmente y si así se hubiera solicitado se hubiera podido acordar previa y provisionalmente el traslado temporal o el interrogatorio por la autoridad judicial de emisión desplazada al Estado miembro de ejecución, se notificará de inmediato a la autoridad judicial emisora y se hará efectiva en la forma y fecha acordada entre las autoridades judiciales implicadas, debiéndose acompañar, en su caso, de los efectos del delito y piezas de convicción (artículos 22, 23 y 29 de la Decisión marco).

- Además se le deberá remitir en el momento de la entrega toda la información relativa a la duración de la privación de libertad de la persona

---

<sup>34</sup> Elaborada por un grupo de expertos en cooperación judicial internacional procedentes del Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Audiencia Nacional y de los Ministerios de Justicia e Interior.

buscada mientras se ha tramitado la orden europea, a los efectos de que posteriormente le sea descontado del tiempo de privación de libertad que deba sufrir en el Estado de emisión (artículo 26 de la Decisión marco). Tales previsiones igualmente recogidas en el artículo 5.4 de la LOEDE enlazan directamente con el artículo 58.1 de nuestro Código penal regulador del tradicionalmente conocido como “abono de la prisión preventiva”, si bien se extiende a otras privaciones de derechos acordadas cautelarmente y no sólo del derecho a la libertad<sup>35</sup>.

Ahora bien, cosa distinta es si dicho plazo debe ser igualmente computable a efectos de determinación de los plazos máximos previstos en el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de una prisión provisional acordada por el juez español al que se haya hecho la entrega para asegurar el desarrollo del proceso penal seguido en nuestro país contra dicha persona y que motivó la emisión de la euro-orden. La respuesta parece inclinarse del lado negativo puesto que no sería razonable conseguir que la persona reclamada regrese coactivamente a España para ser juzgado y ponerle en libertad una vez se encuentre aquí; y por otro lado porque en la mayor parte de las ocasiones este período de privación de libertad no es imputable al funcionamiento de la administración de justicia española sino a la propia conducta del sujeto, que ha intentado eludirla fugándose a otro Estado<sup>36</sup>. Además del elemento teleológico, aboga en pro de esta interpretación el propio artículo 504 citado que tras señalar los plazos máximos de duración de esta medida cautelar precisa que no se tendrá en cuenta para su cómputo “el tiempo en que la causa sufriere dilaciones no imputables a la Administración de justicia”<sup>37</sup>. El propio tenor literal de los preceptos en cuestión (26 de la Decisión marco y 5.4 de la LOEDE) indican con claridad que la magnitud de la cual deberá descontarse el período de privación de libertad de la persona buscada será la *pena* o la *medida de seguridad impuesta*, pero no la prisión preventiva que a efectos cautelares pueda adoptarse en el proceso seguido en el Estado de emisión.

- Junto a la aceptación o denegación de la entrega, cabe una tercera variante de interés consistente en la suspensión de la entrega acordada por tener el reclamado causa pendiente en el Estado de ejecución o haber sido condenado

---

<sup>35</sup> En tal sentido hubiera sido conveniente que la Decisión marco teniendo presente la existencia de dicha previsión más amplia en las legislaciones de los diversos Estados miembros hubiera previsto que a la información del Estado de ejecución sobre el tiempo que el reclamado hubiera sufrido privación de libertad por razón de la euro-orden se añadiera igualmente la que se hubiera derivado de la adopción de otras medidas cautelares en previsión de la eventual pena impuesta o susceptible de imposición de la misma naturaleza respecto de la cual realizar el abono.

<sup>36</sup> Así y a propósito de la extradición, PASTOR BORGONÓN, B., *Aspectos procesales de la extradición en derecho español*, Madrid, 1984, p.120

<sup>37</sup> Artículo 504.5.II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así lo hacía notar BELLIDO PENADÉS a propósito de la extradición, añadiendo que dicha interpretación ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (STC 8/1990, de 18 de enero) estimando que, pese a no ser la más favorable al inculpado, no comporta vulneración del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17 de la Constitución española por cuanto las dilaciones acaecidas en el proceso penal español obedecieron única y exclusivamente a la intencionada conducta del recurrente en amparo (*La extradición en derecho español. Normativa interna y convencional: Consejo de Europa y Unión Europea*), Madrid, 2001, pp.187 y 188).

en él por hecho distinto del que motivó la euro-orden y a los efectos de que pueda ser enjuiciado o pueda cumplir en su territorio la pena impuesta (artículo 24.1 de la Decisión marco). En tales casos la autoridad de emisión española podrá solicitar el traslado temporal de dicha persona con el fin de proceder a la práctica de diligencias penales o para la celebración de la vista oral; así se dispone en el artículo 8.2 de la LOEDE que da por supuesto que el juego de esta posibilidad se limita, obviamente, a los casos en que la orden se haya dictado a efectos de ejercicio de acciones penales contra el reclamado puesto que una entrega temporal a efectos de cumplir una condena ya impuesta, carece de sentido. Aunque la ley no añade nada más sobre este punto, ha de tenerse presente que el juez requirente deberá fundamentar su solicitud de entrega temporal en la necesidad de realizar determinadas diligencias instructorias (entre las que perfectamente puede encontrarse el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de la causa) o la celebración del propio juicio oral, aportando cuantos datos considere justificativos e importantes de cara a su concesión por el juez de ejecución (evitar la suspensión del juicio oral, especialmente en caso de pluralidad de acusados, siendo uno de ellos el reclamado; posible prescripción del delito, etc.).

#### **4. LAS MEDIDAS CAUTELARES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ENTREGA PASIVA (EJECUCIÓN DE UNA ORDEN EUROPEA).**

El capítulo III de la LOEDE (arts.9 a 23) regula de forma detallada el modo de proceder cuando una autoridad judicial española recibe de la autoridad judicial de otro Estado miembro una orden europea de detención y entrega respecto de una persona que se encuentra en territorio español. En tal caso nos encontramos ante la modalidad de entrega pasiva, en cuanto la orden debe ser ejecutada por el Juez español como autoridad judicial de ejecución que deberá entregar, en su caso, a la persona buscada al Juez requirente al objeto de proceder penalmente o exigirle el cumplimiento de una condena ya impuesta.

##### **4.1. Competencia.**

Para tales hipótesis la ley española (artículo 2.2) atendiendo a razones prácticas<sup>38</sup>, ha optado por residenciar en un órgano especializado y de ámbito territorial nacional esta tarea al reconocer como autoridades judiciales de ejecución a los juzgados Centrales de

---

<sup>38</sup> Ciertamente en el rodaje del sistema parecía aconsejable, al menos en una primera etapa, que fuera un órgano familiarizado con temas similares (no se olvide su competencia en materia de extradición) el que se ocupara de estas cuestiones para lograr cumplir con los perentorios plazos que tanto la Decisión marco como la LOEDE establecen. No haber legislado en ese sentido hubiera supuesto dejar en manos de los Juzgados de instrucción la competencia para tramitar los expedientes y, en su caso, decidir sobre los mismos, lo que si bien podría estar más en consonancia con el sistema y filosofía de la Decisión marco (así lo estima DE MIGUEL ZARAGOZA, J., “Algunas consideraciones...”, op,cit., pp.3 y 4), añadiría una nueva competencia compleja a sumar a las que ya tenían en un momento particularmente delicado en cuanto a volumen de trabajo con la entrada en vigor de los “juicios rápidos”.



Instrucción y a la sala de lo Penal de la Audiencia nacional (sin perjuicio de la limitada competencia que como autoridad central se reconoce al Ministerio de Justicia).

Naturalmente y al ser la competencia de los órganos jurisdiccionales señalados una competencia de atribución, esto exigió la correspondiente reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para asignar a los citados órganos competencia específica en esta materia lo que se llevó a cabo mediante la ley orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega, que modificó los artículos 65 y 88 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Conforme a las citadas modificaciones, serán los Juzgados Centrales de Instrucción los que “tramitarán los expedientes de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega”, correspondiendo a la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento “del procedimiento para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega”.

Si bien conforme a los citados preceptos parece haber una clara separación de competencias entre ambos órganos en función de dos aparentes y diversas fases, una de instrucción y otra de decisión, funcionalmente atribuidas a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Sala de lo Penal de la Audiencia nacional, respectivamente, lo cierto es que la solución es algo diversa.

En realidad los Juzgados Centrales de Instrucción no sólo tramitan los expedientes, sino que adoptan la decisión de entrega en aquellos casos en que la persona reclamada preste su consentimiento a la solicitud oído el Ministerio Fiscal. Sólo conocerá la Sala de no mediar dicho consentimiento o, aún concurriendo éste, se hubiere apreciado la existencia de causas de denegación o condicionamiento de la entrega (artículo 17 de la LOEDE)<sup>39</sup>.

Por otra parte y en atención a las medidas cautelares que nos ocupan y que podrán ser adoptadas en tales casos, conviene no perder de vista la posibilidad de que actúen acordándolas Jueces distintos de los señalados en virtud de la competencia general a prevención que se otorga en los artículos 12 y 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la más específica que se confiere en el artículo 502.1 del referido texto procesal penal.

#### **4.2. Recepción de la orden por la autoridad española: la adopción de medidas cautelares tras el control inicial de los presupuestos que autorizan la detención y entrega.**

Aunque la regulación de la LOEDE no indica claramente cuál es el *iter* procedimental a seguir una vez recibida la orden para el caso de remisión directa por la autoridad judicial de emisión, parece que lo más correcto tras el examen *prima facie* de la efectiva concurrencia de los presupuestos formales<sup>40</sup> y materiales<sup>41</sup> a los que se refieren,

---

<sup>39</sup> Reparto de competencias que hemos criticado en la medida en que cuando resuelve la Sala lo hace sin intermediación alguna, valorando una prueba que no ha visto y una alegaciones que no ha oído por haber ocurrido ante el Juzgado Central de Instrucción, el cual además, resulta infravalorado (“La orden europea...”, op.cit., pp.79 y 80). Véase, asimismo, la crítica de GARZÓN REAL, B., en su ponencia sobre “European arrest warrant (EAW)” presentada a la Conferencia celebrada los días 5 y 6 de junio de 2003 en Londres sobre el tema *Eurowarrant: European Extradition in the 21st. Century*, y, asimismo, la de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “La orden de detención europea”, ponencia presentada en el *Congreso Internacional El espacio Judicial Europeo, Toledo, 29 a 31 de octubre de 2003*.

<sup>40</sup> Traducción al español, autenticidad de la orden y comunicación inmediata de su recepción al Ministerio de Justicia.

respectivamente, los artículos 10 y 3 de la ley española, es ordenar la detención de la persona reclamada para tomarle declaración y a la vista de lo declarado por el detenido y de los datos contenidos en la solicitud poder estar en condiciones de decidir tras valorar la concurrencia o no de causas de denegación.

De este modo, si la orden se ha remitido directamente por la autoridad judicial de emisión al Juez Central de Instrucción, éste deberá acordar la detención de la persona reclamada, dictando el oportuno auto a tal efecto, para que sea llevada a cabo por la Policía judicial. La existencia de la orden europea constituye un supuesto autónomo de detención por orden judicial a sumar a los recogidos en los artículos 492 en relación con el 494 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la orden europea es automáticamente ejecutiva en cuanto a la práctica misma de la detención siempre naturalmente que se cumplan las condiciones que permiten el dictado de la euro-orden.

Cuando la orden europea es recibida por un Juez que no resulte competente, comunicará de inmediato su existencia y la transmitirá de oficio al Juzgado Central de Instrucción, para que sea éste quién acuerde la detención. Cuando la orden es transmitida vía SIRENE/INTERPOL, la detención podrá ser practicada directamente por la Policía, poniendo seguidamente al detenido a disposición del Juzgado Central de Instrucción.

La LOEDE exige que dicha detención se practique en la forma y con los requisitos y garantías previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que exige la observancia de los derechos recogidos en su artículo 520 en relación con los artículos 17 y 24 de la Constitución española e interpretados de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a propósito del artículo 5 del Convenio de Roma. La Policía Judicial leerá al detenido sus derechos y le notificará las razones de la detención, lo que quedará recogido en el atestado policial.

En cuanto a la duración de la detención preventiva, la LOEDE prevé un plazo máximo de setenta y dos horas una vez practicada, para que el reclamado sea puesto a disposición del Juzgado Central de Instrucción, plazo que, naturalmente, no tiene por qué ser agotado funcionando como límite máximo cuyo agotamiento estaría justificado en aquellos casos en que por razón de la distancia (v.gr. se hubiera practicado la detención en la periferia o en territorio insular) o por otras razones diversas (v.gr. insuficiencia de medios para poder efectuar un traslado inmediato) no pudiera proveerse de otro modo. Ahora bien, por regla general y en la medida de lo posible, la entrega debe ser inmediata; téngase en cuenta que la actividad policial no podrá durar más de lo estrictamente necesario para la identificación de la persona buscada (asegurándose que existe una perfecta coincidencia con los datos que figuran en el formulario de la orden europea), proceder a la intervención de los objetos cuyo envío solicita la autoridad judicial de emisión y traslado al Juzgado Central de Instrucción<sup>42</sup>. No olvidemos que la naturaleza de

---

<sup>41</sup> Comprobar si en la orden aparecen reflejados todos los datos subjetivos y objetivos requeridos, prestando especial atención a los relativos a los extremos cualitativos y cuantitativos de la pena conminada o efectivamente impuesta, así como a la ejecutividad de la resolución con base en la cual se adoptó la orden (sentencia firme, orden de detención o resolución análoga).

<sup>42</sup> Tal circunstancia ha llevado a que algunos comentaristas defiendan, frente a las setenta y dos horas marcadas por la LOEDE, el plazo de veinticuatro que maneja el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento

la euro-orden es la de un *procedimiento* al servicio de un proceso penal que se sigue en otro Estado miembro y, por lo tanto, la detención policial practicada en su virtud no va dirigida, como dice el artículo 17.2 de nuestra Constitución, a “la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos”, sino tan sólo a garantizar la presencia de la persona buscada en los restantes trámites del procedimiento y asegurar, en su caso, la ejecución de la entrega —si es que ésta es acordada— a la autoridad judicial de otro Estado comunitario, sin que las *averiguaciones* policiales puedan ir más allá de las que hemos señalado<sup>43</sup>.

La solución que inicialmente se barajó en el Anteproyecto de ley no señalaba las setenta y dos horas sino las veinticuatro como límite máximo. Sin embargo y tomando en consideración las advertencias del Consejo General del Poder Judicial efectuadas en su Informe de octubre de 2002<sup>44</sup>, que alertaban de lo exiguo del mismo y de las dificultades de cumplimiento que en ocasiones y por razón del lugar de la detención podían producirse, y dado que la Decisión marco no exigía la observancia de tan breve plazo se aconsejaba, como así se llevó a cabo, la sustitución por el de setenta y dos horas. El cambio parece acertado además de por las razones antedichas, por resultar no sólo plenamente ajustado a las exigencias constitucionales (artículo 17.2 de la Constitución española) sino tener un cierto carácter uniformador; en este sentido y al margen de su plasmación desde los años ochenta en los artículos 520.1 y 520 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se toma igualmente como referente en la Ley Orgánica de Cooperación con la Corte Penal Internacional<sup>45</sup>. Sin embargo una de las circunstancias, en realidad la fundamental, que lo justificaba (facilitar la entrega del detenido al Juzgado Central de Instrucción correspondiente) pierde peso cuando advertimos que en la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*, se admite la posibilidad de que practicada la detención por la Policía, se ponga al detenido a disposición del Juzgado Central no *directamente*, sino a través del Juzgado de instrucción del partido en el que fuere detenido, al amparo de lo prevenido en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudiendo a continuación este órgano llevar a cabo una serie de actuaciones entre las que se encuentra la adopción de medidas cautelares, como seguidamente veremos.

#### **4.2.1. La adopción de medidas cautelares en la audiencia preliminar.**

Puesta la persona detenida a disposición judicial, una lectura de los artículos 13.3 y 14.1 de la LOEDE plantea dudas en orden a la secuencia de actuaciones a practicar por el Juez Central, pues no resulta claro si se prevén dos comparecencias diversas, una inicial de información y otra posterior a modo de audiencia preliminar a celebrar en las setenta y dos horas siguientes a la primera en presencia del Fiscal y donde se realizarán alegaciones

---

Criminal. Vid. por todos, JIMENO BULNES, M., “A brief approach to the enforcement of the European Arrest Warrant in Spain: a procedural view” y en “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, en *La Ley*, nº 5679, de 19 de marzo de 2004, apartado V.1.

<sup>43</sup> También en este sentido CUERDA RIEZU, A., *De la extradición a la “euro-orden” de detención y entrega*, Madrid, 2003, p.138.

<sup>44</sup> Páginas 29 y 30 del citado Informe del Consejo, de octubre de 2002.

<sup>45</sup> Artículo 11 de la Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de cooperación con la Corte Penal Internacional.

y se prestará, en su caso, el consentimiento a la entrega, o una única donde pudiera refundirse todo.

La duda no se plantea cuando la orden se ha cursado con vistas al ejercicio de acciones contra el reclamado y se ha solicitado además la autorización para interrogatorio directo con desplazamiento de la autoridad judicial de emisión o el traslado temporal del reclamado, casos en que la separación de actuaciones se deduce con relativa claridad de la letra de la ley puesto que si bien es cierto que habrá de concederse alguna de las actuaciones pedidas antes de llevar a cabo la audiencia preliminar del procedimiento de entrega<sup>46</sup>, elementales exigencias del derecho de defensa imponen que previamente haya sido informado el reclamado de la existencia de la orden y del hecho que está en su base en la comparecencia inicial del artículo 13.3 a que a continuación aludiremos.

En los restantes casos, en cambio, la solución no se desprende con nitidez de la regulación legal. Frente a la solución propuesta por el Consejo General del Poder Judicial que planteaba refundir las dos aparentes comparecencias en una única a realizar dentro de las setenta y dos horas desde la puesta a disposición judicial<sup>47</sup>, el texto final parece distinguir la siguiente secuencia en orden a las actuaciones judiciales que han de llevarse a cabo.

En primer lugar y al margen del deber del Juez Central de Instrucción de comunicar la existencia de la detención a la autoridad judicial de emisión, tan pronto como le sea notificada la detención<sup>48</sup>, en el momento en que se produce la puesta a disposición judicial conforme determina el artículo 13.3 deberá informar a la persona detenida de la existencia y contenido de la orden europea, así como de la posibilidad de otorgar su consentimiento con los efectos derivados de éste (especialmente, de su irrevocabilidad) y le instruirá de los demás derechos que le asisten recogidos fundamentalmente en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, etc.), aunque también dentro de la LOEDE, especialmente, del derecho a acogerse al principio de especialidad regulado en el artículo 24.

Aunque no se menciona expresamente en este precepto de la LOEDE, tal información deberá realizarse en los términos necesarios para garantizar su derecho de defensa, lo que requiere en todo caso que se practique con asistencia letrada (letrado de su

---

<sup>46</sup> Sin perjuicio de que mediando acuerdo entre ambas autoridades judiciales pueda adoptarse una solución alternativa de menor coste y mayor rapidez como el empleo de la videoconferencia, expresamente prevista en el artículo 10 del Convenio de asistencia judicial en materia penal entre Estados miembros de la Unión Europea de 2000, además de en los artículos 325 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

<sup>47</sup> En la página 31 del Informe se dice lo siguiente: "...sería positivo que, en lo que se refiere a la secuencia de actuaciones judiciales con la persona detenida, se refundiesen los preceptos contenidos en los arts.13.3 y 14, estableciendo el plazo de 72 horas, a computar desde la puesta a disposición judicial del detenido, para que la autoridad judicial le informe de la existencia de la orden europea, su contenido, la posibilidad de prestar consentimiento irrevocable a su entrega al Estado emisor, le instruya de sus derechos, convoque a las partes y celebre la audiencia".

<sup>48</sup> Con indicación en su caso del plazo de que dispone para remitir la orden europea. Tal comunicación se hará igualmente a la Fiscalía de la Audiencia Nacional y a la Subdirección general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia (vid. p.16 de la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*).

elección o, en su defecto, de oficio) y, de ser necesario, asistencia de intérprete, por exigencia de los artículos 520 y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>49</sup>.

Posteriormente y dentro de las setenta y dos horas contadas desde la inicial puesta a disposición judicial<sup>50</sup>, se llevará a cabo la audiencia prevista en el artículo 14 de la LOEDE a la que deberá concurrir el Fiscal, el detenido y su abogado defensor. Tal separación entre uno y otro trámite acaso no sea lo más conveniente desde el punto de vista de la celeridad con que se debe tramitar este procedimiento pero sí resulta más acorde con las exigencias del derecho de defensa en tanto permite contar con un lapso de tiempo mínimo que posibilita, por ejemplo, la asistencia del abogado defensor de su confianza y, en todo caso, preparar adecuadamente la estrategia defensiva frente a la orden europea.

En esta audiencia y habida cuenta de la remisión a los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reguladores de la declaración del detenido, deberá comenzar recordándole sus derechos y tomándole declaración acerca de sus datos personales, pasando a continuación a preguntarle sobre si consiente de manera irrevocable en la entrega debiendo cerciorarse el Juez, si la respuesta es afirmativa, de la libertad en la prestación del consentimiento y del conocimiento de su alcance, caso en el que se extenderá acta por el Secretario comprensiva de este extremo así como, en su caso, de la renuncia a acogerse al principio de especialidad del artículo 24. La Decisión marco, respecto a este extremo exige de los Estados miembros la adopción de las medidas necesarias para que el consentimiento y la eventual renuncia al principio de especialidad se obtengan en condiciones que pongan de manifiesto que la persona lo ha formulado voluntariamente y con pleno conocimiento de las condiciones que ello acarrea (artículo 13.2); en este sentido, podrían aplicarse analógicamente las prevenciones que el texto procesal penal español establece en el artículo 787.4 a propósito de la conformidad con la pena solicitada conducente a una sentencia de conformidad<sup>51</sup>.

De no prestarse el consentimiento, se pasará entonces a oír las alegaciones de las partes<sup>52</sup> sobre la concurrencia de causas de denegación del artículo 12 o imposición de condiciones a la entrega del artículo 11, pudiendo proponerse los medios de prueba a tal

---

<sup>49</sup> En cuanto a la exigencia de asistencia letrada en la primera declaración judicial, recogida en el nuevo artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que consideramos aplicable a todo tipo de procesos por delito, vid. mis “Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por Ley 38/2002, de 24 de octubre (I)”, en *Actualidad Penal*, nº 18 de 2003, p.487.

<sup>50</sup> Lo que naturalmente habrá de ser objeto de matización cuando se haya acordado previamente el traslado temporal o el interrogatorio por la autoridad judicial de emisión desplazada a España; en tales casos el plazo máximo de setenta y dos horas para la celebración de la audiencia entendemos que habrá de computarse desde el regreso a España del reclamado o tras la prestación de la declaración, respectivamente.

<sup>51</sup> El problema es que no se establece solución para el caso de que el Juez albergue dudas sobre la libertad del consentimiento pues continuar la audiencia a efectos de discutir la posible concurrencia de causas de denegación carece de sentido, al no haberse planteado. No resulta claro si en estos casos podrá el Juez denegar directamente la entrega, tras oír al Ministerio Fiscal, o bien deberá elevar las actuaciones a la Audiencia para que ésta sea quien decida, pues los términos del artículo 18.1 no son todo lo precisos que debieran.

<sup>52</sup> Término que desde luego supone que habrá de oírse al propio detenido, además de a su Abogado y al Ministerio Fiscal.

efecto para ser practicados en el acto, si bien cabe aplazar su práctica de ser necesario teniendo en cuenta la obligación de respetar los plazos máximos de la ley.

En esta misma audiencia se debatirá sobre la procedencia o no de adoptar medidas cautelares contra el *reclamado*, destacando en este aspecto la aparente oficialidad del Juez Central en orden a su adopción pues la lectura del apartado primero del artículo 17 da a entender que si bien es necesario que se acuerden *oído el Ministerio Fiscal*, no es menester que preceda petición de parte para ello, a diferencia de lo que sucede con el régimen actualmente vigente en orden a la prisión provisional justificado en un mal entendimiento de las exigencias del principio acusatorio<sup>53</sup>. Se acuerdan, desde luego, con contradicción, de modo similar por tanto al procedimiento que se ha generalizado en nuestro derecho interno la mayor parte de las medidas cautelares personales (audiencia del artículo 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal exigible tanto para la prisión provisional incondicional como para la libertad provisional con fianza o la orden de protección) pero sin que en el texto de la ley se considere necesaria la petición del Fiscal.

Ciertamente se plantea aquí una contradicción manifiesta entre el apartado primero del artículo 17 de la LOEDE con la exigencia contenida en el artículo 505.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por más que seamos críticos con la propia existencia de la petición de parte como requisito imprescindible de adopción de esta medida<sup>54</sup> en el régimen general diseñado por la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma de 1995 (antiguo artículo 504 bis 2) y mantenido con la de 2003 (artículo 505 actual), entendemos que deberá ser observado igualmente para la medida de prisión adoptada como consecuencia de la existencia de una euro-orden. Además de que no existen razones que puedan justificar en un caso la irrelevancia de la petición frente a su exigencia en el otro, más allá del carácter particular del procedimiento de la euro-orden, que ha sido tildado de cuasi-administrativo<sup>55</sup>, hay que tener en cuenta que por mucho que la LOEDE pueda ser calificada de *lex specialis*, lo cierto es que no establece un régimen detallado acerca de la adopción de esta medida y parece clara su remisión a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al margen de su concreción de algunos aspectos puntuales (entendimiento del *periculum*, por ejemplo); además no debemos perder de vista que la

---

<sup>53</sup> Vid. en este sentido ARMENTA DEU, T., “Principio acusatorio: realidad y utilización (lo que es y lo que no)”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1996, 2, pp.265 y 266.

<sup>54</sup> Al margen de que se confunde principio acusatorio con principio dispositivo, no resulta coherente con la concepción de la instrucción (regida por oficialidad y necesidad) y del instructor que sigue existiendo en nuestro ordenamiento (que dirige de oficio el procedimiento y adopta las medidas cautelares, pero que sin embargo no puede adoptar las que tiendan a garantizar su efectividad estando condicionado por la petición de parte, y dándose lugar así a lo que ha sido dado en llamar la figura del *Juez postulante*). Véase, con mayor detalle, la crítica de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional*, Pamplona, 2004, pp.232 a 234.

<sup>55</sup> Así GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., “El espacio común europeo: aspectos procesales de la cooperación judicial en materia penal. La euro-orden europea”, en *Libro Homenaje al Profesor Dr. D. Eduardo Font Serra*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 2004, pp.350 y 351, que fundamenta su opinión favorable a la preceptividad en la idea de que pese a tratarse de un procedimiento cuasi-administrativo en el que por tanto el Fiscal no puede tener el carácter de parte *acusadora*, no deja de ser en cualquier caso *parte* en el procedimiento; además al vincular la petición al Ministerio Fiscal se gana en uniformidad y unidad de criterio en la actuación de los distintos Juzgados Centrales de Instrucción, toda vez que el Ministerio Fiscal actúa con unidad y bajo el criterio de la jerarquía y dependencia.

LOEDE no deja de ser una ley ordinaria<sup>56</sup>, frente al carácter orgánico de las leyes que han procedido a reformar la prisión provisional (leyes Orgánicas 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre) y que, por tanto, deben prevalecer sobre aquella, además, naturalmente, de su fecha posterior. Por ello, la correcta lectura del artículo 17.1 de la LOEDE que prevé la adopción por el Juez de la prisión provisional o de la libertad provisional oído el Ministerio Fiscal pasa necesariamente por su debido encaje en la norma general del artículo 505, en atención a la cual será necesaria la petición del Fiscal para adoptar la prisión provisional o la libertad provisional con fianza<sup>57</sup>, siendo innecesaria para el acuerdo de otras medidas distintas a las dos citadas.

Del tenor del artículo 17.1 se desprende la necesidad en todo caso de adoptar una de las dos siguientes medidas cautelares en función de la gravedad de los hechos y circunstancias concurrentes: prisión provisional o libertad provisional. Ello sin perjuicio de que además puedan adoptarse cualesquiera otras medidas de garantía que el Juez 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, atendiendo a las circunstancias del caso y a la finalidad de asegurar la ejecución de la euro-orden. A este respecto, nótese que aunque del artículo 17.1 y 3 parece que la LOEDE está pensando en medidas cautelares alternativas a la prisión o libertad provisionales, en realidad entendemos que está haciendo referencia a las de garantía que pueden acompañar a la libertad provisional y que se encuentran mencionadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley de Extradición Pasiva: como por ejemplo la vigilancia a domicilio, la orden de no ausentarse de un lugar determinado sin autorización del Juez o la retirada del pasaporte, según veremos posteriormente. Difícilmente tendrán sentido en este procedimiento las restantes medidas cautelares personales reguladas por el texto procesal penal, a saber, las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación del artículo 544 bis o la orden de protección del artículo 544 ter, por el específico ámbito para el que están previstas.

Hasta aquí hemos partido de la base de que la audiencia en la que tienen lugar todas estas actuaciones y donde se adoptan, en su caso, las medidas cautelares, discurre precisamente ante el Juzgado Central de Instrucción. Aunque esto es, desde luego, lo lógico y deseable, hay que advertir que en la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas* se contempla la posibilidad de que se realice no *directamente* ante dicho órgano, sino a través del Juzgado de instrucción del partido en que se encontrara el detenido, que puede actuar en sustitución de la autoridad judicial de ejecución en lo relativo a la puesta a disposición judicial, audiencia del detenido y regularización de su

---

<sup>56</sup> Lo que no deja de ser sorprendente, y criticable, habida cuenta de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados en este procedimiento. Como señala CUERZA RIEZU (*De la extradición a la "euro orden"...*, op.cit., pp.114 y 115), este problema no es nuevo, porque la extradición pasiva también ha sido regulada mediante una Ley ordinaria. Los dos instrumentos de cooperación penal internacional, la extradición y la euro-orden, no sólo afectan al derecho fundamental a la libertad cuando regulan la detención o la prisión provisional, sino también cuando se acuerda la extradición o la entrega, ya que éstas se realizan coactivamente, de modo que los afectados no se dirigen libre y espontáneamente a la frontera, sino que son trasladados por Agentes de la Policía hasta el lugar de encuentro con las Autoridades del Estado que se va a hacer cargo de la persona en cuestión.

<sup>57</sup> Véase artículo 539.III de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

situación personal con base en la norma general contenida en el artículo 505.6 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Esta hipótesis desvirtúa, a nuestro juicio, el espíritu de la Decisión marco y de la propia LOEDE que en su artículo 14.1 indica con claridad que se celebrará *ante* el Juez Central de Instrucción, así como del artículo 65.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que al centralizar la competencia para conocer de los procedimientos de entrega en los órganos judiciales de la Audiencia Nacional lo hace “sea cual fuere el lugar en que hubiese tenido lugar la detención del afectado por el procedimiento”, según puntualiza expresamente. Y si bien la previsión de la Guía obedeció a tratar de simplificar el procedimiento facilitando la prestación del consentimiento ante el Juzgado de instrucción del partido donde hubiere sido detenido y permitiendo en su caso la adopción de una medida alternativa a la prisión provisional, evitando así su necesaria privación de libertad durante las setenta y dos horas que pudieran haber transcurrido hasta la puesta a disposición ante el Juzgado Central para que ante él se hubiera prestado dicho consentimiento, lo cierto es que la práctica ha demostrado que se está haciendo uso de esta delegación funcional por sustitución para casos que nada tienen que ver con los señalados y en los que tampoco puede apreciarse una auténtica imposibilidad material en remitir al detenido al Juzgado Central de Instrucción de guardia sino tan sólo genéricas razones de operatividad y volumen de trabajo que no justifican el recurso a esta delegación que, entendemos, ha de ser excepcional.

No obstante, y para los casos de esta audiencia mediatizada o indirecta, los actos que en ella se lleven a cabo (eventual prestación del consentimiento y adopción de medidas cautelares) pueden realizarse por vía de auxilio ordinario o recurriéndose a la videoconferencia<sup>58</sup>. Tales actuaciones deberán remitirse a la mayor brevedad (vía fax, etc.) al Juzgado Central de Instrucción para que se dé traslado al Ministerio Fiscal a efectos de que se pronuncie sobre posibles causas de denegación y/o condicionamiento a la entrega y, a continuación, de no concurrir éstas y haber prestado el detenido su consentimiento, poder acordar el Juez Central la entrega, exhortando al remitente para que proceda a la notificación de dicha resolución al *reclamado*, si todavía se hallare (en libertad o en prisión) en el ámbito territorial de su partido o, en otro caso, al Juzgado que proceda<sup>59</sup>.

#### ***4.2.2. Prisión provisional.***

La LOEDE aparentemente presta una especial atención a la prisión provisional puesto que además de mencionarla como alternativa a la libertad provisional, prevé expresamente su modificabilidad en cualquier momento (lo que se halla en armonía con lo que con carácter general previene el artículo 539 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en atención a la característica de provisionalidad que acompaña a las medidas cautelares),

---

<sup>58</sup> Novedad de la reforma procesal penal llevada a cabo por ley 13/2003, de 24 de octubre, que con carácter general se establece respecto del Fiscal en el nuevo párrafo cuarto del artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, respecto del imputado, testigos y peritos, en los artículos 325 y 731 bis de la misma.

<sup>59</sup> Consúltense las páginas 16 y 18 de la *Guía práctica para la emisión y ejecución de órdenes europeas*.



oído el Ministerio Fiscal, pero siempre con sustitución por otra menos gravosa pero igualmente efectiva (17.3 LOEDE).

De igual modo y aunque la ley no lo diga, debe caber la situación inversa, de forma que acordada la prisión pueda, posteriormente y en atención a las circunstancias concurrentes, sustituirla por la libertad provisional acompañada o no, en función de los casos, de fianza.

Es criticable, sin embargo, la excesiva parquedad de la LOEDE en este punto puesto que, como en su momento señaló el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto, atendiendo a la finalidad de la ley y siendo el objeto de la prisión provisional prevista en ella el aseguramiento de la entrega a las autoridades del Estado de emisión de la persona reclamada en un breve período de tiempo, la Ley debería de haber establecido de manera expresa y precisa los supuestos en que decretar la prisión provisional, siempre desde la perspectiva de dicha finalidad, evitando así que la aplicación supletoria de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional pueda hacer fracasar el sistema frustrando la consecución del objetivo que inspira la ley.

En efecto, además del problema, ya señalado, sobre la diferenciación en cuanto a la necesidad de petición previa del Fiscal para que el Juez pueda acordar las más graves medidas cautelares personales, solventada en la forma anteriormente expuesta, también se plantean serias dudas en orden a la correcta interpretación de los presupuestos para acordar la prisión.

Al margen del régimen general diseñado en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es evidente que en la valoración del Juez a la hora de tener en cuenta esta medida, concurren las particularidades propias del procedimiento en el que se adopta. No debemos olvidar que en el sistema de la orden europea no se enjuicia la responsabilidad criminal de una persona, sino el cumplimiento de las garantías previstas en la LOEDE con vistas a proveer sobre la solicitud de entrega de un ciudadano formulada por la autoridad judicial de otro Estado miembro de la Unión Europea; es decir, en él no se ventila la existencia de responsabilidad penal ni se valora la implicación del detenido en los hechos que motivan la petición de entrega, tarea que le corresponde a la autoridad judicial de emisión y que la de ejecución simplemente toma como punto de partida para resolver a la vista de los datos aportados por aquélla.

En este sentido y en atención a la finalidad que puede justificar la adopción de la medida, el artículo 17.2 de la LOEDE menciona expresamente la de *asegurar la ejecución de la orden europea*. Si tratamos de encajar esta finalidad en alguna de las que con carácter general se mencionan en el artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en tanto únicas constitucionalmente legítimas<sup>60</sup>, es claro que jugará un papel preponderante, si no

---

<sup>60</sup> Evitar la sustracción a la acción de la justicia, la obstrucción de la instrucción penal y la reiteración delictiva, finalidad esta última a la que se reconduce igualmente la que se menciona con carácter diferenciado en el artículo 503.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (evitar que el imputado pueda atentar contra bienes jurídicos de la víctima cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal) por concernir claramente a la prevención delictiva. Obsérvese que las finalidades señaladas, acogidas por la Ley Orgánica 13/2003 (y, anteriormente, por la jurisprudencia constitucional) coinciden plenamente con las contempladas como posibles en la Recomendación (80) 11 del Consejo de Europa.

exclusivo, la que puede calificarse como finalidad cautelar personal: el aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso por entender que existe un riesgo de fuga, bien entendido que aquí la referencia al proceso ha de entenderse hecha a las actuaciones del procedimiento de entrega, según concretaremos a continuación y exige el artículo 17.3 de la LOEDE citado.

Las otras dos finalidades que maneja la Ley de Enjuiciamiento Criminal como justificativas de esta medida (la procesal de evitar la destrucción probatoria y la de prevención especial consistente en evitar la reiteración delictiva), sólo de modo residual podrán tener operatividad. Así, no será frecuente su adopción para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento (artículo 503.1.3º b), habida cuenta de que tales actuaciones se siguen precisamente en otro Estado, y por consiguiente, la valoración del peligro debe efectuarse precisamente por la autoridad judicial de emisión que haya dictado la orden a efectos de seguir actuaciones penales contra la persona buscada, además de que normalmente será allí donde se hallen las fuentes de prueba que puedan ser desvirtuadas por acción del reclamado.

Nada impide, naturalmente, que si a juicio de dicha autoridad judicial de emisión existiera este peligro por encontrarse, por ejemplo, en el Estado de ejecución fuentes de prueba relevantes y susceptibles de destrucción, lo ponga en conocimiento del Juez Central de Instrucción (ya en la propia orden de entrega, ya en un momento posterior, al amparo de lo prevenido en el artículo 15.3 de la Decisión Marco), instando la adopción de la prisión. Sin embargo será el Juez de ejecución quien la acuerde, en atención a la petición del Fiscal, que será en definitiva quien valore la conveniencia de pedir la prisión por ese motivo a la vista de los datos facilitados por la autoridad judicial de emisión.

Con todo no debe perderse de vista que además de lo ya dicho, incide en el carácter ciertamente residual de estos supuestos, otra circunstancia derivada de la efectividad práctica de esta medida, pues si adoptamos una postura realista hay que reconocer que las actuaciones torcidas del reclamado (de destrucción de fuentes de prueba, de confabulación, aleccionamiento e incluso coacción a terceros, etc.) pueden ser realizadas, no sólo por él de modo directo, sino a través de terceras personas y por tanto pueden ser conseguidas (u ordenadas y hasta dirigidas) por éste aun desde la prisión, como ha podido constatar en la realidad práctica<sup>61</sup>. Si esto es así, sólo la modalidad (excepcional) de prisión provisional incomunicada, podría en gran medida lograr estas finalidades, y ciertamente las exigencias dimanantes del principio de proporcionalidad aconsejarían reservar esta posibilidad en el procedimiento de entrega a casos especialmente graves (delincuencia organizada, terrorismo) habida cuenta, además, la apreciación indirecta de las circunstancias concurrentes que en todo caso ha de llevar a cabo el Juez Central de Instrucción.

Por último y en cuanto a la finalidad de prevención especial consistente en evitar la reiteración delictiva (a la que se refiere el apartado 2 del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la que igualmente puede reconducirse la mencionada en la letra c/ del apartado 1.3º del citado artículo: evitar que el imputado pueda atentar contra

---

<sup>61</sup> Así lo observa GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional...*, op.cit., pp.104 y 105.

bienes jurídicos de la víctima<sup>62</sup>), las complicaciones para que pueda tener operatividad en este procedimiento se nos antojan todavía mayores, puesto que no resulta claro quién debe apreciar ese peligro y cómo debe hacerlo. Puede tener cierta operatividad en caso de delinquentes habituales, cuyos delitos, por el tipo a que pertenezcan, puedan ser fácilmente cometidos también en el Estado de ejecución, y siempre que la autoridad judicial de emisión comunique la existencia de antecedentes a la de ejecución advirtiéndole así del peligro de reiteración. También en el caso de que la persona reclamada tenga antecedentes en España, o incluso deban seguirse actuaciones en nuestro país contra él por delito distinto del que motive la orden europea, sin perjuicio de que tal supuesto constituya causa de suspensión de la entrega o condicionamiento de ésta, en atención al artículo 21 de la LOEDE. En ambos casos, habría de exigirse que los eventuales hechos delictivos que se tratan de evitar con la prisión sean de carácter doloso y de la misma naturaleza que aquélla infracción que se viene imputando (o por la que ha sido condenado), y grave, pues esa debe ser la interpretación correcta de la excesivamente genérica formulación del artículo 503.2<sup>63</sup>.

#### **4.2.2.1. La valoración del *periculum in mora* (*periculum libertatis*)**

En lo relativo al *periculum in mora*, (más bien, *periculum libertatis*<sup>64</sup>), el primordial (si no el único) peligro a valorar es la existencia de riesgo de fuga, riesgo que se materializará no ya o no sólo con arreglo al referente de la huída desde el Estado de emisión al de ejecución con el fin de eludir la acción de la justicia (que en ocasiones puede no haber sido tal sino más bien el legítimo ejercicio de su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros<sup>65</sup>) sino además y especialmente con respecto al peligro adicional de que se incremente este *periculum* por virtud de una eventual huída a otro tercer Estado, exigiéndose por ello que la autoridad judicial de ejecución española acuerde precisamente la más grave de las medidas cautelares de las ofrecidas por el ordenamiento jurídico para tratar de conjurar este peligro.

---

<sup>62</sup> Seguimos en este punto a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional...*, op.cit., pp.97 y 106 y 107, considerando que ambas conciernen a la prevención delictiva, la primera con un alcance más amplio, e instaurado en torno a un referente objetivo (los delitos cuya evitación se pretende, aspirando a la *prevención* de una *futura comisión delictiva*); el segundo, más concreto, en torno a un referente claramente subjetivo (la persona que sufre directamente la actuación delictiva, pretendiéndose directamente, por tanto, la *protección de la víctima*).

<sup>63</sup> Como señala GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (*La prisión provisional*, op.cit.p 113), entender lo contrario no resultaría proporcionado, ni siquiera justificado en muchos casos, dada la extensión que se conferiría a esta singular privación de libertad: por lo desorbitado que supondría adoptar la prisión para conjurar la posibilidad, en cuanto a lo primero, de una actuación culposa o por imprudencia (v.gr. la médica, o en la conducción de vehículos); y, en cuanto a lo segundo, de cualesquiera hechos delictivos no relacionados con el bien jurídico al que se ataca mediante la actuación imputada o de escasa entidad.

<sup>64</sup> Con PEDRAZ PENALVA consideramos más adecuada esta expresión para referirnos al peligro que está en la base de las medidas cautelares personales penales, prefiriéndola a la clásica de *periculum in mora*, propia del ámbito civil (“El derecho a la libertad y seguridad (artículo 5 del CEDH)”, en *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Consejo general del Poder Judicial, Madrid, 1993, p.112).

<sup>65</sup> Artículo 18 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y 8.2 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

En este sentido podríamos decir que la valoración del presupuesto del *periculum* exigible al Juez debe de hacerse no tanto o no sólo con respecto al fin mediato (permitir el enjuiciamiento o el cumplimiento de la pena), el cual es relativamente fácil de constatar si su presencia en el Estado de ejecución obedece a haber buscado en él refugio tratando de eludir la acción de la justicia de su país, sino además y especialmente en atención al *periculum* inmediato que se trata de conjurar: no poder ejecutar la orden de entrega al ponerse el reclamado fuera del alcance del Juez de ejecución. Así parece desprenderse de lo previsto en el artículo 17.2 cuando señala que “el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y la finalidad de asegurar la ejecución de la orden europea”.

Naturalmente las circunstancias del caso que deberán ser tomadas en consideración de modo conjunto por el juez para valorar la concurrencia de este riesgo de fuga y, en consecuencia, la conveniencia de acordar esta medida<sup>66</sup> no son otras que las mencionadas en el artículo 503.1.3º a) II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo especial relevancia las relativas a la naturaleza del hecho y a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al *reclamado*, bien entendido que tales circunstancias vendrán precisamente determinadas por la orden de detención emitida por la autoridad requirente. Otras como la incomparecencia a otros llamamientos de la Justicia (no sólo en España; también en el Estado emisor<sup>67</sup>), la concurrencia de antecedentes penales por delito doloso<sup>68</sup>, o la aparente habitualidad del *reclamado* o su actuación concertada con otras persona de forma organizada, pueden justificar la petición de información adicional al amparo de lo previsto en el artículo 15 de la LOEDE, mientras que las relativas a la situación personal y de arraigo patrimonial, personal, familiar y social serán valoradas por el Juez en atención a su situación en España, en tanto Estado cuya justicia puede cooperar seria y eficazmente a que sea castigado por la Administración de justicia de otro <sup>69</sup> (el de emisión).

---

<sup>66</sup> Puesto que la teoría general de las medidas cautelares exige que el riesgo de fuga debe supeditarse a un análisis particularizado y a unos requisitos mínimos que eviten que la medida pueda ser decretada en todo caso; por ello la permisibilidad de su acuerdo cuando no esté justificada, mediante la incorporación de cláusulas excesivamente abiertas, es contraria al derecho a la libertad y supone la conversión de la medida cautelar en pena anticipada mediante la asignación de funciones que no le corresponden (ASENCIO MELLADO, J.M., “Notas sobre el Proyecto de ley de reforma de la prisión provisional”, en *Revista General de Derecho Procesal (Iustel)*, nº 1, 2003).

<sup>67</sup> Téngase en cuenta que el artículo 502.1.3º a) menciona en su párrafo tercero como causa que permite acordar la prisión provisional concurriendo un peligro de fuga y sin atender al límite de la pena exigido como regla general, el haber sido dictadas al menos dos requisitorias para su llamamiento y busca por *cualquier órgano judicial* en los dos años anteriores.

<sup>68</sup> No cancelados o no cancelables,

<sup>69</sup> Puesto que como observa GUTIÉRREZ DE CABIEDES (*La prisión provisional*, op.cit., p.151) el arraigo entendido como relación estable con un determinado ámbito territorial que *desincentiva* la fuga por hacerla menos favorable en una relación *coste-beneficio*, toda vez que el sujeto perdería las ventajas de dicho arraigo con su huida a otro lugar, debe ser apreciado y medido en virtud de la posibilidad de situarse fuera del alcance de la Administración de justicia, esto es, fuera del lugar —Estado— cuya justicia puede castigarle o cooperar seria y eficazmente a ello. Por ello la existencia de intereses personales y patrimoniales que puedan vincular a ese sujeto al Estado de ejecución que, aún no siendo el que puede castigarle sí puede contribuir seria y eficazmente a que ello se haga, puede hacer preferible la permanencia en él y la amenaza de la entrega, que la sustracción a la acción de la justicia, por el desarraigo y desvalor que acarrearían.

#### 4.2.2.2. *Fumus boni iuris/Fumus commissi delicti.*

Por otra parte y en lo relativo al *fumus boni iuris* (o, más bien, *fumus commissi delicti*<sup>70</sup>) que viene dado por la existencia de un hecho que revista los caracteres de delito y la concurrencia de motivos bastantes para creer responsable del mismo al sujeto respecto del cual se acuerda el aseguramiento (artículo 503.1. 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), las particularidades se acrecientan puesto que como el Tribunal Constitucional ha señalado a propósito de la extradición pasiva (cuyas palabras y conclusiones consideramos plenamente trasladables al procedimiento de entrega) “en él 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”<sup>71</sup>. Por ello en este punto el Juez no debe llevar a cabo su valoración en el tradicional modo que conocemos, sino que ha de hacerlo partiendo de la información suministrada por la autoridad judicial requirente para apreciar si efectivamente se afirma que se ha cometido un hecho delictivo imputable al reclamado de los que dan lugar al procedimiento de entrega, cumpliéndose los mínimos punitivos exigibles<sup>72</sup>.

No obstante sí entendemos que la pena conminada o efectivamente impuesta determinada por la autoridad de emisión, condicionará básicamente la adopción de la medida de prisión. En tal sentido, obsérvese que la regulación española tan sólo permite prescindir del componente punitivo a la hora de decretar la prisión cuando hay riesgo de fuga objetivado, deducido de la existencia de dos requisitorias desatendidas<sup>73</sup> (que funciona a modo de presunción de existencia de peligro) o riesgo de que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima y ésta sea alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal o bien cuando trata de evitar la reiteración delictiva siendo doloso el delito cometido y de los antecedentes del imputado y demás datos aportados por la Policía o resultantes de las actuaciones pueda inferirse su actuación concertada en organización criminal. Pero en otro caso, la pena mínima que debe llevar aparejada el delito para permitir el aseguramiento cautelar por medio de prisión no debe ser inferior a dos años, por lo que surgen dudas a la hora de permitir la adopción de esta medida con referencia a una orden de entrega emitida para el seguimiento de acciones penales o para el cumplimiento de una pena inferior a dicho mínimo punitivo. En tales casos lo más correcto, probablemente, sea asegurar la entrega por medio de otra medida de menor intensidad como es la libertad provisional con o sin fianza, en función de los

---

<sup>70</sup> Consideramos más acertada para las medidas cautelares que pueden adoptarse en el proceso penal esta expresión propuesta por GUARINIELLO (“La discrezionalità del giudice in tema di cattura e di libertà provvisoria”, en *Rivista di diritto processuale*, 1966, p.523).

<sup>71</sup> STC 156/2002, de 23 de julio, con cita de las precedentes SSTC 102/1997, de 20 de mayo, 222/1997, de 4 de diciembre; 5/1998, de 12 de enero; 141/1998, de 29 de junio y AATC 307/1986, de 9 de abril; 263/1989, de 22 de mayo; 277/1997, de 16 de julio.

<sup>72</sup> En este sentido, aunque con referencia al procedimiento de extradición, BELLIDO PENADÉS, R., *La extradición...*, op.cit., p.222.

<sup>73</sup> Recordemos que el artículo 292 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a la Policía remitir con el atestado un informe dando cuenta de las detenciones anteriores y de la existencia de requisitorias para su llamamiento y busca cuando así conste en sus bases de datos.

casos y en atención a lo previsto en los artículos 529 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

También hay que indicar en relación con esta medida cautelar que aunque nada diga la LOEDE, por aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en armonía con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la motivación de las resoluciones judiciales que restrinjan derechos fundamentales<sup>74</sup>, el auto por el cual se decreta deberá expresar los motivos por los que la medida se considera necesaria y proporcionada respecto de los fines que justifican la prisión (artículo 506.1), lo que pasa además por concretar aquí su exigibilidad para asegurar la ejecución de la orden europea, permitiendo de este modo el ejercicio del oportuno recurso de apelación previsto en el artículo 18.4 de la LOEDE a resolver por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuya tramitación, aunque no se precise en la LOEDE, deberá ajustarse a las normas contenidas en el artículo 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el proceso abreviado, gozando de tramitación preferente y debiendo resolverse en un plazo máximo de 30 días<sup>75</sup> lo cual, tratándose de la orden europea, se revela como excesivamente amplio habida cuenta de los mínimos plazos a que debe ajustarse la tramitación de la entrega en sí.

Por último ha de llamarse la atención sobre la duración de la medida, cuestión ciertamente problemática habida cuenta de que los plazos manejados en el artículo 504, no son miméticamente trasladables al sistema de la euro-orden. Por ejemplo en los casos en que es exigible el control de la doble incriminación<sup>76</sup>, no está resuelto cuál es la gravedad

---

<sup>74</sup> Conforme a la cual la restricción del ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica, y el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos por los cuales el derecho se sacrificó. Véanse específicamente referidas a la motivación de los autos relativos a medidas de prisión las SSTC 41/1982, de 2 de julio; 56/1987, de 14 de mayo; 3/1992, de 13 de enero; 128/1995, de 26 de julio y, muy especialmente, 47/2000, de 17 de febrero, que determinó el auto-planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del TC y sirvió como detonante a la reforma de la prisión provisional finalmente operada por Ley orgánica 13/2003, de 24 de octubre.

<sup>75</sup> Según dispone el artículo 507.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal novedosa solución es acogida igualmente por la Ley Orgánica de cooperación con la Corte Penal Internacional que con buen criterio regula expresamente esta cuestión y remite directamente desde su artículo 17 a las normas del abreviado, contenidas en el 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

<sup>76</sup> Recordemos que el artículo 9.1 de la LOEDE, sólo excluye de este control los hechos punibles sancionados en el Estado de emisión con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de tres años y, además, el delito, tal y como se define en el citado Estado (de emisión) perteneciera a una de las categorías que enumera, trasladando al dictado la lista de delitos acogida en el artículo 2 de la Decisión marco (pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos, explotación sexual de los niños y pornografía infantil; tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de las Comunidades europeas con arreglo al Convenio de 26 de julio de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida la falsificación del euro; delitos de alta tecnología, en particular delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robos organizados o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos, falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales radiactivos o sustancias nucleares; tráfico de vehículos

de la pena de la que hay que partir para fijar el plazo máximo de la prisión provisional: si la pena señalada al hecho por el que se dictó la orden en el Estado de emisión o la que para tal delito se señala en el Estado de ejecución. Todavía más problemático es determinar ese plazo máximo cuando no se exige la doble incriminación, sino sólo la simple incriminación del Estado emisor<sup>77</sup> ¿habrá entonces que partir de la pena prevista para el hecho en el ordenamiento procesal de ese Estado? <sup>78</sup>.

En cualquiera de los dos casos la solución, a nuestro entender, ha de ser la misma y ha de partir del principio base del funcionamiento de la euro-orden: el reconocimiento mutuo y el hecho de constituir un simple instrumento que permite el enjuiciamiento seguido o el cumplimiento de la condena impuesta en otro Estado, por lo que ha de estarse a la pena allí conminada o efectivamente impuesta<sup>79</sup>. Sin olvidar que las medidas cautelares, debido a la característica de instrumentalidad sólo pueden ser concebidas poniéndolas en relación con la resolución final cuya eficacia práctica aseguran preventivamente, resolución final ya dictada (caso de pena impuesta) o bien pendiente de adopción (caso de pena conminada) en otro Estado. En definitiva; aunque la prisión cautelar supone la aplicación para el reclamado de una norma procesal española<sup>80</sup> por un Juez español, tal aplicación se hace para asegurar inmediatamente su entrega, pero mediatamente su fin último es la imposición o la ejecución de una pena en otro Estado miembro, por lo que habría que atender a su legislación material para hacer el cálculo respectivo.

Aunque estos problemas pudieran parecer menores habida cuenta de que los plazos máximos para ejecutar una euro-orden son bastante reducidos, y que la entrega ha de realizarse en poco más de sesenta días, nada impide que puedan quedar interrumpidos por determinadas circunstancias y que durante esa interrupción la medida cautelar se mantenga. Por ello hay que ser extremadamente cuidadoso con esta medida cautelar que afecta de modo tan drástico al derecho a la libertad, y hubiera sido conveniente un mínimo tratamiento por parte del legislador en la regulación de la euro-orden.

---

robados; violación; incendio voluntario; delitos incluidos en la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje).

<sup>77</sup> Obsérvese que el límite máximo de tres años puede introducir diferencias importantes: para los mismos hechos, penados en un Estado miembro con tres años y con dos años en otro Estado miembro, en un caso se podrá emitir una orden de detención europea para la cual la doble incriminación no se controlará, y en el otro dicho control sí será posible. Se trata de un *plus* importante otorgado a los Estados miembros cuya legislación penal es más represiva, lo que políticamente es discutible (FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, en *Revista de derecho Comunitario europeo*, n° 14, enero/abril 2003, p.88) .

<sup>78</sup> Preguntas que formula sin dar respuesta alguna CUERDA RIEZU (*De la extradición a la “euro orden”...*, op.cit., pp.139 y 140).

<sup>79</sup> Recordemos no obstante, que cuando no hay control de la doble incriminación, se favorece la legislación más represiva y si ésta es la del estado de emisión, parece que no tendría mucho sentido estar a ella si hay diferencias graves con la del de ejecución. Quizás el criterio del *plazo razonable* manejado por el tribunal Europeo de Derechos Humanos aconsejaría en estos casos no fijar el plazo en atención al ordenamiento más severo.

<sup>80</sup> Téngase en cuenta el principio de territorialidad de la ley procesal, expresamente acogido en el artículo 8.2 del Código Civil, conforme al cual la actividad procesal de los tribunales españoles, se rige por la *lex fori*.

#### **4.2.3. Medidas alternativas a la prisión provisional: la libertad provisional y sus medidas complementarias.**

Aunque, según señalamos, la LOEDE presta especial relevancia a la prisión provisional, al punto de que de sus consideraciones pudiera entenderse que esta medida cautelar será la que deberá adoptarse normalmente para asegurar la entrega, lo cierto es que tal consideración choca con el régimen general en materia cautelar personal establecido tras la reforma operada por ley orgánica 13/2003.

En efecto, conforme al mismo hay que convenir que la prisión provisional constituye una medida de carácter excepcional que sólo ha de acordarse cuando sea objetivamente necesaria para el cumplimiento de los fines propuestos y no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad y susceptibles de proporcionar idénticos resultados.

Si esto es así, no hay duda de que la prisión por regla general se hará necesaria cuando la orden europea se hubiere emitido en relación con el cumplimiento de una pena efectivamente impuesta en delitos de cierta gravedad, pero no en cambio cuando dicha pena no revista especial gravedad o se trate de pena conminada que no alcance una cierta entidad bastando entonces con recurrir a la medida que se configura como alternativa a la prisión provisional y que se menciona expresamente en el artículo 17.1 de la LOEDE: la libertad provisional.

Obsérvese que en realidad, tal y como está redactado el precepto, parece que se obliga en todo caso al Juez a adoptar una de las dos medidas, prisión o libertad provisional, pese a que, por ejemplo, a la vista de las alegaciones realizadas en la audiencia pudiera considerar improcedente la entrega. Esta necesidad de aseguramiento cautelar se explica a la vista del particular reparto de competencias que la LOEDE establece entre los Juzgados Centrales y la Sala puesto que en la mayor parte de los casos se reserva a ésta la decisión sobre la entrega, a salvo los residuales supuestos en que medie consentimiento del interesado y no concurran causas de denegación y/o condicionamiento. Tal vez por ello, y ante la necesidad de proseguir las actuaciones ante otro órgano, se justifica la preocupación por el aseguramiento cautelar imponiéndolo en todo caso, para no frustrar el procedimiento.

De adoptarse la libertad provisional, esta medida, además de la obligación de comparecer los días señalados a presencia judicial constituida *apud acta* (artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puede entrañar, en función de las circunstancias del caso y del riesgo de fuga existente, la adopción de ciertas medidas complementarias para reforzar el aseguramiento<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Como ya adelantamos (apartado 4.2.1 in fine) aunque la LOEDE hable en su artículo 17.1 y 3 de la posibilidad de adoptar “otras medidas cautelares” para asegurar la disponibilidad de los afectados pareciendo aludir a medidas cautelares alternativas a la prisión o libertad provisionales, en realidad entendemos que está haciendo referencia a las de garantía que pueden acompañar a la libertad provisional y que se encuentran mencionadas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la Ley de Extradición Pasiva: como por ejemplo la vigilancia a domicilio, la orden de no ausentarse de un lugar determinado sin autorización del Juez o la retirada del pasaporte. Difícilmente tendrán sentido en este procedimiento las restantes medidas cautelares personales reguladas por el texto procesal penal, a saber, las prohibiciones de residencia, aproximación o comunicación del artículo 544 bis o la orden de protección del artículo 544 ter, por el específico ámbito para el que están previstas. Fuera de este texto sí es posible hallar otras medidas como el internamiento en centro,



En primer término, la exigencia de una caución, cuya calidad e importe será fijado por el juez en atención a las circunstancias mencionadas en el artículo 531 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>82</sup>, algunas de las cuales exigirían desde luego la petición de información complementaria a la autoridad judicial requirente (v.gr. antecedentes del reclamado). En tal caso, y conforme a lo ya señalado a propósito de la prisión provisional, parece aconsejable observar la prevención que con carácter general se recoge en el artículo 505.3 y exigir que medie petición del Fiscal, por más que la LOEDE parezca prescindir de este requisito.

Puede acordarse, asimismo, la retirada del pasaporte (y/o de otros documentos de identificación), medida que hasta fecha relativamente reciente no se encontraba prevista dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal aunque sí en el artículo 8.3 de la Ley de Extradición Pasiva, pese a lo cual venía siendo acordada fuera de ese proceso especial, con grave vulneración de las exigencias mínimas que han de observarse en materia de adopción de medidas restrictivas de derechos fundamentales; la primera de ellas, su previsibilidad<sup>83</sup>. Tras la reforma operada por la ley orgánica 13/2003, tal medida se prevé como garantía adicional para asegurar la obligación de comparecencia que entraña la medida de libertad provisional, y exige por mor de lo prevenido en el artículo 530 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal una específica motivación al respecto, es decir, justificar la necesidad de acordar la retención, algo evidentemente sencillo en el procedimiento que nos ocupa. A esta medida podría añadirse asimismo, en cuanto íntimamente relacionada o, más bien insita en ella, la prohibición expresa de ausentarse del territorio español, a la que se alude *a contrario sensu* en el artículo 765.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Igualmente podría citarse la vigilancia a domicilio, mencionada como medida de garantía de la libertad provisional en la Ley de Extradición Pasiva mientras que en la de Enjuiciamiento Criminal aparece como una modalidad de prisión (atenuada) condicionada a los rígidos requisitos fijados en el artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (enfermedad o grave riesgo para la salud que pudiera derivarse del internamiento en prisión). Vendría a constituir una especie de *tertium genus* a caballo entre una y otra medida, sin que veamos obstáculo teórico (aunque sí dificultades prácticas derivadas del coste económico y de los efectivos policiales necesarios), para que el Juez pueda acordarla como alternativa a la prisión ordinaria pero sin condicionarla, atendiendo a lo que permite la Ley de Extradición, a los estrictos casos de enfermedad. No obstante su naturaleza sí influye en un extremo importante, puesto que si se configura como alternativa a la prisión provisional, traduciéndose en un régimen de cumplimiento más próximo a la libertad vigilada o condicionada al implicar tan sólo una restricción de la libertad, pero no una privación de ella, su duración no debería computarse a efectos del plazo máximo de duración de la prisión provisional ni, en consecuencia, descontarse en su momento de la

---

en el régimen adecuado, la libertad vigilada o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo del artículo 28.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores; la vigilancia o custodia familiar contemplada como medida no privativa de libertad en el artículo 105.1.e) del Código Penal.

<sup>82</sup> Naturaleza del delito, estado social y antecedentes del afectado, así como restantes circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés para ponerse fuera del alcance de la justicia.

<sup>83</sup> Y así había sido advertido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 169/2001, de 12 de julio de 2001.

pena impuesta; en otro caso, sí debe computarse, por lo que entraña de privación de libertad, dado que sólo se permite salir del domicilio para el tratamiento de la enfermedad y en tal sentido la Ley de Enjuiciamiento Criminal tras la reforma<sup>84</sup> sigue considerándolo como una modalidad de prisión por lo que habría de hacerse el descuento. En consecuencia, dependiendo de los motivos que la hayan justificado y de la ley bajo cuyo régimen se adopte, podrá acordarse por el Juez una auténtica medida de garantía de la libertad provisional, alternativa, por tanto a la prisión, con los efectos indicados o una simple modalidad de prisión provisional.

A este tenor conviene citar también aquí la medida de internamiento terapéutico en centro de deshabitación o desintoxicación que se recoge expresamente en el párrafo segundo del artículo 508 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como alternativa al ingreso en prisión, si bien tan sólo para los específicos casos para los que está prevista; esto es, cuando la persona buscada se hallara sometida a tratamiento y el ingreso en prisión pudiera frustrar su resultado. Dicho internamiento terapéutico, novedad de la reforma procesal penal de 2003<sup>85</sup>, en realidad no llega a constituir una verdadera medida cautelar alternativa a la prisión, sino una simple modalidad de la misma, reconducible a la denominada prisión provisional atenuada, puesto que en este caso, al igual que sucede con el arresto domiciliario por razón de enfermedad contemplado en el apartado primero del citado precepto, la persona que lo cumple no podría salir del centro sin la autorización del Juez o tribunal que hubiere acordado la medida, articulándose como una verdadera restricción del derecho a la libertad cuyo plazo de cumplimiento ha de ser tenido en cuenta a efectos del abono en la pena impuesta o que pueda imponerse.

Por lo demás y en orden a la adopción de la libertad provisional y sus medidas de garantía, puede reproducirse todo lo señalado en cuanto a las exigencias de motivación del auto que así la acuerde y la posibilidad de recurrir en apelación ante la Sala.

#### ***4.2.4. Algunas precisiones adicionales sobre la modificación de las medidas y el contenido de la decisión final.***

Una cuestión abordada por la LOEDE que se aparta en cierto modo del régimen cautelar general diseñado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la prevención contenida en el apartado tercero del artículo 17 conforme al cual, adoptada inicialmente la prisión, nada obsta para que pueda acordarse su cesación si las circunstancias del caso lo aconsejan oído el Ministerio Fiscal pero debiéndose adoptar necesariamente alguna o algunas de las medidas cautelares reseñadas anteriormente. Tal planteamiento es ciertamente novedoso puesto que exige del Juez la adopción en todo caso de una medida cautelar alternativa;

---

<sup>84</sup> Inicialmente el legislador en la reforma de 2003 reguló desde el Borrador y el proyecto de ley, hasta la culminación de la Ley Orgánica 13/2003 el arresto domiciliario como una medida sustitutiva de la prisión provisional; sin embargo, finalmente y mediante la Ley orgánica 15/2003, terminó alterando esta regulación legal haciendo desaparecer del articulado esta medida y manteniendo en cambio la tradicional prisión provisional atenuada al establecer que el órgano jurisdiccional “podrá acordar que la medida de prisión provisional se verifique en su domicilio”.

<sup>85</sup> Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, puesto que hasta la fecha tan sólo se encontraba previsto para el proceso de menores (artículo 7 d) de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

además y aunque no condiciona tal sustitución a la petición del Fiscal, sí establece la necesidad de que sea oído, a diferencia de lo que en esta materia establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal que autoriza al juez a modificar de oficio las medidas cautelares, sin someterse a petición de parte ni exigir audiencia alguna, siempre que sea en beneficio del afectado, mientras que exige necesariamente su petición para agravar las condiciones de la libertad ya acordada sustituyéndola por la de prisión o libertad provisional con fianza (artículo 539 III y V de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>86</sup>).

Dos concreciones finales respecto a las medidas cautelares de prisión y libertad provisionales: una relativa a la competencia; otra relativa al contenido de la decisión final.

En lo que se refiere a la competencia para acordarlas, hasta aquí hemos partido de que corresponde a los Juzgados centrales de instrucción, en tanto órganos competentes para la instrucción de estos procedimientos y ante los cuales se desarrolla por tanto la audiencia a que se refiere el artículo 14 de la LOEDE, idónea a tal fin. La Sala de lo Penal de la Audiencia conocería en vía de recurso dada la admisibilidad de apelación contra las resoluciones que se pronuncien sobre la situación personal del reclamado.

No obstante ha de tenerse en cuenta que también la Sala puede ser competente para disponer estas medidas cuando le lleguen las actuaciones para que sea ella quien se pronuncie sobre la entrega, al faltar el consentimiento del interesado y/o advertirse la concurrencia de alguna de las causas de denegación o condicionamiento<sup>87</sup>. En tales casos la Sala es igualmente competente para efectuar el pronunciamiento cautelar que sea procedente, bien modificando una medida cautelar por otra (v.gr. prisión provisional por libertad provisional), bien atenuando o endureciendo las condiciones o el régimen de la medida cautelar acordada (reduciendo o ampliando las garantías de la libertad provisional; cambiando el internamiento en prisión por una vigilancia a domicilio, etc.).

Aunque la LOEDE nada dice sobre este particular ha de advertirse que dados los plazos que en ella se manejan para la toma de la decisión (sesenta días con posible prórroga por otros treinta, artículo 19), es factible que en su transcurso pueda hacerse necesaria la modificación de la situación cautelar personal del reclamado, correspondiendo la competencia entonces a la Sala, de conformidad con lo prevenido en el artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En lo que se refiere al contenido de la decisión final, una vez adoptada ésta por la autoridad judicial española que, naturalmente, sea cual fuere su contenido habrá de estar motivada en cuanto resolución judicial que es, habrá de ser comunicada de manera

---

<sup>86</sup> La misma idea está presente en el artículo 544 bis que en los casos de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento o prohibición de acercamiento o de residencia impone la audiencia y la petición de parte en ella como requisito para acordar la prisión u otra medida cautelar que agrave la anteriormente impuesta e incumplida.

<sup>87</sup> O bien en los casos de concurrencia de dos euro-órdenes o de una euro-orden con una solicitud de la Corte penal Internacional (artículos 16 LOEDE y 23 de la Decisión marco). Sin olvidar los casos de concurrencia entre una euro-orden y una petición de extradición que trasladan la decisión a la autoridad central, aunque su decisión se comunicará en todo caso a la autoridad judicial española bien a efectos de que continúe el procedimiento (de darse preferencia a la euro-orden), o bien para que a su vez se lo comunique a la autoridad judicial de emisión (en caso de que se haya dado preferencia a la solicitud de extradición) lo que, en cualquier caso entraña la previa suspensión del procedimiento y la necesidad de asegurar mientras tanto la situación personal del reclamado.

inmediata a la autoridad judicial de emisión como exige el artículo 22 de la Decisión Marco, haciendo constar, en caso de ser positiva, el período de privación de libertad que haya sufrido el reclamado (detención y, eventualmente, prisión preventiva<sup>88</sup>) a fin de que sea deducido de la pena o medida de seguridad que se le imponga (artículos 20.5 de la LOEDE y 26 de la Decisión Marco). En realidad los artículos citados concretan la obligación de transmitir esa información no en la propia decisión sino en el momento de la entrega: será éste el precedente para que la autoridad judicial de ejecución española remita a la emisora toda la información relativa a la duración de las medidas cautelares personales a los fines supradichos.

#### **4.3. Medidas cautelares patrimoniales: la intervención y entrega de objetos.**

A diferencia de lo que sucede con las medidas cautelares personales, cuya fundamental importancia en este procedimiento se revela en su regulación como medidas de necesaria adopción para garantizar la entrega, no sucede lo mismo con las medidas cautelares patrimoniales, probablemente por faltar ese componente de evidente necesidad en relación con lo que constituye el objetivo primordial del procedimiento: la entrega inmediata del *reclamado* a la autoridad judicial de emisión.

Tal circunstancia, y el hecho de que las actuaciones se siguen en otro Estado bien para el enjuiciamiento allí del *reclamado*, bien para el cumplimiento de la condena efectivamente impuesta, hacen que las previsiones en materia cautelar real en el procedimiento europeo de entrega sean ciertamente mínimas, limitándose a recoger lo que ya es constante en los tradicionales instrumentos de extradición: la intervención y entrega de objetos a que alude el artículo 29 de la Decisión Marco que extrae directamente del Convenio europeo de extradición de 1957 (artículo 20)<sup>89</sup> y cuyo contenido, desde el punto de vista de la entrega pasiva (España como Estado de ejecución) es transpuesto en el artículo 22 de la LOEDE.

Lo primero que ha de hacerse notar es que ambos textos aluden a que la autoridad judicial *intervendrá y entregará* los objetos señalados, lo que evidencia que a la entrega propiamente dicha ha de preceder la intervención o aprehensión material de los objetos para posibilitar aquélla, puesto que difícilmente intervención y entrega pueden llevarse a cabo de modo simultáneo.

Se trata de una intervención de objetos para su posterior entrega que funciona a modo de medida cautelar para facilitar, en función de los casos, ya el desarrollo del propio proceso penal en el país requirente (cuando se refiera a objetos que puedan servir como medio de prueba) ya a los efectos de asegurar la medida de comiso que pueda imponerse (cuando se refiera a efectos del delito). Su naturaleza cautelar, por tanto, sólo puede afirmarse si la ponemos en relación con el fin de aseguramiento del pronunciamiento cautelar patrimonial que pueda pronunciarse o haya sido ya pronunciado en el procedimiento seguido en el extranjero.

---

<sup>88</sup> No así con otras medidas de control judicial reguladas en torno a la libertad provisional que constituyen más bien restricciones de libertad, no equiparables, a estos efectos, con la libertad provisional.

<sup>89</sup> Y que también se había plasmado en el artículo 19 de la Ley española de extradición pasiva.

Tanto la intervención propiamente dicha cuanto la determinación de lo que constituyan objetos que puedan servir de prueba o constituyan efectos del delito deberá hacerse de conformidad con el derecho interno del Estado de ejecución, y en tal sentido habrá de estarse a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que regulan las diligencias de investigación relacionadas con el hallazgo e intervención de objetos y efectos del delito (a estos efectos, especialmente los artículos 334, 338 y 553), la eventual entrada y registro en lugar cerrado (artículos 545 y siguientes) o la intervención de vehículos de motor (artículos 764.4 y 770.6ª), según los casos, y teniendo en cuenta que por regla general esta intervención de objetos será practicada por los propios funcionarios policiales que hayan practicado la detención, debiendo ponerlos junto con el detenido, a disposición del Juzgado Central de Instrucción, de todo lo cual se dará constancia en el atestado. Y, asimismo, habrá que tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la presencia del afectado en algunas de esas diligencias, especialmente si está detenido, así como la presencia del letrado a la hora de la prestación de su consentimiento para que se realicen algunas de ellas que inciden en determinados derechos constitucionalmente garantizados (v.gr. inviolabilidad de domicilio en caso de entrada y registro).

#### ***4.3.1. Procedimiento a seguir para acordar la intervención y el aseguramiento a efectos de la posterior entrega.***

Atendidas las previsiones de la Decisión Marco y de la LOEDE, la entrega de los objetos señalados constituye una obligación para la autoridad judicial requerida cuando así haya sido solicitada por la requirente, sin perjuicio de que de oficio (*por propia iniciativa*) la autoridad de ejecución pueda llevarla cabo igualmente. Además esta entrega de objetos se configura como una consecuencia accesoria de la entrega concedida del reclamado, aunque adquiera cierta autonomía pues tendrá lugar aunque la decisión estimatoria no pueda ejecutarse a causa de la muerte o evasión de la persona reclamada.

Aunque nada digan ambos textos, la duración del procedimiento de la euro-orden puede hacer aconsejable que para asegurar la efectividad de dicha entrega se adopten adicionales medidas cautelares en relación con los objetos señalados, so pena de frustrar su entrega final por haber podido ser destruidos u ocultados. En tal caso, y de ser española la autoridad judicial de ejecución, el silencio de la ley en este punto debe ser colmada con las disposiciones que esta materia se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no obstante y por estar pensadas en función de un proceso penal seguido contra la persona en España, precisan de una mínima adaptación para acomodarlo al procedimiento de la euro-orden que solo tiene sentido en función de un proceso penal seguido en el extranjero.

De este modo y acudiendo al precepto general en la materia (artículo 589), que impone al Juez la adopción de medidas cautelares reales tan pronto compruebe la existencia de indicios de criminalidad para considerar responsable del delito a la persona contra la que se procede, debe advertirse que la valoración de la concurrencia de esos indicios de criminalidad se hace tomando como válida la realizada por la autoridad judicial de emisión, que es quien directamente la habrá llevado a cabo y por cuyo motivo

ha cursado la euro-orden. De tal modo que el Juez español no tendrá que llevar a cabo una valoración adicional más allá de la mera comprobación de que la orden cumple los requisitos objetivos y subjetivos requeridos, acordando entonces la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la entrega de objetos que llevará a cabo en su día y que normalmente habrá sido interesada por la autoridad judicial de emisión. Las pocas previsiones sobre las posibles medidas a adoptar contenidas en el artículo 589 Ley de Enjuiciamiento Criminal deben ser ampliadas con las que se recogen en el artículo 727 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya aplicación generalizada en los procesos penales deviene posible y altamente aconsejable tras la reforma operada en el texto procesal penal (artículo 764.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por la ley 38/2003. En tal sentido la medida de secuestro y depósito de los objetos indicados se revela como la más conveniente de cara a asegurar cautelarmente el aseguramiento.

Las dudas que la nueva regulación ha introducido en orden al eventual condicionamiento de la adopción de tales medidas a la petición de parte y a un régimen contradictorio previo<sup>90</sup>, pueden aconsejar que sean pedidas por el Fiscal y discutidas en la audiencia prevista en el artículo 14 de la LOEDE, por más que tratándose de medidas dirigidas a asegurar no la efectividad de la responsabilidad civil *stricto sensu* sino la de otras responsabilidades también pecuniarias pero de carácter penal, harían prescindibles tales extremos<sup>91</sup> sin perjuicio del recurso posterior que en todo caso debe caber contra una resolución cautelar.<sup>92</sup>

La adopción de medidas cautelares en relación con la entrega de objetos en poder del *reclamado* que puedan servir de prueba del delito excede de su carácter estrictamente patrimonial. En realidad, persigue similar finalidad inmediata que la medida cautelar de prisión acordada para evitar que se oculten o destruyan fuentes de pruebas, si bien una recae directamente sobre la persona del *reclamado* restringiendo su libertad, y otra en su caso lo hace sobre su esfera patrimonial. Por ello habría que manejar aquí un concepto muy laxo o amplio de lo que se entiende por medida cautelar real, poniendo el acento no tanto en la finalidad que se pretende sino en el objeto sobre el que recae, considerando que

---

<sup>90</sup> Problemática que excede, desde luego, de lo que debe ser objeto de análisis en estas páginas, razón por la cual me remito a mi artículo “Aspectos fundamentales de la reforma del procedimiento abreviado por ley 38/2002, de 24 de octubre. I”, *Actualidad Penal*, 2003, número 18 (semana del 28 de abril al 4 de mayo), especialmente pp.474 a 479.

<sup>91</sup> La remisión directa que efectúa el artículo 764.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al contenido de las medidas cautelares establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil comporta como novedad esencial de la reforma, la aparente necesidad de que la totalidad de las medidas cautelares hayan de adoptarse a instancia de parte legítima, es decir, y en el procedimiento de entrega, del Ministerio Fiscal. Sin embargo sería necesario reinterpretar los artículos 589 y 615 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal entendiendo que cuando el primero de los citados preceptos (589) permite al Juez la adopción, de oficio, de medidas cautelares reales para garantizar las responsabilidades pecuniarias, se estará refiriendo a las de naturaleza penal y procesal (la pena de multa, el comiso y las costas), que son indisponibles, mientras que tratándose de asegurar las responsabilidades civiles *ex delicto*, deberá mediar siempre petición de parte legítima, en iguales términos que el artículo 615 exige para su adopción contra terceros (En este sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, M., “El nuevo régimen jurídico de las medidas cautelares reales civiles en el proceso penal”, en *La Ley*, número 6059, de 12 de julio de 2004); también en *Derecho Procesal Penal*, con GIMENO SENDRA, Madrid, 2004, p.563.

<sup>92</sup> Aunque nada diga la LOEDE, que sólo presta atención a las medidas cautelares personales, previendo apelación, la recurribilidad deriva de las normas generales previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 216 y siguientes).

es toda aquella que proyectándose directa o indirectamente sobre la esfera patrimonial del obligado a soportarlas, está específicamente preordenada mediata o inmediateamente al aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias del hecho punible a declarar en su día en la sentencia<sup>93</sup>.

De tal modo que mientras el aseguramiento cautelar cumpliría esa finalidad de forma inmediata cuando se trate de objetos que deban ser restituidos o sometidos a comiso, tendría una finalidad meramente mediata en relación a ese fin cuando se tratara de efectos que además pudieran servir de prueba al delito, en los que su finalidad inmediata es precisamente la probatoria, sin perjuicio de que puedan cumplir una subsidiaria función cautelar al ser susceptibles de restitución o comiso, en su caso, una vez hayan cumplido su finalidad de servir como piezas de convicción en el juicio.

En este sentido podría acogerse la conceptualización de LOPEZ BARJA DE QUIROGA<sup>94</sup> que califica de cautelares reales a todas aquellas medidas que tengan por objeto bienes muebles o inmuebles y cuya finalidad sea preservar los bienes en base a los intereses propios del proceso penal en que recaen. De modo que gozarían de tal consideración tanto las que se toman para conservar los bienes que guardan relación con el cuerpo del delito, utilizando esa expresión en sentido muy amplio, como las que se toman para el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito.

#### **4.3.2. Objetos a intervenir.**

La entrega se prevé, en primer lugar, respecto a los *objetos que puedan servir como prueba* del delito, en expresión del artículo 29.1 a/ de la Decisión marco; la ley española – artículos 5.3 y 22.1– habla, incorrectamente<sup>95</sup>, de *medios de prueba*. Con ello se alude a los instrumentos del delito y piezas de convicción, lo que apunta hacia la equiparación del proceso extranjero con el nacional; de ahí que recibidos dichos elementos la autoridad judicial de emisión que los hubiera reclamado podrá conservarlos hasta el final del juicio, entendiendo por tal la sentencia firme, y someterlos a los mismos exámenes y técnicas con que actuaría si se tratara de cosas intervenidas en su territorio, con las salvedades que a continuación señalaremos en cuanto a derechos que terceros o el propio Estado de ejecución hubieren adquirido sobre los mismos.

En segundo lugar la intervención alcanza igualmente a los objetos *que posea la persona buscada como resultado del delito*, en expresión de la Decisión marco [artículo 1.b)] que, en terminología de la LOEDE se hace equiparar con los *efectos del delito* (artículo 22.1) y que debe abarcar no sólo lo que puede considerarse como tales efectos en sentido estricto, esto es, los *producta scaeleris* o cosas obtenidas como resultado del delito, sino también las ganancias provenientes del mismo.

En ambos casos, la entrega deviene obligatoria, por más que pueda realizarse de forma condicionada, con la obligación de devolución sin cargo alguno por parte de la autoridad judicial requirente una vez terminado el proceso, en atención al debido respeto

---

<sup>93</sup> Tomo en consideración básicamente la definición manejada en mi monografía *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, Barcelona, 1991, p.119.

<sup>94</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pamplona, 2004, p.885.

<sup>95</sup> Confundiendo los términos *fuentes* de prueba y *medios* de prueba; es evidente que en la euro-orden los objetos que a efectos probatorios pueden intervenir no son *medios* sino *fuentes* de prueba.

a los derechos que el Estado miembro de ejecución o terceros<sup>96</sup> hubieran podido adquirir sobre dichos objetos, según dispone el apartado 4 del artículo 29 de la Decisión Marco.

Igual solución habrá de observarse si por seguirse un proceso penal en España en el que resultaren necesarios tales objetos (y fueren en él susceptibles de embargo o comiso), la autoridad judicial de ejecución no hubiere hecho uso del derecho a retenerlos temporalmente a que alude el apartado 3 del artículo 29 de la Decisión Marco habiéndolos entregado a la autoridad judicial de emisión a condición de su posterior devolución. Obsérvese no obstante, la diferencia fundamental que se advierte entre las previsiones de la Decisión Marco en este punto y las de la LOEDE, puesto que ésta última (artículo 22.3) en el supuesto de bienes reclamados por la autoridad judicial de emisión, pero susceptibles de embargo<sup>97</sup> o comiso en España<sup>98</sup> y que resulten necesarios a los fines de un proceso penal pendiente, hace caer la obligatoriedad de la entrega, ya sea temporal o diferida que establece la Decisión Marco (artículo 29.3), al autorizar al Juez español a denegar la entrega de tales objetos como alternativa válida a la entrega meramente temporal.

La discrepancia en principio debería resolverse a favor de la solución prevista por la Decisión Marco que establece en todo caso la obligatoriedad de la entrega, con los matices que sean pertinentes en orden a que ésta sea aplazada o condicionada a devolución. No obstante, como la propia Decisión Marco reconoce, la entrega debe hacerse conforme a lo que se prevea en la legislación del Estado de ejecución; y hemos de tener en cuenta que en la legislación española existen algunos supuestos de comiso, con relación por ejemplo a delitos de contrabando, en que la entrega posterior puede devenir imposible por tener que ser enajenados con urgencia por resultar su conservación peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a una disminución importante de su valor<sup>99</sup>. La posibilidad que maneja la LOEDE de negar la entrega cobra sentido en casos como el señalado en que la legislación interna aplicable dé una solución a los objetos sometidos a comiso que impida su disposición. Todo ello sin olvidar que la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal en su artículo 367 determina que “en ningún caso se admitirán durante el sumario reclamaciones ni tercerías que tengan por objeto la devolución de los

---

<sup>96</sup> Puesto que los derechos amparados en la legislación interna del Estado de ejecución, no deben sufrir peor trato cuando el proceso se siga en el extranjero.

<sup>97</sup> V.gr. artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual que junto a otras medidas cautelares reales (intervención y depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate o en su caso la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración; suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda; secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado exclusivamente para la reproducción o comunicación pública) prevé el embargo de los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el apartado 20 del artículo 25 de dicha ley.

<sup>98</sup> Con el Código Penal de 1995, el comiso ha pasado de ser pena accesoria a consecuencia accesoria de la pena, lo que entre otras repercusiones prácticas autoriza la posibilidad de decomisar bienes de terceros que no sean responsables del delito siempre que tales bienes consistan en efectos o ganancias provenientes de tal delito o sean los instrumentos con los que se haya llevado a cabo y siempre que dicho tercero no los haya adquirido legalmente o pueda ser considerado tercero de buena fe (artículo 127 del Código Penal). Vid. DE TOLEDO Y UBIETO, E.O., “El comiso”, en *La Ley*, nº 5495, de 5 de marzo de 2002.

<sup>99</sup> Véanse los artículos 5 y 7 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.



efectos que constituyan el cuerpo del delito, cualquiera que sea su clase y la persona que los reclame”.

#### **4.3.3. Otras medidas cautelares patrimoniales.**

Por último téngase en cuenta que al margen de lo señalado, en materia de medidas cautelares reales nada más se dice ni en la Decisión Marco ni en la LOEDE, por lo que si se requiere de otras medidas, cabe que las autoridades del país de origen acudan simultáneamente a una petición de cooperación a través de la pertinente comisión rogatoria prevista en los Convenios de 1959 y 2000<sup>100</sup>, sin perjuicio de otros Convenios aplicables en materias específicas<sup>101</sup>.

De especial interés a estos efectos es la Decisión marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, pendiente de implementación en las legislaciones de los distintos Estados miembros, y cuyo plazo para hacerlo vence en agosto de 2005. Este instrumento legislativo comunitario da un paso más para facilitar la cooperación en esta materia sobre la base del reconocimiento mutuo y sin duda servirá también para simplificar la adopción de medidas cautelares patrimoniales instrumentales del procedimiento de detención y entrega. Dicha norma, en lo relativo al aseguramiento de las pruebas, tiene su necesario complemento en la Decisión marco del Consejo relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal, todavía en fase de Propuesta<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> En tal caso, téngase en cuenta que además de al Juez, podría dirigirse la petición a la Fiscalía, toda vez que conforme a las normas convencionales citadas (convenios de 1959 y 2000), se consideran autoridades competentes a tales efectos (artículo 24 del Convenio de asistencia de 1959) los miembros del Ministerio Fiscal. Pero dado que éste sólo puede ejecutar por sí mismo con plena autonomía todas aquellas actuaciones que la Constitución Española o la ley no reserve expresamente a la autoridad judicial, es evidente que no podrá ejecutar aquello que se refiera a medidas cautelares, debiendo remitir la comisión rogatoria a la autoridad judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Convenio de 1959, notificando a la autoridad judicial extranjera remitente quien es el órgano judicial competente para la ejecución de la solicitud (JIMÉNEZ-VILLAREJO, F., “La red de fiscales de cooperación judicial internacional. Especial referencia a la instrucción núm.2/2003, de la Fiscalía general del Estado”, ponencia presentada en el *Congreso Internacional El espacio Judicial Europeo, Toledo, 2003*).

<sup>101</sup> Consúltese a ese respecto las páginas 15 a 20 del Prontuario de Asistencia Judicial Internacional (Consejo General del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Fiscalía General del Estado), donde se enumeran y analizan los diversos convenios internacionales aplicables en materia de medidas cautelares.

<sup>102</sup> Propuesta de la Comisión de 14 de noviembre de 2003 [COM (2003), 688 final].