

LAS CADENAS ROTAS DE PROMETEO: UNA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN PROVISIONAL*

Semillero de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca (España)

*Laura Peláez García, Elena Sánchez Carrero,
Inmaculada Gallego Sapico, José Román Martín
Igor Quintero Reyes, Pedro Gómez Pedraza
Linda Guerra Henríquez, Walter Reifarth Muñoz*

Director: Lorenzo Mateo Bujosa Vadell¹

RESUMEN:

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el tratamiento de las medidas cautelares dentro del Espacio Judicial Europeo. En concreto, nos aproximamos al régimen jurídico de las medidas innominadas, explicando de forma previa la medida clásica de prisión provisional a través de la Orden europea de detención y entrega, que se configura como antecedente inmediato de todas aquellas medidas utilizadas en el marco de un proceso que buscan asegurar la eficacia del mismo.

Las dos ideas fundamentales que nos han llevado a orientar el trabajo de la manera que se acaba de apuntar son las siguientes: En primer lugar la construcción paulatina un Espacio Judicial Europeo desde la perspectiva de la tutela cautelar, con sus dificultades, pero también con sus sucesivos avances. En segundo lugar, trataremos de explorar en este contexto la aplicación de medidas cautelares penales innominadas como alternativa a otras medidas cautelares más restrictivas como la prisión

* Artículo inédito.

Esta ponencia es la base del trabajo de investigación presentada por los autores en el XV Concurso Internacional de Estudiantes de Derecho - Nivel Pregrado, que se realizó en el marco del XXXV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, celebrado el 10, 11 y 12 de septiembre del 2014, en la ciudad de Cartagena.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Profesor Titular y Catedrático de Derecho Procesal en la misma Universidad. Director del Semillero de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca.

provisional, con el fin de obtener el mismo objetivo que con las medidas clásicas a un precio más aceptable en términos de restricción de derechos humanos.

ABSTRACT:

This Paper aims the study of the treatment of pre-trial precautionary criminal measures within the European Area of Justice. In particular, we analyze the legal regulation of the alternative measures in the European Union, but first explaining the implementation of the classic measure of pre-trial detention through the European arrest warrant, which is set up as immediate antecedent of all those measures used in the framework of a criminal process seeking to ensure the effectiveness.

Two fundamental ideas that have led us to guide this study are as follows: First, the gradual construction of a European Area of Justice from the perspective of pre-trial precautionary measures, with their difficulties, but also with their successive advances. Secondly, we will try to explore in this context the use of alternative precautionary measures as a fairer option than the preventive, in order to obtain the same objective as the classic measures but within a more acceptable price in terms of restriction of human rights.

Palabras claves: Prisión provisional, medidas cautelares, reconocimiento mutuo, cooperación procesal, unión europea.

Keywords: Preventive detention, pre-trial precautionary measures, mutual recognition, judicial cooperation, european union.

I.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto de estudio el tratamiento de las medidas cautelares dentro del Espacio Judicial Europeo. En concreto, nos aproximaremos al régimen jurídico de las medidas innominadas, explicando de forma previa la medida clásica de prisión provisional a través de la Orden europea de detención y entrega, que se configura como antecedente inmediato de todas aquellas medidas utilizadas en el marco de un proceso que buscan asegurar la eficacia del mismo.

Las dos ideas fundamentales que nos han llevado a orientar el trabajo de la manera que se acaba de apuntar son las siguientes: En primer lugar la construcción paulatina un Espacio Judicial Europeo desde la perspectiva de la tutela cautelar, con sus dificultades, pero también con sus sucesivos avances. En segundo lugar, trataremos de explorar en este contexto la aplicación de medidas cautelares penales innominadas

como alternativa a otras medidas cautelares más restrictivas como la prisión provisional, con el fin de obtener el mismo objetivo que con las medidas clásicas a un precio más aceptable en términos de restricción de derechos humanos.

Para conseguir nuestros objetivos comenzaremos analizando en qué consiste lo que conocemos como “Espacio Judicial Europeo” (basado en los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y confianza), determinando el contexto físico y político de actuación. A continuación, tomaremos como referencia la Orden europea de detención y entrega (en adelante “OEDE”), que constituye el punto de partida de la europeización del proceso penal. Cabe adelantar que la OEDE supuso un punto de inflexión a partir del cual pudo desarrollarse la reflexión sobre nuevas medidas, que englobaremos dentro del concepto de innominadas, en el marco de la cooperación procesal penal supranacional, con la implantación de paradigmas distintos basados en un reconocimiento que debería ser puro y automático.

Todo lo expuesto a lo largo del presente estudio nos ayudará a valorar de manera detenida si la tendencia legislativa desarrollada con avances y retrocesos en los últimos lustros en Europa para superar un punto de vista meramente estatal, que seguía las concepciones clásicas de la soberanía, y respeto escrupuloso de su núcleo duro, el proceso penal, supone ventajas o inconvenientes y si puede armonizarse de manera adecuada con las exigibles garantías procesales combinadas con la imprescindible eficacia en la persecución de la criminalidad transfronteriza, cada vez más frecuente en nuestro mundo globalizado.

II.- EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

1. Concepto y características

En las próximas líneas trataremos de aproximarnos al Espacio Judicial Europeo como contexto en el que se enmarca nuestra investigación sobre la comparación entre la aplicación de medidas cautelares personales, tanto privativas de libertad como innominadas, en los procesos penales en los que haya elementos de diversos Estados miembros de la Unión Europea. Para conseguir con éxito este cometido, procederemos en primer lugar a hacer una breve referencia a la gestación de este Espacio de libertad, seguridad y justicia, para posteriormente profundizar en los principios en los que se fundamenta y, finalmente, destacar su relevancia a efectos del presente estudio.

Pues bien, al hablar del Espacio Judicial Europeo, no podemos dejar de lado una premisa básica, esta es, que los objetivos de la integración europea desde sus inicios, han sido primordialmente económicos: eliminar las barreras nacionales mediante la cesión de competencias a una organización de carácter supranacional, con sus propias instituciones, que permita armonizar las legislaciones internas en orden a la consecución de un Mercado Único Europeo, donde circulen libremente los bienes,

servicios, capitales y las personas. Este proceso de integración económica, netamente sectorial, ha sido el motor principal en torno al que se ha construido una progresiva integración política, a la que solamente podremos llegar si también tomamos en cuenta factores sociales y jurídicos, tal y como ha sucedido en los últimos años¹.

Evidentemente, no es nuestro objeto ahondar en el fenómeno de la integración europea, pero su mención es indispensable en tanto que en cierto momento de la historia, las naciones europeas se dieron cuenta que una integración económica fructífera tenía que ir de la mano de una integración política y, sin duda, también del reforzamiento de la cooperación procesal entre los Estados miembros. En efecto, ya en la actualidad contamos con una forma totalmente diferente de entender la cooperación procesal en la Unión Europea², puesto que la profundización en el espacio de integración europeo nos ha llevado a la paulatina consolidación de un espacio político-geográfico sin fronteras. La consolidación de este espacio, pues, ha supuesto la necesidad de luchar eficazmente contra el fenómeno de la criminalidad organizada transnacional, que solo puede lograrse con la complementariedad de los ordenamientos de cada uno de los Estados miembros.

La consolidación de este espacio, podríamos decir que culmina con la aceptación del principio de confianza mutua entre las instituciones de los Estados miembros y el principio de equivalencia de procedimientos. Ahora bien, la aplicación de estos principios, junto con algunos otros, no hubiera sido posible, por una parte sin un acervo jurisprudencial amplio derivado de las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que sirven como mínimo denominador común, y, por otra parte, sin un desarrollo normativo de base, efectuado en un corto lapso de tiempo y cuyo antecedente inmediato lo encontramos en 1986³, cuando los Estados iniciaron la elaboración de normas comunes en materia de Justicia e Interior, lo que supuso un cambio cualitativo importante⁴. En un principio, en el marco de la Unión Europea, los tratados y convenios internacionales constituían la principal fuente de cooperación

¹ ORTIZ VIDAL, M. D., “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”. En: *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 2, N°1, marzo 2010, p. 378.

² Siguiendo a DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, n° XIII, 2003, pp. 286 y siguientes.

³ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El Ministerio Fiscal en Europa, pautas de convergencia”. En: *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, n° III, 2002.

⁴ En efecto, antes del año 1986, cuestiones relativas a las materias de Justicia e Interior únicamente habían sido reguladas a través de puntuales reuniones intergubernamentales, es decir, sin ningún instrumento que configurara un compromiso jurídico para los Estados miembros de las por entonces “Comunidades Europeas”. Algunos de dichos acuerdos eran, por ejemplo, el *Grupo Trevi*, creado por el Consejo Europeo de enero de 1975, integrado por los Ministros de Justicia e Interior y dedicado a los temas de terrorismo, radicalismo, extremismo y violencia internacional.

jurídica internacional, manifestada tradicionalmente a través del instituto de la extradición y de las denominadas comisiones rogatorias, aplicándose, en defecto de acuerdos, el principio de reciprocidad; pero a partir de 1986 y, en especial, con el Acuerdo de Schengen⁵ (y su Convenio de Aplicación de 1990) se produce un cambio de paradigma, puesto que el objetivo fundamental de este Acuerdo, en último término, la creación de un Espacio común europeo⁶.

En efecto y, siguiendo un orden cronológico, en el Tratado de Maastricht de 1992⁷ se introdujo, en el ámbito de la Unión Europea, la cooperación en materias de Justicia e Interior como un asunto de interés común, enmarcadas por entonces dentro del Tercer Pilar denominado «JAI»⁸, para resaltar su importancia. La firma de este tratado constituyó un hito en el proceso de creación de la Unión Europea, estableciendo importantes normas para el refuerzo de la cooperación, tanto que dentro de sus objetivos primordiales se encontraba la creación de un Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que iba más allá de la mera integración económica.

En un momento posterior, con la firma del Tratado de Ámsterdam de 1997⁹, se da un paso mucho más consistente, porque se procede a una plena comunitarización de la cooperación judicial, pero solo en materia civil. Es decir, la cooperación judicial civil se somete a las normas comunitarias europeas y, además, a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, desde la perspectiva procesal penal, a efectos de nuestro objeto de estudio, sí que es relevante resaltar que el Tratado de Ámsterdam supuso la imposición a los Estados miembros de la obligación de conseguir un objetivo concreto: mantener y desarrollar la Unión como un Espacio de libertad, seguridad y justicia, mediante una acción común que incluyera, en virtud del antiguo artículo 31 del Tratado de la Unión Europea, la facilitación y aceleración de la cooperación entre los ministerios y las autoridades judiciales o equivalentes que sean competentes en los Estados miembros en relación con las causas y la ejecución de las resoluciones; la facilitación de la extradición entre los Estados miembros; la consecución de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros; la

⁵ Firmado en Schengen (Luxemburgo) el 14 de junio de 1985 y en vigor desde 1995. Dicho acuerdo supuso la supresión de los controles en las fronteras interiores entre los países firmantes del mismo y la creación de un espacio (*Schengen*), por el que pudan circular libremente personas que hayan entrado regularmente por una frontera exterior o que residan en uno de los países que aplica el Convenio. Se introdujeron, pues, materias de cooperación judicial, como la entrega vigilada en la lucha contra el tráfico de drogas, la persecución transfronteriza de los delincuentes, y se facilita, por lo demás, la extradición entre Estados.

⁶ *Cfr.* PUERTA LUIS, L. R., “Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional”. *En: Derecho penal supranacional... op. cit.*, p. 34.

⁷ Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992. *Diario Oficial C 191*, de 29 de julio de 1992.

⁸ El acrónimo «JAI» se refiere a: cooperación judicial y policial en materia penal.

⁹ Publicado en *Diario Oficial C 340*, de 10 de noviembre de 1997.

prevención de los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; la adopción progresiva de medidas que establezcan normas mínimas relativas a los elementos constitutivos de los delitos y a las penas en los ámbitos de la delincuencia organizada, el terrorismo y el tráfico ilícito de drogas.

A pesar de las directrices apuntadas supra, todavía resultaba necesaria una concreción posterior. De hecho, en el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) de octubre de 1999, se llega a la culminación del planteamiento del pleno desarrollo de la cooperación judicial europea, al imponerse la misma como un objetivo prioritario, hasta conseguir la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros. Algunos compromisos adoptados en ese Consejo Europeo se condensaron en el Tratado de Niza¹⁰, como lo fue la necesidad de desarrollar EUROJUST¹¹, compuesta por fiscales, magistrados y oficiales de policía nacionales, para reforzar la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, facilitando la coordinación entre las Fiscalías nacionales y las autoridades policiales de los distintos Estados de la Unión y también el establecimiento del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, con un llamamiento expreso para superar las dificultades político-administrativas de los procedimientos de extradición.

2.- El principio de reconocimiento mutuo y sus principios complementarios

A partir de los anteriores hitos históricos, se llega a una potenciación y simplificación de la asistencia judicial en materia penal, con la posibilidad de comunicación directa entre las autoridades judiciales de los distintos Estados, así como la de autorizar la entrega de personas sin necesidad de seguir los trámites del procedimiento formal de la extradición. La potenciación del espacio judicial europeo se ha visto favorecida a través de un peculiar instrumento de aproximación de las legislaciones en materia procesal penal, denominado «Decisión Marco». Esto es así en tanto que los avances en el Espacio judicial europeo en este ámbito no podían partir de una integración normativa, dado que aún hoy los Estados no habían cedido competencias a la Unión Europea en este sentido, pero sí habían propugnado que en el territorio de la Unión la cooperación judicial en materia penal fuera más simple y efectiva.

Uno de los instrumentos, pues, a través de los cuales la Unión se ha dotado de base jurídica en cuanto a la cooperación judicial en materia penal se refiere, es a través de la

¹⁰ Publicado en *Diario Oficial C 080*, de 10 de marzo de 2001.

¹¹ EUROJUST es un órgano de la Unión Europea encargado del refuerzo de la cooperación judicial entre los Estados miembros, mediante la adopción de medidas estructurales que facilitan la mejor coordinación e las investigaciones y las actuaciones judiciales que cubren el territorio de más de un Estado miembro.

técnica de las denominadas Decisiones Marco, que fueron introducidas en la normativa comunitaria en el antiguo artículo 34 del Tratado de la Unión Europea.

A efectos de facilitar al lector la comprensión de este instrumento, es necesario apuntar someramente en qué consisten las Decisiones en el ámbito del Derecho comunitario. Pues bien, se trata de una norma comunitaria que se enmarca dentro del Derecho derivado (actual artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), en tanto acto individual que obliga únicamente a sus destinatarios y es obligatoria en todos sus elementos; dichos destinatarios pueden ser tanto los Estados miembros como los particulares. Las Decisiones Marco, más concretamente, establecen un contexto general dentro de materias en las que la Unión Europea no tiene atribuidas competencias exclusivas, surgiendo la necesidad de trasponer el contenido de la Decisión, emanada de las instituciones comunitarias, para armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Una Decisión Marco importante, a efectos de nuestro estudio, es la de 13 de junio de 2002¹², que estableció la orden de detención europea y procedimiento de entrega entre los Estados miembros, con la finalidad de sustituir los instrumentos anteriores relativos a la extradición, instaurando un procedimiento simplificado para la entrega de personas con vistas a su enjuiciamiento y a la ejecución de sentencias¹³. En España, se ha cumplido con las obligaciones derivadas de la citada Decisión Marco mediante la Ley 3/2003, de 14 de marzo¹⁴, definiendo la orden europea de detención y entrega en su artículo 1 como «una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativa de libertad».

Cabe destacar como aspectos orgánicos dirigidos a fortalecer la cooperación en el Espacio judicial europeo, a la figura de los Magistrados de Enlace, creada por la Acción Común 96/277, de 22 de abril de 1996, y cuya misión fundamental se refiere a canalizar las peticiones de cooperación y la remisión de información a las autoridades competentes del Estado en que dicho magistrado esté destinado, o la Red Judicial Europea, creada por la Acción común de 29 de junio de 1998, para mejorar la cooperación de las autoridades competentes de los distintos Estados miembros en lo referente a la delincuencia organizada, el tráfico de drogas, y el terrorismo.

¹² Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002 Relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros, Publicada en el *Diario Oficial L*, de 18 de julio de 2002.

¹³ Cfr. PUERTA LUIS, L. R., “Derecho Penal Supranacional y cooperación jurídica internacional” en *Derecho penal... op. cit.*, p. 35.

¹⁴ Publicada en el *Boletín Oficial de España*, núm. 65, de 17 de marzo de 2003.

El Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, cuyo marco general se ha expuesto está informado o, mejor, fundamentado en varios principios novedosos. Como es fácil de entrever con lo que hemos dicho hasta ahora, la cooperación debe superar los principios y relaciones tradicionales¹⁵, teniendo en cuenta que el incremento de la cooperación redundará en la garantía de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión Europea, por lo que se refiere a la protección de la libertad, la seguridad y la justicia. Y es que, además, al crearse una verdadera Comunidad de Derecho, la posible lesión o menoscabo de los derechos y libertades fundamentales podrá contar con una respuesta conjunta del sistema judicial de la Unión con independencia del Estado concreto en el que se produzca la lesión efectiva.

Para materializar este cometido, se consagra el principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en el ámbito de la Unión Europea, lo que desemboca en la potenciación del principio de confianza recíproca y el principio de equivalencia entre los distintos Estados miembros, con el objetivo primordial de proteger la paz social, contribuyendo a la depuración de las posibles responsabilidades penales, con independencia del lugar de comisión de los delitos. Estos principios, además, tratan de conseguir que la cooperación se convierta en una relación directa entre autoridades, judiciales y policiales, consiguiendo la introducción de instrumentos mucho más ágiles.

El principio de reconocimiento mutuo surge, como se ha dicho supra, con la creación paulatina de un espacio único, inicialmente sólo económico, dado que nos encontrábamos en una situación de multiplicidad de legislaciones nacionales sobre la circulación de mercancías, y en vez de afrontar un delicado proceso de armonización, se decidió que cada Estado debía reconocer como equivalentes las normas de los otros Estados miembros¹⁶. No obstante, en el ámbito de la cooperación penal, su aparición fue muy posterior, en concreto, en el Consejo Europeo de Cardiff, de 15 y 16 de junio de 1998; aparece también evocado en el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia.

En todo caso, dicho principio se consolida definitivamente en el ámbito penal en las conclusiones del ya mencionado Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999¹⁷,

¹⁵ GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y POZO PÉREZ, M. DEL. “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”. *En: Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011, p.1.

¹⁶ GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006, p. 157.

¹⁷ *Vid.* conclusiones 33, 35 y 36 del Consejo Europeo. Fuente: www.europa.eu.int.

que trajo como consecuencia el desarrollo del Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia penal. Pues bien, a día de hoy, el reconocimiento mutuo se ha convertido en la «piedra angular»¹⁸ de la cooperación judicial europea, dado que constituye un factor en el seno de la Unión al conllevar una confianza recíproca de los Estados miembros en sus respectivos sistema de justicia penal, al tiempo que resalta que dicha confianza se basa en el fundamento común de la adhesión a los principios de libertad, democracia y respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales¹⁹.

Más concretamente, debemos decir que en virtud del principio de reconocimiento mutuo, la resolución de la autoridad judicial de un Estado miembro debe reconocerse automáticamente y aplicarse en todos los demás Estados miembros con el menor número de trámites posibles²⁰. Se trata, pues, de un reconocimiento automático, basado en dos elementos o sub-principios: la equivalencia y la confianza. El principio de equivalencia se refiere a que el Estado receptor de una resolución judicial debe entender que la decisión del Estado emisor tiene el mismo contenido, es decir, es equivalente a la que habrían dictado sus propios órganos jurisdiccionales.

Por lo que respecta al principio de confianza, se basa en que cada Estado miembro debe confiar en el sistema judicial de los demás Estados, habida cuenta que todos ellos son Estados democráticos que han suscrito el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, o, siguiendo a DEL POZO PÉREZ, significa que en un Espacio de libertad, seguridad y justicia, resulta lógico que Estados que comparten una misma concepción de lo que es un Estado de Derecho, tengan un elevado nivel de confianza entre sí, y en particular respecto a decisiones judiciales pronunciadas en el seno de sistemas democráticos consolidados²¹.

Debemos entender los principios apuntados supra de manera indisoluble, es decir, que el reconocimiento mutuo va a ser efectivo en virtud de la equivalencia y la confianza entre los órganos jurisdiccionales penales de los Estados miembros. Ahora bien, en la práctica, el reconocimiento puro y automático no es un hecho, porque si lo fuese, el órgano jurisdiccional del Estado de ejecución únicamente tendría que comprobar la existencia de una resolución judicial, que está vigente en la fecha de ejecución y que la

¹⁸ Vid. la Exposición de Motivos de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros.

¹⁹ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El embargo preventivo y aseguramiento de pruebas, la ejecución de sanciones pecuniarias y el comiso: las decisiones marco”, en *Derecho penal supranacional... op. cit.*, p. 389.

²⁰ FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm.14, 2003, p. 72.

²¹ Cfr. POZO PÉREZ, M. DEL., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”. *En: Diario La Ley*, núm. 6164, enero 2005, p. 2.

autoridad emisora es la competente para su dictamen. En este sentido, la actuación del órgano jurisdiccional del Estado requerido sería prácticamente igual a la realizada por el órgano jurisdiccional requirente, cuestión que no siempre sucede en la práctica, quedándose en un simple deseo el hecho de un reconocimiento puro y automático²².

Un primer ejemplo en el que se han concretado estos acercamientos entre los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea en el camino de construcción de un “verdadero espacio judicial europeo”²³ es la orden europea de detención y entrega. Pues bien, como es fácil de intuir, la euro-orden constituye el primer instrumento jurídico de la Unión en el que se hace aplicación del principio de reconocimiento mutuo enunciado en las conclusiones de Tampere. En efecto, el análisis de la orden de detención y entrega, desde un punto de vista estrictamente procesal, puede sistematizarse en dos grandes elementos: por un lado, en la superación (o no) de los obstáculos del sistema de extradición y, por otro, en la agilización del procedimiento. Son precisamente estos extremos los que pasaremos a analizar en los apartados siguientes.

III. LA SOLUCIÓN CLÁSICA Y SUS NOVEDADES: LA DECISION MARCO 2002/584/JAI DEL CONSEJO DE 13 DE JUNIO DE 2002 RELATIVA A LA ORDEN DE DETENCION Y ENTREGA EUROPEA COMO MEDIDA CAUTELAR

1. Cuestiones generales: concepto y finalidades de la Orden europea de detención y entrega

La orden europea de detención europea (en adelante, OEDE) representa la primera concreción del principio de reconocimiento mutuo, principio enunciado por el Consejo Europeo de Tampere, y elevado a la categoría de “piedra angular” de la cooperación por su escrito de conclusiones²⁴. Nos situamos todavía, sin embargo, en el ámbito de la medida cautelar personal por antonomasia que es la prisión provisional: se trata de obtener el cumplimiento de la resolución de un órgano jurisdiccional para obtener la privación de libertad y la entrega de una persona que se halla en otro Estado miembro de la Unión Europea. Como veremos, no obstante, esta medida clásica con una naturaleza mixta cautelar y cooperativa, se caracteriza por importantes las novedades en el contexto del Derecho comparado.

²² En efecto, la propia Comisión Europea, en una Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2000) 495, de 26 de julio de 2000, sobre “Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal”, p. 18, aludió a dificultades para la existencia de un reconocimiento puro y automático, tales como la diversidad de lengua, de legislaciones, los distintos conceptos de resoluciones judiciales, diverso nivel de protección y garantía de los derechos y libertades fundamentales en el proceso penal, etc.

²³ Cfr. BUJOSA VADELL, L.M. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008.

²⁴ Vid. http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

La Decisión Marco adoptada en cumplimiento del mandato del Tratado de Ámsterdam 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 típicos 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.

En este sentido, debemos entender la orden de detención y entrega como una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Unión Europea que pretende la detención y entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o medida de seguridad privativa de libertad²⁵. Como ocurre en la extradición, esta medida de cooperación debe ser vista desde una doble óptica, es decir, desde un punto de vista activo (Estado de emisión) y otro pasivo (Estado de ejecución). En relación con esta cuestión, cada Estado miembro señala las autoridades judiciales competentes tanto para emisión de una orden como para la ejecución de la misma²⁶.

Junto a lo anterior, hay que destacar que esta resolución judicial debe tener alguna de estas finalidades según el artículo 2 de la Decisión Marco:

- En primer lugar, para proceder al ejercicio de acciones penales por aquellos hechos para los cuales la ley penal del Estado emisor señale una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos 12 meses. (OEDE cautelar o instructora).
- En segundo lugar, con el fin de cumplir una condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad. (OEDE ejecutoria).

Dado el carácter netamente jurisdiccional de este nuevo instrumento, su naturaleza es la de un procedimiento al servicio de un proceso penal, es decir, 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. En este sentido, de las dos finalidades vistas a nosotros nos va a interesar en mayor medida en este momento la relativa al ejercicio de acciones penales, puesto que es en estos casos donde la OEDE actúa como verdadera medida cautelar, no tanto en los supuestos de cumplimiento de

²⁵ El elemento fundamental de esta definición es que se trata de una resolución judicial; el juez que la recibe la va a ver como propia y la va a cumplir con un control mínimo, puesto que nos encontramos en un Espacio de libertad, seguridad y justicia.

²⁶ Art. 6 de la Decisión Marco. En España, por un lado, la autoridad judicial de emisión será cualquier órgano jurisdiccional competente para el asunto en el cual aparezca la necesidad de emitir una OEDE (tanto un órgano de instrucción como uno decisor) y, por otro lado, la autoridad judicial de ejecución serán los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

una condena ya impuesta que enmarcarían a esta medida en el ámbito más propiamente de ejecución penal.

2.- Superación de obstáculos con la Orden europea de detención y entrega

Este instrumento representa los nuevos principios y el futuro de la cooperación judicial en materia penal en el ámbito de los países de la Unión Europea, es decir, los principios de reconocimiento mutuo, confianza, equivalencia e intento de aproximación de las legislaciones internas. Además, asegura la protección y tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos de la Unión, de tal modo que una lesión o menoscabo de los mismos producirá una respuesta del sistema judicial de la Unión Europea, con independencia del Estado concreto donde se produzca la lesión.

Como consecuencia de lo anterior, la orden europea de detención y entrega se presenta como el instrumento que, por sus características, supera los obstáculos y dificultades tradicionales que hacían de la extradición un instrumento excesivamente complejo, politizado y poco efectivo. A continuación, indicamos algunos de los principales rasgos definitorios de esta medida a los que hacíamos referencia²⁷.

a) Simplificación normativa

En el ámbito de la OEDE hemos visto ya que disponemos de una Decisión Marco de 13 de junio de 2002 como norma de mínimos para todos los Estados miembros que después debían transponer los elementos principales de su contenido a sus legislaciones internas, de tal forma que éstas presentan importantes semejanzas entre sí, lo cual contribuye a una simplificación que contrasta con la multiplicidad de fuentes normativas existentes en el ámbito de la extradición (Convenios, tratados internacionales, legislación interna, etc.).

b) Supresión del control de la doble incriminación

Directamente relacionado con el principio de reconocimiento mutuo y de confianza recíproca, el principio de doble incriminación estuvo muy presente en el viejo sistema de la extradición, donde el órgano que decidía sobre la misma en el Estado donde se encontrara la persona buscada debía entrar a conocer el fondo del asunto para verificar que la conducta por la cual se solicitaba la extradición estaba tipificada en su propio Código Penal.

Sin embargo, la aplicación estricta de este principio en el ámbito de la OEDE dificultaría enormemente la efectividad del principio de reconocimiento mutuo, la confianza y la equivalencia. Por ello, una de las importantes innovaciones de la regulación europea de la detención y la entrega de personas es la supresión del control del cumplimiento de la doble incriminación. Téngase en cuenta que esta forma de

²⁷ POZO PÉREZ, M. DEL, "La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales...", op, cit., pp. 8 y ss.

cooperación busca la entrega ágil de una persona de un Estado miembro a otro para el ejercicio de acciones penales o el cumplimiento de una sanción ya impuesta. Así pues, actualmente el régimen de la OEDE es mixto entre la extradición y el reconocimiento automático de las resoluciones judiciales, de tal forma que pueden darse dos supuestos. El primero de ellos consiste en la entrega en la que se da por supuesto el cumplimiento de la doble incriminación y, por ello, se suprime el control del cumplimiento de este principio; en este supuesto, la orden de detención y entrega se aproxima a lo que sería un reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales entre Estados miembros en el ámbito del proceso penal, siempre y cuando concurren dos condiciones cumulativas: a) debe cumplirse un determinado límite punitivo, es decir, el delito por el que se dicta la OEDE debe estar castigado conforme al ordenamiento del Estado de emisión con una pena privativa de libertad de al menos tres años de prisión; y b) el delito debe estar incluido en el listado de treinta y dos categorías delictivas del art 2.2 de la Decisión Marco, de acuerdo con el Derecho del Estado de emisión.

El segundo de los supuestos es la entrega con exigencia facultativa de la aplicación del principio de la doble incriminación; en este caso, la OEDE resulta similar a la extradición pero con una tramitación exclusivamente judicial, ágil y simplificada. Este supuesto se va a producir si concurren dos presupuestos: 1) que la infracción penal no se encuentre en el mencionado listado del art. 2.2 de la Decisión Marco; 2) que, tras la aplicación de la legislación del Estado de emisión, se castigue el tipo delictivo con una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración sea de al menos doce meses para el supuesto de entrega para la realización de diligencias penales contra el sujeto en cuestión, o bien, con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de al menos cuatro meses si se pretende la utilización de esta medida de cooperación para el cumplimiento de una pena o una medida de seguridad ya impuesta.

c) Entrega de nacionales

En tercer lugar, el obstáculo tradicional en la extradición relacionado con la prohibición de la entrega de nacionales se supera como consecuencia del principio de confianza en la ejecución de la orden de detención y entrega de estados de la Unión. Con carácter general no podrá utilizarse la prohibición absoluta de entrega de nacionales, con lo cual se produce un avance en la construcción del Espacio judicial europeo y una revisión de la regla del *aut dedere aut indicare*.

d) Monopolio jurisdiccional

La OEDE se caracteriza porque todo el procedimiento queda en manos de los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados miembros (art. 6 de la Decisión Marco), salvando las dificultades que entrañaba el tradicional sistema de la extradición en el que los órganos administrativos y políticos (Poder Ejecutivo) disponían de la decisión final acerca de la emisión y ejecución de la extradición. En consecuencia, la denegación de una entrega no podrá basarse en razones discrecionales de política

exterior de un concreto gobierno, como consecuencia de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y confianza.

Gracias al monopolio jurisdiccional se produce una mayor y mejor garantía de los derechos fundamentales de la persona que va a ser entregada, dado que todo el proceso se llevará a cabo a través de la realización de un juicio de proporcionalidad por parte de un juez independiente sometido al imperio de la ley y que la aplicará de manera objetiva²⁸. Además, esta exclusividad judicial implica que las decisiones en torno a la OEDE serán motivadas y controlables incluso a través del correspondiente recurso de amparo ante los Tribunales Constitucionales si se vulneraran los derechos fundamentales. Finalmente, también contribuye a la agilidad del procedimiento, puesto que fomenta la asistencia judicial directa entre autoridades judiciales.

3.- Procedimiento de la Orden europea de detención y entrega²⁹

Como hemos tenido oportunidad de comentar previamente, la OEDE debe ser analizada desde una doble perspectiva, pasiva o activa, en función de si el Estado miembro en el que nos encontramos emite la orden o debe ejecutarla. Por ello, procedemos a analizar a continuación los dos puntos de vista y la tramitación que sigue la ODE en cada uno de ellos.

A) Emisión de una Orden europea de detención y entrega.

Es evidente que para la tramitación del procedimiento penal, la OEDE conlleva una serie de ventajas al instituirse como un mecanismo exclusivamente judicial, que ha producido de hecho la homogenización de la normativa europea, valiéndose de un formulario común, un documento único, sencillo y breve, con una ordenada reducción de trámites y de documentación a presentar, bastando con la emisión de la OEDE para que se detenga al individuo, se active el procedimiento de decisión y se produzca la entrega. Se agiliza, en definitiva, el procedimiento judicial al desaparecer la extradición pasiva, de la comunicación directa entre autoridades judiciales y del establecimiento de trámites muy breves de tramitación. Todo ello fortaleciendo el respeto de los derechos fundamentales del reclamado desde el mismo momento de la detención y a lo largo de toda la tramitación.

Con el sistema de la orden europea de detención y entrega se eliminan las trabas que se producían en el clásico procedimiento de la extradición, configurándose en la Decisión Marco un mandamiento de detención europeo que equivale a una solicitud de busca, captura, detención y entrega de la persona reclamada al órgano jurisdiccional

²⁸ De esta forma, además, está presente un doble control judicial mutuo, es decir, tanto la autoridad de emisión como la de ejecución, están obligadas a respetar el Derecho interno en materia de derechos fundamentales.

²⁹ ARANGÜENA FANEGO, C., "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", *La orden europea de detención y entrega*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 383 y ss.

de emisión; todo ello con una única solicitud común a todos los países de la Unión Europea y cuyo formulario figura en la propia Decisión Marco tal como fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea.

Según el art 9 de la Decisión Marco el modo de transmisión de una orden de detención europea dependerá de que se conozca o no, por parte de la autoridad judicial de emisión, el paradero de la persona buscada. En el caso de que se tenga conocimiento del lugar donde se oculta la persona buscada, “la autoridad judicial emisora podrá comunicar directamente a la autoridad judicial de ejecución la orden de detención y entrega”. En caso contrario, lo que se indica en el art 10 de la Decisión Marco es que la OEDE se enviará a la oficina SIRENE³⁰ correspondiente para que se inserte en el Sistema de Información del Convenio de Schengen (SIS)³¹. Si no es posible recurrir a este sistema se pondrá en conocimiento de INTERPOL. Una vez localizado al sujeto de acuerdo a la anotación en el SIS se pone en conocimiento de la autoridad judicial de emisión, el cual emitirá una orden de detención y entrega sobre la persona buscada.

B) Ejecución de una Orden europea de detención y entrega

Esta fase consiste, a grandes rasgos, en la localización de la persona afectada por la OEDE y la decisión sobre su entrega (o no) al Estado de emisión de la misma. Para ello, cada Estado miembro designa una autoridad judicial de ejecución competente en la fase que nos ocupa, respecto de la cual ya se ha hablado con anterioridad

Antes de entrar en el procedimiento de ejecución de la orden *stricto sensu* es preciso tener en cuenta las posibles causas de denegación de la misma que se contemplan en los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco y que se pueden dividir en dos grupos:

Por un lado, las causas de denegación obligatoria, como la amnistía, si el Estado de ejecución, tuviere competencia para perseguir dicho delito conforme a su Derecho interno; la cosa juzgada, siempre que, en caso de condena, la sanción haya sido, esté siendo o ya no pueda ser ejecutada en virtud del Derecho del Estado miembro de la condena o la minoría de edad, dada la clamorosa ausencia de armonización en el ámbito del Espacio judicial europeo sobre los límites en cuanto a la edad penal³².

Por otro lado, nos encontramos con las causas de denegación facultativa, es decir, las que el legislador nacional discrecionalmente puede acoger o no como causas de

³⁰ Las funciones de esta oficina consisten básicamente en el apoyo al Sistema de Información del Convenio de Schengen, el intercambio de información adicional y la actuación como órgano de comunicación bilateral con las oficinas correspondientes de los diferentes países.

³¹ Sistema de Información del Convenio de Schengen (SIS): mecanismo común a todos los Estados miembros que permite a las autoridades competentes de los mismos disponer de información relativa a ciertas categorías de personas y de objetos.

³² Vid. BUJOSA VADELL L.M., “Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008, pp. 129-178.

denegación³³: cuando no se cumpla el principio de doble incriminación, siempre que se trate de categorías delictivas a las señaladas en la lista antes mencionada; cuando haya litispendencia el Estado de ejecución; cuando es este mismo Estado se ha decidido no iniciar un proceso por los mismos hechos o cuando haya recaído sobreseimiento libre y definitivo; cuando se aplique la prescripción: cuando pueda alegarse cosa juzgada internacional por existir sentencia de un tercer Estado; cuando se trate de un nacional o residente del Estado de ejecución y éste se comprometa a ejecutar la condena; cuando se trate de hechos cometidos en el territorio del Estado de ejecución o fuera de él, no siendo perseguibles por ello en este Estado. Por lo que respecta concretamente al procedimiento de ejecución de la OEDE, en un primer momento la autoridad judicial de ejecución recibe la orden conforme a la transmisión efectuada de conformidad con los arts. 9 y 10 de la Decisión Marco. En caso de que la OEDE fuese recibida por un órgano no competente para darle curso, éste la transmitirá de oficio a la autoridad que disponga de dicha competencia informando de esta actuación a la autoridad judicial emisora.

Posteriormente, en virtud del art. 11 de la Decisión Marco, cuando la persona buscada sea detenida la autoridad judicial de ejecución competente deberá informar a dicha persona, conforme a su Derecho interno, de la existencia de la orden de detención, de su contenido y de la posibilidad que tiene de consentir en su entrega a la autoridad judicial emisora. Asimismo, tendrá derecho a la asistencia de un abogado y, cuando sea preciso, de un intérprete, teniendo en cuenta además que a tales derechos deberán añadirse todos aquellos otros que se contemplen en el Derecho interno del Estado de ejecución (en España, los previstos en el art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Por otra parte, la Decisión Marco en su art. 12 viene a decir que la autoridad judicial de ejecución deberá decidir sobre la situación de la persona detenida durante la tramitación del procedimiento de la OEDE, haciendo referencia concretamente a dos medidas: el mantenimiento de la detención (asimilable a la prisión provisional del ordenamiento español) o la libertad provisional (con las cautelas precisas para evitar la fuga u ocultación del sujeto en cuestión).

Al margen de lo anterior, el paso siguiente dentro del procedimiento de ejecución consiste en la celebración de una audiencia de la persona objeto de la OEDE cuyos detalles concretos vienen determinados por las distintas leyes de transposición

³³ Sin embargo, el legislador español de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, que fue la que traspuso a nuestro ordenamiento interno las disposiciones de la Decisión Marco, copió tal cual la norma del texto europeo, sin tener en cuenta que ésta concedía un ámbito de discrecionalidad a los legisladores nacionales para que pudieran determinar sus opciones concretas, mientras que al introducir ese mismo ámbito de discrecionalidad en la ley española el destinatario es cualitativamente distinto: son los jueces encargados de aplicar esas normas, que deben decidir sobre la aplicación de tales causas de denegación sin tener elementos suficientes para la concreción de ese ámbito discrecional.

de los Estados miembros. Común a todas ellas es la posibilidad de que concurran dos situaciones jurídicas distintas:

- a) La persona detenida consiente su entrega ante la autoridad judicial de ejecución de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ésta última, siempre de manera voluntaria y con plena conciencia de las consecuencias que ello conlleva (los Estados miembros deberán articular las medidas necesarias para que se cumplan tales condiciones). En este supuesto se levantará acta del consentimiento, que en principio será irrevocable; no obstante, el art. 13.4 de la Decisión Marco admite que los Estados miembros establezcan que dicho consentimiento pueda revocarse de conformidad con sus respectivos Derecho internos. Por último, al igual que cabe consentir en la entrega, el detenido también puede renunciar a acogerse al principio de especialidad, por virtud del cual (con carácter general y sin perjuicio de posibles excepciones³⁴) la persona entregada no podrá ser procesada, condenada o privada de libertad por una infracción cometida antes de su entrega distinta de la que hubiere motivado su entrega (art. 27.2 de la Decisión Marco)³⁵.
- b) La persona detenida decide no consentir en su entrega, en cuyo caso tendrá derecho a ser oída por la autoridad judicial de ejecución de conformidad con el Derecho interno del Estado miembro de ejecución.

Por otro lado, como se ha visto la OEDE es un instrumento mucho más ágil y rápido que la tradicional extradición y a tal fin contribuye el plazo de tramitación de la orden que se contempla en el art. 17 de la Decisión Marco. En virtud del citado precepto, la OEDE se tramitará y ejecutará de forma urgente; si la persona objeto de la OEDE consiente en su entrega, la decisión definitiva sobre si procede o no la ejecución de la orden deberá adoptarse en el plazo de diez días desde el consentimiento referido. En los casos en que no se emita el mencionado consentimiento, el plazo será de sesenta días tras la detención de la persona buscada. Si no fuera posible cumplir con los plazos mencionados, la autoridad judicial de ejecución informará a la de emisión de los motivos de la demora, pudiendo prorrogarse dichos plazos otros treinta días.

Mientras la ejecución de la OEDE está pendiente, cabe la posibilidad de realizar una toma de declaración a la persona afectada por la esta medida o su traslado

³⁴ Son excepciones las contempladas en los apartados 1, 3 y 4 del art. 27 de la Decisión Marco.

³⁵ Vid. BUJOSA VADELL, L.M., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, febrero, 2010.

temporal de conformidad con el acuerdo entre las autoridades correspondientes de los Estados involucrados (arts. 18 y 19 de la Decisión Marco).

Una vez tomada la decisión, la autoridad judicial de ejecución la notificará de inmediato a la de emisión y, si se acordó la entrega, ésta deberá producirse a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en un plazo que no superará los diez días después de la decisión definitiva. Cuando no sea posible la entrega en el mencionado plazo, las autoridades judiciales de ejecución y emisión se pondrán inmediatamente en contacto y acordarán una nueva fecha de entrega. No obstante, también debemos tener en cuenta que la entrega podrá suspenderse, básicamente en dos supuestos:

- 1) Suspensión excepcional y provisional por motivos humanitarios graves, tales como peligro para la vida o salud debido al traslado de la persona en cuestión (art. 23.4 de la Decisión Marco).
- 2) Suspensión de la entrega para que pueda ser enjuiciada en el Estado miembro de ejecución o, si estuviese condenada, para que pueda cumplir la pena impuesta (art. 24.1 de la Decisión Marco).

Ahora bien, se observa que la importancia de los plazos para la Decisión Marco es clave en tanto que una vez expirados, la persona que se hallare aún detenida deberá ser puesta en libertad, con lo cual nos podemos encontrar con que el sujeto que debería ser enjuiciado (o, en su caso, cumplir una condena) dejaría de estar a disposición de las autoridades respectivas por haber dejado transcurrir los plazos indicados sin haber actuado conforme a la normativa aplicable.

IV. LA ALTERNATIVA: LA DECISION MARCO SOBRE MEDIDAS DE CAUTELARES INNOMINADAS EN LA UNION EUROPEA

1. Cuestiones generales

En aras de la consecución del Espacio judicial común y de agilizar las relaciones entre los Estados miembros, se han presentado en estos años pasados numerosas propuestas, algunas de las cuales han conseguido materializarse en normas actualmente vigentes, además de la ya citada orden europea de detención y entrega vista anteriormente. Entre todas estas propuestas se encuentra la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 23 de octubre de 2009, que busca, como dice su propio nombre, el reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, decisión que busca satisfacer dos principios implícitos en el sistema de justicia europeo. A su vez, tendremos que tener en cuenta otra importante disposición referida a medidas no propiamente cautelares, pero sí preventivas, puesto que tienen cada vez una mayor importancia en nuestros procesos

penales. Nos referimos a la Directiva sobre la Orden europea de protección de 13 de diciembre de 2011.

Desde el punto de vista jurídico-constitucional es importante partir de la consideración fundamental sobre la aplicación de medidas innominadas como cauce alternativo o de sustitución de la medida cautelar privativa de libertad. Así la Unión Europea ha reflejado su interés y preocupación por la búsqueda de consensos entre los Estados miembros para favorecer la aplicación de estas medidas alternativas que puedan cumplir una misma finalidad, pero que sean mucho menos invasivas de la integridad jurídica del sujeto encausado. La aplicación de estas medidas debe tener en cuenta muy de cerca la aplicación meticulosa del principio de proporcionalidad³⁶ a las circunstancias concretas. En definitiva, consideramos que se trata de una medida más para facilitar que el Derecho Penal sea un instrumento jurídico de *ultima ratio*, y de este modo, la menor restricción posible de los derechos fundamentales se convierta en *ratio prima* en el desarrollo del proceso penal. Como veremos estas medidas además, persiguen con muy buen criterio que prevalezca el principio de la finalidad resocializadora, también de claro alcance constitucional.

De este modo, la Unión Europea, ante estas premisas, se dispuso al estudio de la situación existente en la regulación interna de los Estados miembros y al debate acerca de cómo proceder al acercamiento de normativas y a la facilitación de la cooperación, también desde este punto de vista. La Comisión Europea publicó con este fin el llamado “Libro Verde sobre reconocimiento mutuo de medidas de control no privativas de libertad”³⁷. Se trata de un texto de gran interés y de considerables consecuencias por el que se introduce el planteamiento de los Estados miembros adopten medidas en el contexto que ya conocemos de la vigencia de los principios de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y de sus complementarios de equivalencia y de confianza. A partir del debate público suscitado por el Libro Verde los órganos comunitarios pasaron a elaborar propuestas más concretas, de manera que así se llegó a la aprobación de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional³⁸.

En ambos textos lo que se defiende esencialmente es que ante determinados tipos delictivos se sustituya la medida privativa de libertad por otra menos lesiva ya que la prisión preventiva, cuando se trata de infracciones criminales menores o cuando no se dan circunstancias especiales que hagan previsible la imposibilidad de enjuiciar al acusado, o en su caso, del cumplimiento de la pena que finalmente se imponga, puede resultar desproporcionada pues afecta directamente y de forma especialmente restrictiva a los derechos fundamentales y, por otra parte, puede contradecir el propósito resocializador que también debe ser central en un Estado social y

³⁶ BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

³⁷ Documento COM (2004) 562 final - no publicado en el Diario Oficial.

³⁸ Publicada en el *Diario Oficial* L 294, de 11 de noviembre de 2009.

democrático de Derecho. Además, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 82.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual establece que la cooperación judicial en materia penal en la UE se basará en los principios de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales por lo que los Estados miembros, esta Decisión Marco trata de favorecer la cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea en esta materia particularmente compleja en la práctica, que es en el establecimiento de medidas cautelares personales pero distintas a la privación de libertad.

Por ello, como veremos en las siguientes páginas, los Estados miembros, una vez incorporada esta normativa en su Derecho interno, estarán obligados a cooperar en la aplicación y la ejecución de las medidas cautelares alternativas sobre la persona imputada en un territorio distinto en el que se esté llevando a cabo el proceso penal. Aquí entra en juego uno de los conceptos básicos de la propia esencia de la Unión Europea que es la libre circulación de personas.

Junto a todo ello, no estará de más exponer las novedades introducidas en el Derecho europeo en otro aspecto distinto, pero cercano al que se acaba de apuntar, por lo que nos va a servir de muy útil elemento de comparación y de complemento para permitir la comprensión del panorama completo ahora mismo vigente en la Unión Europea y en plena transposición normativa por parte de los diversos Estados miembros. Pocos años después de la aprobación de la orden europea de vigilancia que acabamos de mencionar, fue promulgada la Directiva 2011/99/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección³⁹ –conviene hacer notar que debido a la entrada en vigor de la reforma operada por el Tratado de Lisboa, ya no son las Decisiones Marco las fuentes normativas habituales en esta materia, sino las Directivas, aunque es importante tener en cuenta que la estructura de ambas es la misma: se dirigen a los legisladores nacionales para que incorporen en un plazo determinado en sus respectivos ordenamientos el contenido fijado de manera general en este tipo de textos de *hard law*-.

2.- El avance hacia la aplicación entre los Estados miembros de la Unión Europea de las medidas cautelares personales innominadas

Nos situamos por tanto en las coordenadas entre, de un lado, el principio de reconocimiento mutuo y la libre circulación de decisiones dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados miembros⁴⁰, y de otro lado, el objetivo de hacer de la prisión provisional una medida residual, dentro de las medidas cautelares personales en cualquier proceso penal, por la enorme restricción del derecho a la libertad que ella

³⁹ Publicada en el *Diario Oficial* L 338, de 21 de diciembre de 2011.

⁴⁰ *Vid.* Considerando 1 y 2 de la Decisión Marco del Consejo de 23 de octubre de 2009 y art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la UE.

supone⁴¹. El objetivo general de esta Decisión Marco es, en definitiva, el de reforzar el derecho a la libertad y la presunción de inocencia en la Unión Europea y promover la igualdad de trato de todos los ciudadanos en el Espacio común de libertad, seguridad y justicia.

Antes de entrar a analizar más en profundidad en qué consiste este procedimiento de reconocimiento mutuo de medidas cautelares alternativas tenemos que ver el contexto en el cual surge esta iniciativa, y para ello hay que tener en cuenta que antes de esta decisión había determinados aspectos del reconocimiento mutuo que todavía no se habían abordado a nivel europeo, y en particular los referentes a las medidas cautelares, lo que iba en detrimento de la presunción de inocencia y el derecho a la libertad, quedando incompleto el denominado Espacio de libertad, seguridad y justicia.

Antes de la elaboración de dicha Decisión Marco los ciudadanos de la Unión Europea que eran sospechosos de haber cometido un delito en un Estado miembro en el cual no residían, podían ser sujetos a la medida de prisión provisional, con lo que su libertad de movimiento se veía como es obvio gravemente coartada, obligándoles a permanecer en el Estado cuyo órgano jurisdiccional hubiera adoptado la prisión provisional, teniendo que permanecer durante el período temporal de aplicación de la medida, normalmente bastante extenso, lejos de su lugar de arraigo personal y, en su caso, profesional, con lo que ello podría afectar a la efectividad de la reinserción social del encausado. Con ello podría afirmarse que se aplicaba un trato diferenciador negativo y más gravoso que si se tratase de un nacional del Estado en el que se adopta la medida cautelar: ya que ante un hecho de similares características un nacional del Estado miembro donde se comete el presunto delito cumplía la medida cerca de su residencia, mientras que el nacional de otro Estado miembro –o por supuesto cualquier extranjero– se vería necesariamente lejos de su lugar de origen o de residencia. Cuando las medidas cautelares personales no son privativas de libertad, es más fácil la transmisión a otro Estado de la vigilancia del cumplimiento de las mismas. La persona estará en libertad, aunque ésta tendrá algunas restricciones, impuestas por el Estado de emisión, pero que deben ser controladas por las autoridades del Estado de ejecución. A ello se dedica justamente la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, de 23 de octubre de 2009.

En cuanto al procedimiento, el principal objetivo de esta Decisión Marco, junto con el de priorizar la aplicación de medidas cautelares no privativas de libertad y dotar de una mayor protección a las víctimas es, y así se reitera a lo largo del cuerpo normativo, garantizar que la persona afectada por una medida cautelar esté disponible para comparecer en juicio. El mecanismo simple que se adopta consiste en que un Estado emite la medida cautelar en el contexto de un proceso penal, para que sea reconocida y ejecutada en el Estado miembro donde se encuentre el afectado por la misma, con el fin de que llegado el momento la persona acuda al lugar de emisión para la celebración

⁴¹ *Vid.* art. 5 Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y considerando 4 de la Decisión Marco.

del juicio. Dicho reconocimiento y ejecución es obligatorio para el Estado receptor, que adoptará sin demora todas las acciones necesarias para la supervisión de esa medida adoptada en el Estado de origen.

Las medidas de vigilancia previstas como de obligatoria consideración son las siguientes: obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados; imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Pero además, de manera facultativa, los Estados miembros podrán aceptar la vigilancia de otras medidas: obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores; obligación de no conducir vehículos; obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único; obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones; obligación de evitar todo contacto con objetos específicos relacionados con los delitos presuntamente cometidos.

Se aplica también aquí la supresión del control de doble incriminación de la que se ha hablado en un apartado anterior. Al margen de las categorías delictivas en las que desaparece esa exigencia, y por tanto, la posibilidad de oponer la falta de tipificación como motivo de denegación, queda salvaguardada la facultad del Estado receptor de supeditar el reconocimiento y ejecución de la orden de vigilancia a la condición de que la infracción imputada también se considere un hecho constitutivo de infracción por su legislación.⁴² Volvemos a encontrar otra manifestación de la salvaguarda del Derecho del Estado de ejecución, o lo que es lo mismo, el Estado receptor en el art. 13 de la Decisión Marco, ya que en el caso de que las medidas cautelares sean incompatibles con el Derecho del citado Estado, la autoridad competente de ese Estado miembro podrá adaptarlas a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes.

El Estado de ejecución tiene una labor principalmente activa, ya que además de encargarse de la supervisión de las medidas de vigilancia conforme con su Derecho, tal y como menciona el art. 16 de la Decisión Marco, tiene que velar en todo momento porque llegado el día de celebración del juicio en el Estado de origen de la medida, la persona afectada comparezca. Dejando al Estado emisor, o lo que es lo mismo Estado

⁴² *Vid.* Art. 14.3 de la Decisión Marco.

de origen, la potestad de establecer, modificar o retirar las medidas cautelares que considere oportunas siempre de acuerdo con su propia legislación.

Es destacable el hecho de que a lo largo de toda la redacción y ya desde la propia Exposición de motivos de la Decisión Marco se hace constante referencia a los medios tecnológicos y telemáticos que puedan ser de aplicación durante la vigencia de la medida de vigilancia. Todo ello busca sin duda, como ya hemos reiterado, facilitar la sustitución de la prisión provisional como medida cautelar, por otras que puedan cumplir la misma finalidad, pero de manera menos restrictiva para los derechos del afectado.

Este reconocimiento de medidas de vigilancia diseñado por la Decisión Marco sigue la estela dejada por la orden europea de detención y entrega, ya que pueden apreciarse considerables similitudes entre ambos procedimientos. Por ejemplo el hecho de que los delitos para los cuales se contemplan ambas y que no exigen el control de la doble tipificación en los Estados que intervienen son idénticos delitos o infracciones que por su importancia o enorme gravedad podemos entender que están sancionados en todos los Estados. Sin embargo, una de las más notables diferencias entre la orden europea de detención y entrega y el reconocimiento de medidas cautelares es que se contempla la posibilidad de que estas últimas sean dictadas por autoridades no judiciales⁴³, lo que sin duda tiene la finalidad de respetar los distintos sistemas procesales vigentes en Europa, entre los cuales se dan destacadas divergencias.

Recientemente, dentro de nuestro propio ámbito estatal español, y teniendo como finalidad la armonización de legislaciones de los Estados miembros y la facilitación del reconocimiento de decisiones judiciales se ha elaborado el Proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, con fecha de 21 de marzo de 2014. Su principal objetivo es que una resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, mediante la comunicación directa entre autoridades judiciales, suprimiendo el control del cumplimiento del principio de doble tipificación. Dando como resultado un proceso simple y ágil en el cual las posibilidades de rechazo del reconocimiento son prácticamente residuales.

Este proyecto supone una modificación de la técnica normativa empleada hasta ahora en la incorporación de normas europeas, reduciendo así la enorme dispersión normativa existente, ya que reúne distintas decisiones marco que van desde la orden europea de detención y entrega con fecha de 2002, hasta la decisión marco de 2009 relativa al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia estudiada anteriormente. Así la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, en cuanto sea aprobada, reunirá el contenido de todas las decisiones marcos y las directivas aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales, incluye tanto las ya traspuestas como las que están pendientes de transposición, y va acompañada de una Ley Orgánica que modifica nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial, con el fin de fijar

⁴³ Vid. Art. 6.2 Decisión Marco

de una manera reforzado las respectivas competencias de los órganos jurisdiccionales en la emisión o ejecución de estas medidas de cooperación en el Espacio judicial europeo.

3.- Las posibilidades de la Orden europea de protección: el perfeccionamiento de la cooperación en la Unión Europea en materia de tutela preventiva

Como ya se ha expuesto anteriormente, partimos del criterio general de la facilitación de la cooperación en materia penal por parte de los Estados miembros de la Unión Europea, y desde esta perspectiva también se ha avanzado hacia la armonización y la aplicación extraterritorial de medidas de protección de la víctima. La Orden Europea de Protección viene establecida por la Directiva 2011/99/ UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, cuyo fundamento se encuentra a su vez en la Decisión Marco 2001/220 JAI, de 15 de marzo de 2001⁴⁴, relativa la estatuto jurídico de la víctima en el proceso penal, que se encargaba de dotar a las víctimas de una protección armonizada entre los Estados miembros de la Unión Europea⁴⁵.

A partir del Programa de Estocolmo⁴⁶ y del Plan de Acción subsiguiente por el que la Comisión Europea plantea medidas para la aplicación de dicho programa⁴⁷ se reconoce la necesidad de establecer nuevas medidas para poder atender de forma eficiente las necesidades de las víctimas. Se pone en práctica por parte de la Comisión la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, desde la perspectiva de la aplicación general de medidas de refuerzo para los derechos de las víctimas y garantizando de esa forma la protección, el apoyo y el acceso a la justicia. En definitiva, se trata de garantizar que las víctimas al tener libertad de circulación por los territorios de la Unión Europea tengan la misma protección sustancial sea cual sea el Estado miembro en que se establezca.

⁴⁴ Publicada en el *Diario Oficial* L 82 de 22 de marzo de 2001.

⁴⁵ Como dice la profesora ARANGÜENA FANEGO, C., “Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: La orden de protección”, en *Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo* (Coord. J. MARTIN OSTOS), Atelier, Barcelona, 2013, p. 46, la protección de las víctimas mediante dicho estatuto era deficiente al menos desde el punto instrumental ya que “solamente contaba con unos planteamientos programáticos orientados a garantizar una protección efectiva de las víctimas en general o de algunas o de algunas particulares categorías de víctimas (terrorismo, violencia doméstica o de género) en particular”. Debe señalarse, sin embargo, que ha habido una considerable ampliación con la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, publicada en el *Diario Oficial* L 315, de 14 de noviembre de 2012.

⁴⁶ Programa de Estocolmo – Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, publicado en el *Diario Oficial* C 115 de 4 de mayo de 2010.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo [COM(2010) 171 final – no publicada en el Diario Oficial].

En un principio esta Directiva estaba pensada solamente para la protección de las víctimas de violencia de género, siguiendo el modelo avanzado en España desde hace ya bastantes años. Así lo propuso la delegación de nuestro país durante la presidencia española del Consejo Europeo en el primer semestre de 2012. Pero, con buen criterio, en el seno de la Unión Europea, se valoró la importancia de la propuesta para una aplicación más generalizada a todo tipo de víctimas que necesitaran una protección específica.

A) *Objetivos de la Orden de protección*

Los objetivos de la Orden europea de protección se contienen básicamente en los considerandos 5 y 6 y en el artículo 1 de la Directiva: garantizar que los ciudadanos que sean víctimas de un delito puedan ejercer su derecho a circular y a residir libremente en el territorio de la UE reflejados en los artículos 3.2 del Tratado de la Unión Europea y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin que esto tenga que significar el menoscabo de su seguridad personal por lo que mediante el reconocimiento de las resoluciones judiciales permite a otorgar eficacia transnacional a las decisiones judiciales que se tomen previamente en el Estado de emisión, es decir, si el Estado de emisión considera que es necesario emitir una orden de protección europea y transmitirla al Estado donde vaya a residir la víctima, éste Estado de ejecución deberá aplicar una medida de protección efectiva de acuerdo a su Derecho nacional: se obliga a modificar el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución para establecer las medidas que en dicha orden se establecen pero también el Estado de ejecución podrá adoptar medidas similares a las que establezca la orden.

Además cabe decir que en aras de la agilidad y la rapidez, que pueden ser fundamentales en los casos en que sea necesaria la aplicación de estas medidas preventivas, la Directiva establece que en el Estado de ejecución no se tendrán que volver a incoar, ni a volver a justificar ante las autoridades competentes los presupuestos procesales para la adopción de la medida de protección.

La Directiva establece quien es la persona sobre la que se aplicará la Orden de protección y entiende que tiene la finalidad de amparar y proteger a cualquier víctima, no solamente las víctimas de violencia de género, y seguidamente dispone que tales medidas son destinadas de manera concreta a proteger a una persona contra actos delictivos causados por otra que puedan poner en peligro su vida o su integridad física, así como psicológica o sexual, o su dignidad o libertad personal. También pueden dirigirse al objetivo de evitar la reiteración delictiva o a reducir las consecuencias de los hechos delictivos ya cometidos.

Por otra parte la Directiva establece que, los Estados miembros no están obligados a dictar una orden europea de protección atendiendo a una medida de carácter penal que

no esté destinada específicamente a proteger a una persona sino principalmente a otros fines, por ejemplo, la rehabilitación social del delincuente.

El ámbito de beneficiarios de dicha orden es limitado a las víctimas de un delito, pero la Directiva establece una excepción por la que se puede ampliar eventualmente a sus familiares para el supuesto en que hubieren resultado amparados por la medida de protección que se le hubiere otorgado a la víctima.

Sin que se vean perjudicados los objetivos principales que se acaban de enumerar se pretende asimismo que la Orden europea de protección pueda complementarse con las medidas establecidas por la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas⁴⁸ y, asimismo, por la ya examinada Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, sobre la aplicación del principio de reconocimiento sobre las medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Pero conviene destacar que, aunque la orden de protección pueda ser complementaria de ambas Decisiones marco, no es posible que dentro de un mismo Estado se aplique conjuntamente la Orden de protección y alguna de las medidas previstas en estas últimas Decisiones Marco (art. 14.1 de la Directiva). Sin embargo lo que no se impide es que se emita una Orden europea protección para que sea reconocida por un Estado miembro donde la víctima se traslade con independencia de que pueda existir una orden de vigilancia en el Estado donde el imputado se encuentre.

B) Presupuestos y ámbito de aplicación

El artículo 2.1 de la Decisión Marco define la orden como una “resolución adoptada por una autoridad judicial o autoridad equivalente de un Estado miembro en relación con una medida de protección, en virtud de la cual una autoridad judicial o equivalente de otro estado miembro adopta la medida o medidas oportunas con arreglo a su propio derecho nacional a fin de mantener la protección de la persona protegida”. Por tanto, podemos entender que la medida de protección es una resolución judicial dictada por el Estado emisor conforme a su normativa nacional por la que se impone a la persona causante del peligro una o varias medidas recogidas en el art. 5 de la Directiva, con la finalidad de proteger a la persona de actos delictivos que pueda poner en peligro su vida, integridad física o psicológica, dignidad, libertad individual o integridad sexual.

Es preciso observar también un detalle importante y es que existe un vínculo de subsidiariedad entre la emisión de la orden de protección y el presupuesto necesario para que se conceda, es decir, es necesario que la medida de protección previa adoptada por el Estado emisor encaje en las diversas modalidades previstas en el artículo 5 de la Directiva, por tanto hay que considerar que dichas modalidades son enumeradas con carácter de *numerus clausus* y por tanto no cabe emitir una Orden

⁴⁸ Publicada en el *Diario Oficial* L 337, de 16 de diciembre de 2008.

europaea de protección si la medida adoptada por un Estado no coincide con las mencionadas en dicho artículo.

Por otro lado, respecto al ámbito de aplicación de la orden europea de protección podemos afirmar que se trata de una medida de eficacia territorial limitada conforme a lo establecido en el artículo 6.1 el cual establece que “la persona protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro o cuando decida permanecer o permanezca ya en otro Estado miembro”. Por lo tanto de ello debemos entender que hay una limitación en relación a la aplicación de la orden europea de protección pues solamente tendrá eficacia en el territorio donde la víctima se hubiera desplazado o tuviera pensado desplazarse.

Como último matiz destacamos la exigencia de que la víctima tenga una cierta permanencia en el Estado de ejecución como uno de los requisitos para la emisión de la Orden de protección, por lo que no estaría justificada tal emisión en el caso de que la víctima simplemente realice un viaje. Además, el Estado de emisión tendrá que considerar los periodos en que la víctima va a permanecer en otro Estado miembro y el grado de necesidad de la medida, con aplicación de los parámetros de proporcionalidad.

4.- Comparación entre la Orden europea de protección y la Orden de vigilancia en el marco de la cooperación penal preventiva entre los Estados miembros de la Unión Europea

En un principio es fácil distinguir ambas medidas de cooperación, pues la base esencial es distinta: en la Orden Europea de protección se trata justamente de eso: de proteger a la víctima, y como mucho además a su entorno, mientras que en la Orden de vigilancia se trata de beneficiar en alguna medida al imputado para que cumpla algunas restricciones a su libertad de modo que no se restrinjan excesivamente sus derechos fundamentales, y entre ellos, las posibilidades y eficacia de la reinserción social. Pero desde el punto de vista de la Orden europea de protección las medidas que se toman hacia la víctima tienen también un cierto componente de medida de vigilancia, ya que si nos centramos en el artículo 5 de la Directiva vemos que se prevén algunas medidas que tienen contenido similar: obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución, o la prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos. Además, téngase en cuenta que se trata de medidas que pueden aplicarse no sólo durante, sino también después del proceso, ya como medidas de naturaleza ejecutiva, y así se prevén en la también mencionada Decisión Marco 2008/947/ JAI del Consejo, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada y penas sustitutivas.

Así pues, aunque la Orden de protección gire en torno a la figura de la víctima ello no significa que la figura del imputado quede al margen, sino todo lo contrario, pues dichas medidas se caracterizan por tener una visión garantista de los derechos fundamentales de ambas categorías subjetivas. Como se recuerda en el propio Considerando 17º de la Directiva, hay que aplicar a todos estos asuntos las diversas consecuencias que se derivan del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como el artículo 47, en su párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Humanos se le debe dar la posibilidad a la persona causante del peligro de ser oída y de impugnar la medida de protección durante el procedimiento interno y en todo caso antes de que se dicte una orden de cooperación al respecto. Se recoge así, como no podía ser de otra manera, el principio de contradicción reflejado en nuestro Derecho constitucional interno en el artículo 24 de la Constitución.

Por lo que se refiere también a la perspectiva del tratamiento del imputado es claro, como se ha destacado con anterioridad, desde las propias instituciones de la Unión Europea se intenta reducir en lo posible la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad, como la que tradicionalmente en el Derecho español se denomina prisión provisional, debido a su alto grado de lesividad y de este modo se opta por otras medidas que tengan el mismo resultado que, en sentido puramente cautelar supondría asegurar que podrá tener efectividad una sentencia eventualmente condenatoria, y desde una perspectiva más bien puramente preventiva, se trataría de eludir o evitar que el causante del delito vuelva cometer otra infracción criminal.

Es importante destacar una vez más, desde la perspectiva central que nos interesa en esta ponencia, que la Decisión Marco del Consejo sobre la Orden de vigilancia opera no sólo en el marco de las medidas cautelares, sino además en la necesidad de arbitrar la cooperación entre los Estados miembros afectados. Como hemos señalado ya, tiene su principal función en la sustitución, cuando sea posible, de las medidas cautelares más invasivas. En ello siempre estará afectado el encausado, que será el mismo al que, en su caso, pueda aplicarse la Orden europea de protección, con lo que vemos otra similitud muy clara entre ambas regulaciones. Hemos visto que se trata de aplicar medidas a aquellas personas en que concurren determinadas circunstancias: por un lado la imputación de infracciones criminales, pero además deben existir elementos indiciarios que permitan concluir bien, que pueden fugarse de la acción de la justicia – especialmente para supuestos delictivos en que no quepan penas privativas de libertad, o pueden suponer un peligro para determinados bienes jurídicos dignos de protección. Sin embargo hay que establecer una diferencia: en la Decisión Marco sobre la Orden de vigilancia se refiere a casos de infracciones criminales de menor entidad, es decir, aquellos delitos que desde el punto de vista cuantitativo no tengan una pena privativa de libertad superior a dos años, mientras que la Orden europea de protección da a entender que se trata de aplicar las medidas preventivas que contempla

a casi a cualquier supuesto penal que conlleve un peligro para la vida, la integridad física, mental, psicológica o sexual, además de casos de determinados delitos en los que la experiencia ha demostrado que este tipo de medidas pueden ser especialmente necesarios y efectivos: el terrorismo o la violencia de género.

Se observa, por tanto, que hay una diferencia entre el criterio cuantitativo establecido por la Decisión Marco mientras que la Directiva establece un criterio cualitativo. Pero sin embargo todo ello debe contemplarse sin olvidar que la propia Decisión Marco considera que la detención provisional tiene que aplicarse como una medida excepcional, y no como se dijo anteriormente como una medida de *prima ratio*. No podemos olvidar la posición de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona detenida en un Estado miembro diferente a aquél en que reside habitualmente el imputado, por lo que el riesgo de trato desigual es objetivamente mayor y por lo que precisamente la aplicación del principio de reconocimiento de resoluciones judiciales es importante a efectos de equilibrar situaciones potencialmente desiguales. Ello conlleva, obviamente, que el Estado receptor de la medida a aplicar ceda parte de su soberanía y consienta en ejecutar una resolución judicial que no ha sido emitida por quienes ejercen su propia potestad jurisdiccional. En esa cesión está justamente la base de la construcción del Espacio judicial europeo. Deben permitir, cumpliendo el principio de reconocimiento mutuo y el de sus complementarios de confianza legítima y equivalencia, que esas órdenes derivadas de otra Jurisdicción, sea aplicadas de forma cooperativa por los órganos públicos pertenecientes a otro Estado.

Para finalizar cabe decir que tanto la aplicación de la Orden europea de protección como el cumplimiento de las normas de la Decisión Marco sobre la orden europea de vigilancia implican necesariamente en el ámbito interno el establecimiento de autoridades judiciales competentes para la emisión, teniendo en cuenta que respecto a las órdenes europeas de protección es posible que las emitan no sólo autoridades judiciales, sino también “similares”. Por tanto, dependerá de la estructura normativa de cada Estado miembro que puede ser una autoridad judicial o un ente administrativo el que emita la mencionada orden, lo cual no será igualmente bien visto por todos los eventuales Estados de ejecución, pues en ocasiones puede comportar un peligro respecto a la exigencia del presupuesto de la jurisdiccionalidad para la limitación proporcionada de los derechos fundamentales. Por el contrario, en la Decisión Marco se da entender que dicha resolución solamente puede ser dictada por una autoridad judicial competente, como corresponde a verdaderos supuestos de naturaleza jurisdiccional cautelar.

Todo ello se enmarca en el problema de los eventuales abusos en la aplicación de la prisión preventiva, medida cautelar que, como destacó bien pronto el Tribunal

Constitucional español, debe ser excepcional⁴⁹, por la gran limitación que provoca en los derechos fundamentales de los afectados, y por tanto habiendo medidas que cumplan idénticas finalidades, si son menos lesivas deben ser las constitucionalmente legítimas. La aplicación de este conjunto de medidas diversas de la privación cautelar de la libertad es un paso importante en ese camino, dejando la prisión preventiva como medida de *ultima ratio* y dando preferencia, por tanto, a otras medidas con objetivo cautelar como la utilización de medidas electrónicas de seguimiento, aunque éstas puedan suscitar otros problemas que también deberán ser valorados como la afectación al derecho a la intimidad.

⁴⁹ Ya la sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 41/1982, de 2 de julio, aludía al principio de excepcionalidad: "2. La institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la C.E. por las afirmaciones contenidas en: a) el art. 1.1, consagrando el Estado social y democrático de derecho que «propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»; b) en la sección 1.ª, capítulo 2.º del título I, el art. 17.1, en que se establece que «toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad Nadie puede ser privado de su libertad, sino con observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley», y c) en el art. 24.2, que dispone que todos tienen derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas... y 3 a la presunción de inocencia»".

V. CONCLUSIONES

I. A partir de todo lo estudiado en el presente trabajo debemos concluir que a pesar de que la europeización del Derecho Procesal Penal es un hecho cada vez más tangible, la realidad es que la Unión Europea debe dar pasos más trascendentales en aras de una integración efectiva y eficaz. Esto es así porque el principio de reconocimiento mutuo debería regir en las relaciones de cooperación entre los Estados europeos de manera pura y automática, pero existen obstáculos que se concretan en la falta de confianza entre determinados Estados y la ausencia de equivalencia de los distintos sistemas procesales, lo que lleva a la ralentización de la afectividad y cumplimiento de las resoluciones, además de posibles violaciones de derechos y libertades fundamentales, consagrados de manera uniforme en instrumentos vigentes en estos países, tales como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

II. En relación con la Orden europea de detención y entrega podemos afirmar que supone el primer exponente del principio de reconocimiento mutuo y en este sentido constituye la base de los posteriores desarrollos en la materia que nos ocupa; de esta forma la idea principal que debemos extraer de la mencionada OEDE es la superación de obstáculos que supone en relación con la extradición. Entre los factores que contribuyen a esta mejora técnica jurídica destacaríamos el monopolio jurisdiccional en virtud del cual todo el procedimiento viene determinado por la actuación judicial, en contraposición al importante componente político existente en la extradición que dificultaba la eficacia de esta institución.

No obstante, estos avances no son impeditivos para un mayor desarrollo del principio de reconocimiento mutuo ya que siguen existiendo trabas al mismo que debemos eliminar progresivamente como son el control de la doble incriminación y los supuestos de no entrega de nacionales que aún existen. Además, con esta medida no siempre se asegura la protección adecuada de los derechos y libertades fundamentales de la persona afectada, teniendo seriamente en cuenta que el objeto de esta Orden europea que hemos estudiado en primer lugar se engloba dentro de las medidas de privación de libertad, aunque sea de manera cautelar.

III. Respecto a las medidas innominadas es destacable el avance que ha tenido lugar en Europa con los objetivos de garantizar los derechos de la persona afectada por un proceso, la protección de la víctima y la eficacia del sistema de justicia. Sin embargo, para ser justos en dicha valoración debemos mencionar las enormes dificultades que conlleva el reconocimiento y la cooperación en un campo tan puramente estatal, en el cual se ponen de manifiesto las enormes diferencias existentes entre sistemas legislativos de los diferentes Estados miembros. Todo ello nos lleva a concluir que si bien el camino hacia un Espacio judicial común propiamente dicho no ha llegado a su fin, sí podemos plantearnos ya con conocimiento de causa las dificultades de su alcance, mientras no se lleve a cabo una mayor armonización e integración de los diversos sistemas penales. Lo que de momento dista mucho de poderse llevar a cabo pues nos encontramos en un área insigne dentro del núcleo duro de la soberanía estatal.

A pesar de la tendencia *legislativa* que desde sus inicios persigue la Unión Europea, que no es otra que la de la creación de un ente supranacional que englobe todas las entidades estatales para perseguir una finalidad común, actualmente y muy recientemente a raíz de las últimas elecciones al Parlamento Europeo se ha puesto de manifiesto que las voluntades políticas no son otras más que la tendencia hacia la disgregación y hacia la desunión, convirtiendo a la Unión Europea en un ente que en vez de aunar voluntades, lo que se está haciendo es favorecer solo intereses meramente nacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGÜENA FANEGO, C., "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", en *La orden europea de detención y entrega* (Coord. MUÑOZ DE MORALES, M.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, C., "Nuevos pasos para la tutela de la víctima en la Unión Europea: La orden de protección", en *Derecho procesal en el Espacio Judicial Europeo* (Coord. J. MARTIN OSTOS), Atelier, Barcelona, 2013.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007.

BUJOSA VADELL L.M., “Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 3-4, 2008.

BUJOSA VADELL, L.M. (Coord.), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Granada, 2008.

BUJOSA VADELL, L.M., “Sobre el principio de especialidad en la aplicación de la orden europea de detención y entrega. En torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 1 de diciembre de 2008 (C-388/08)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 20, febrero, 2010.

DELGADO MARTÍN, J., “La orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros de la Unión Europea”, en *Derecho penal supranacional y cooperación jurídica internacional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, nº XIII, 2003.

FONSECA MORILLO, F., “La orden de detención y entrega europea”, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm.14, 2003.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2006.

GÓMEZ SÁNCHEZ, J., “La orden europea de detención y entrega”, *Diario La Ley*, 2006.

GRANDE MARLASKA-GÓMEZ, F. y POZO PÉREZ, M. DEL. “La obtención de fuentes de prueba en la Unión Europea y su validez en el proceso penal español”, *Revista General de Derecho Europeo*, 24, 2011.

JIMENO BULNES, M., “La orden europea de detención y entrega: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, 2004.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “El Ministerio Fiscal en Europa, pautas de convergencia”, *Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal*, nº III, 2002.

MUÑOZ DE MORALES, M. (Coord.), *La orden de detención y entrega europea*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2006.

ORTIZ VIDAL, M. D., “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derechos Transnacional*, Vol. 2, Nº1, marzo 2010.

POZO PÉREZ, M. DEL, "La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea, *Diario La Ley*, 2005.

POZO PÉREZ, M. DEL., “La orden europea de detención y entrega: un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, núm. 6164, enero 2005.