



**FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL**

**INFORME DEL CONSEJO FISCAL AL
ANTEPROYECTO DE LEY DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE
RESOLUCIONES JUDICALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA**

1.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Mediante oficio de fecha 19 de febrero de 2013, que tuvo su entrada en la Fiscalía General del Estado el día siguiente, el Secretario de Estado de Justicia remitió el *Anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea* a efectos de informe. El texto se acompaña de una Memoria que recoge los correspondientes análisis de impacto normativo, económico, presupuestario y de género.

El Anteproyecto se compone de una Exposición de Motivos dividida en 9 apartados, de un texto integrado por 221 artículos, distribuidos en diez títulos, tres disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y cuatro finales y de 13 anexos que contienen los modelos de los certificados por medio de los cuales se deberán efectuar las comunicaciones entre las autoridades judiciales de la Unión Europea.

2.- PROCEDENCIA DEL INFORME DEL CONSEJO FISCAL

El artículo 14.4, j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (en adelante, EOMF) atribuye al Consejo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Fiscal la competencia de *informar los proyectos de ley o normas reglamentarias que afecten a la estructura, organización y funciones del Ministerio Fiscal.*

El texto remitido afecta, de un lado, a la intervención del Fiscal en el proceso penal, lo cual suscita la necesidad de informe del Ministerio Fiscal de acuerdo con lo dispuesto en el art. 3.5 EOMF y, de otro, a la obligación que tiene de promover o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales, de acuerdo con lo previsto en el art. 3.15 del EOMF.

El presente texto expresa el parecer del Consejo Fiscal en cumplimiento de los precitados artículos.

3.- CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ANTEPROYECTO Y EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LAS NORMAS EUROPEAS QUE SE DESARROLLAN EN ESTA NORMA.

El Anteproyecto incide directamente en el ámbito funcional del Ministerio Fiscal.

En primer lugar y desde el punto de vista activo, cuando se trata de remitir decisiones adoptadas en procedimientos penales españoles a otro país de la UE para su ejecución, se hayan adoptado en procedimientos judiciales o en diligencias de investigación.

En segundo lugar, desde el punto de vista pasivo, cuando son las autoridades españolas las que deben ejecutar decisiones judiciales dictadas en



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

otro país de la UE, porque el Anteproyecto atribuye al Ministerio Fiscal la ejecución directa de algunas resoluciones cuando entren dentro de sus competencias. Cuando no es el Fiscal quien ejecuta esas decisiones, por exceder las medidas de ejecución a adoptar del ámbito de sus competencias, le corresponde el control de las decisiones judiciales que dan respuesta a las solicitudes extranjeras. Las funciones del Ministerio Fiscal en relación con estos instrumentos son de alguna forma nuevas y especialmente relevantes. La legalidad que se incorpora en este reconocimiento mutuo es parte de la legalidad cuya defensa corresponde al Ministerio Público español de conformidad con el art. 124 de la Constitución, y el Anteproyecto así lo reconoce, estableciendo en cada uno de los instrumentos, especialmente en la parte general, la necesidad de informes del Ministerio Fiscal y su legitimación para recurrir.

La correcta plasmación en el articulado de esta función podría ser explicada de alguna forma en la Exposición de Motivos, al igual que la condición de autoridad judicial del Fiscal a los efectos de cooperación internacional, dada su legitimación -cuyo tratamiento no siempre adecuada, tal y como se expondrá más adelante- para emitir y ejecutar alguna de estas decisiones.

El presente Anteproyecto trata de llevar a cabo en una única norma la incorporación al Derecho Español de todas las Decisiones Marco o Directivas en las que se plasma el principio de reconocimiento mutuo. Algunas de estas Decisiones ya han sido desarrolladas en el ordenamiento español y serán derogadas(Disposición Derogatoria Única del Anteproyecto).

Las Decisiones que se incorporan en este anteproyecto son las siguientes:

- *Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 sobre la orden europea de detención, incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior.

- *Decisión Marco 2003/577/JAI, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas, implementada por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la anterior, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.*
- *Decisión Marco 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, traslada al derecho español por la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la anterior.*
- *Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo de 6 de Octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, desarrollada en la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso y la Ley Orgánica 3/2010, de 10 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y complementaria de la anterior.*
- *Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- *Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada.*
- *Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.*
- *Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.*
- *Decisión Marco 2009/829/JAI, 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 provisional.*
- *Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden de protección.*

Esta nueva forma de abordar, en un solo texto, la implementación de las normas europeas es una nueva experiencia de desarrollo del principio de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales en la UE. Este tratamiento unificado intenta recoger aspectos comunes a todos los instrumentos en una parte general integrada por un Título Preliminar, con las iniciales definiciones, y los dos primeros Títulos, que contienen la regulación procesal general desde el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

punto de vista activo y pasivo. En la parte, que podríamos denominar especial, se desarrollan en diferentes Títulos las normas concretas de cada uno de los instrumentos anteriormente mencionados.

El reconocimiento mutuo supone la aceptación y consiguiente ejecución de la resolución adoptada por las autoridades judiciales competentes de un Estado de la Unión Europea, dando por buenos los hechos declarados probados que no pueden ponerse en cuestión ni ser objeto de revisión por las autoridades judiciales del Estado de ejecución. El reconocimiento mutuo es la fórmula por la que la UE ha decidido sustituir la vía convencional del auxilio judicial, fortaleciendo la cooperación judicial y, por ello, parte de unas reglas comunes como son la transmisión y comunicación directa entre autoridades judiciales y la eliminación de cualquier intervención discrecional de las autoridades gubernativas en la decisión de reconocimiento y ejecución. Los motivos de no ejecución son excepcionalmente limitados y deben ser valorados exclusivamente por la autoridad judicial competente. Otra de las características del reconocimiento mutuo es la eliminación del control de doble incriminación para un gran número de infracciones penales que se describen en listas incluidas en el texto de las Decisiones Marco o Directivas cuando éstas alcancen un determinado umbral de pena.

El desarrollo del principio de reconocimiento mutuo es la razón de la aprobación de todos estos instrumentos europeos que el Anteproyecto incorpora a nuestro ordenamiento, en la mayoría de los casos con un retraso notable, y por ello no es desdeñable la idea de abordarlos todos en una sola norma, algo que sin duda va a contribuir a evitar la dispersión y facilitar el debido conocimiento y utilización de la norma por las autoridades competentes. Por otro lado, la regulación integrada permite que se armonicen cuestiones básicas y complementarias como son, entre otras, la forma de obtener y mantener la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

estadística, los modos de transmisión y recepción, la comunicación directa entre autoridades competentes, o el auxilio por las redes y órganos dedicados a la cooperación internacional en el ámbito europeo y nacional.

Sin embargo, debe advertirse de las dificultades que supone la tarea emprendida, porque a nadie se le oculta la variedad de los instrumentos transpuestos, tanto por razón del objeto que abordan como por las propias diferencias entre las soluciones dadas a cuestiones, en principio, similares. Destacan especialmente las diferencias en la regulación de los motivos de no reconocimiento, que es una de las partes esenciales de estas normas, siendo preferible una regulación individualizada de los motivos de rechazo en el desarrollo normativo de cada instrumento en vez de una regulación común, por las razones que posteriormente se desarrollaran.

Lo mismo ocurre con la utilización de la denominación “*Orden Europea*” para todos los instrumentos, que también será objeto de posterior comentario.

El Anteproyecto es muy extenso y de una extraordinaria entidad, por lo que son muchos los comentarios y sugerencias que se nos plantean y se plasman en este documento, el cual dividiremos, para facilitar su seguimiento, en referencias separadas a cada Título con epígrafes también separados para aquellos Capítulos que merezcan especial atención y con mención expresa a los artículos objeto de comentario.

4.- COMENTARIOS AL TITULO PRELIMINAR

El Titulo Preliminar contiene los conceptos generales y la definición del ámbito de la ley.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

El primer comentario que surge es la dudosa utilización para todos los instrumentos que se incluyen en este anteproyecto del término “Orden Europea”. Sin duda el uso de esta denominación tiene la virtud de recoger en un solo concepto todos los supuestos de reconocimiento mutuo, pero la realidad es que los instrumentos europeos que se incorporan son de dos tipos: por un lado, aquellos que crean verdaderos títulos nuevos de decisión judicial homologados como son la Orden Europea de Detención y Entrega, la Orden de Protección y el Exhorto Europeo a los que corresponde el uso de “Orden Europea”; y, por otro lado, el resto de los instrumentos que no establecen un título nuevo sino que mantienen como título a ejecutar la decisión judicial original, que debe enviarse junto a un certificado homologado donde se contiene la información estructurada. El legislador europeo decidió, conscientemente, en este segundo tipo de casos regular cómo se transmite la decisión que debe ser ejecutada, creando a su lado modelos uniformes de certificado para facilitar que se recojan de forma organizada los elementos principales de la decisión que se remite para reconocer y ejecutar, pero no llegó a dar el paso de la creación de una decisión única y con la condición de “orden europea” como en los casos anteriores.

Antes de abordar cualquier regulación general, debe advertirse de la necesidad de precisar procesalmente el ámbito del reconocimiento mutuo y, por tanto, del ámbito de aplicación de este anteproyecto. La definición general de la Unión Europea del principio de reconocimiento mutuo se refiere a un ámbito mucho más amplio del que resulta de una interpretación estricta de la traducción que se ha hecho al español de los documentos de la UE que desarrollan este principio.

Hemos de destacar que el problema es general y de difícil solución, puesto que en muchos casos, una vez validada y admitida por el Gobierno español la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

traducción que los servicios de juristas lingüistas del Consejo han realizado de determinados términos, éstos se incorporan al Boletín Oficial y quedan plasmados no solo en los textos normativos sino también en los modelos de órdenes o certificados, por lo que cualquier cambio, aunque sea necesario y justificado, se complica extraordinariamente. Sería recomendable que el Ministerio de Justicia hiciera de esta cuestión de validación de las traducciones una prioridad dada la relevancia de las decisiones adoptadas.

La Unión Europea desde el momento en que, en la Cumbre de Tampere, declara este principio como piedra angular de la cooperación judicial, habla de *“reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y sentencias”* y posteriormente también se refiere al reconocimiento mutuo en material penal. La traducción española de los documentos suele utilizar la expresión *“reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”*. La traducción española de los documentos suele utilizar la expresión *“reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales”*. El término resolución procesal es el utilizado en el encabezamiento del Capítulo I, del Título VI, libro I de la LECrim, en cuyo primer artículo, el 141, se refiere exclusivamente a las decisiones judiciales adoptadas en el ámbito del procedimiento judicial en sentido estricto, que incluye únicamente providencias, autos, sentencias y ejecutorias. En el art. 144 bis de la LECrim, dentro de ese mismo capítulo, se incluyen también en el concepto de resoluciones procesales las diligencias y decretos del Secretario. Sin embargo, la intención del legislador europeo es abarcar en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo todas las decisiones adoptadas por autoridades judiciales en materia penal (lo que, conforme a las definiciones de cada Estado de sus autoridades judiciales, en muchos casos incluye investigaciones policiales o de agencias especiales contra determinados delitos). El concepto incluye claramente, y desde la aplicación del Convenio de Cooperación en Materia penal del Consejo de Europa de 1959, también a las diligencias de investigación del Ministerio Público español cuya



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

regulación, en el art. 5 EOMF y en el art. 773 de la LECrim, no utiliza el término “resolución” y no habla más que de Decretos del Fiscal.

Teniendo en cuenta estas precisiones, sería conveniente que desde el inicio del Anteproyecto quedara claro, como ya sucede en alguna de las normas vigentes, que se incluyen las decisiones adoptadas por los Fiscales en sus diligencias de investigación y que no tienen otra forma que la del “Decreto”. Parece evidente que ésta es la intención del Anteproyecto, que regula expresamente la competencia del Fiscal tanto para la emisión como para la ejecución de algunas de estas “órdenes”. Es por ello que, en pro de una correcta utilización de los términos procesales, sería más adecuada la utilización de otra expresión diferente de la de “resolución” como podría ser la de “decisiones judiciales” que, a diferencia de las “resoluciones”, no aparece definida específicamente en la LECrim. El uso de esta expresión, con la específica aclaración de la inclusión de los Decretos del Fiscal en el ámbito del reconocimiento mutuo, daría mayor claridad y precisión y permitirían conocer desde un inicio el verdadero ámbito de este Anteproyecto.

Si se optara por mantener el término resolución convendría explicar en la Exposición de Motivos que éste se emplea con un sentido más amplio del estrictamente mencionado en el Título VI del Libro I de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La cuestión de la denominación o referencia a las autoridades competentes merece un comentario que es también general para todo el texto. El lenguaje es en algunas ocasiones impreciso. Se habla en la Exposición de Motivos, y en parte del texto, de juez u “órgano judicial” donde debería hablar de “autoridades judiciales”, ya que se refiere a todas las autoridades judiciales competentes para emitir decisiones susceptibles de reconocimiento mutuo. El



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

concepto de autoridad judicial es, en el ámbito de la cooperación internacional, notoriamente más amplio que el concepto de órgano judicial en nuestro ordenamiento y convendría explicarlo y fundamentarlo en la Exposición de Motivos.

Todo el texto hace un esfuerzo por denominar a las autoridades competentes de forma muy detallada pero, en ocasiones, demasiado descriptivas. Parece necesario simplificar la referencia a las autoridades en cada artículo: el uso persistente de “autoridad judicial española competente” es innecesario, no siempre hace falta insistir en “judicial” o en “española”, varias Decisiones Marco no hablan de judicial sino de autoridad competente. Tratando de simplificar y aligerar el texto tampoco parece necesario hablar en cada ocasión de autoridad judicial del Estado de emisión, cabe simplificar y hablar de “autoridad emisora” o “autoridad de ejecución” ya que las cualidades de judicial y competente aparecen definidas en los apartados dedicados a ello.

El art. 2 contiene una recopilación de las diferentes decisiones judiciales incluidas en el ámbito de esta ley, y partiendo del uso común -como decimos inexacto- del término “Orden Europea” denomina a cada supuesto con un nombre diferente de orden. Sería preferible realizar la recopilación de las decisiones incluidas en el ámbito de esta ley haciendo referencia al tipo de decisión judicial que puede ser emitida o ejecutada con base en el principio de reconocimiento mutuo. Por otro lado, alguna de las denominaciones es errónea. El uso de términos diferentes a los que constan en las Decisiones Marco que se incorporan al ordenamiento española parece estar inspirada en un acercamiento a la regulación procesal española. Sin embargo, sería preferible, en nuestra opinión, seguir utilizando los términos de las Decisiones Marco que, además, en los casos del embargo y las sanciones pecuniarias son los que constan en las leyes



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

precedentes que ahora se derogan, y están ya incorporados a la cultura jurídica de la cooperación internacional.

Por otro lado, los modelos de las Órdenes y los certificados que se acompañan a las Decisiones Marco y Directivas son más difíciles de modificar, ya que están aprobados y publicados en los Boletines Oficiales y estos “modelos” utilizan la misma denominación que el texto de las Decisiones Marco y las Directivas, por lo que la coherencia exige que las expresiones y términos que el Anteproyecto utiliza sean los mismos que los de los modelos de órdenes y certificados que se acompañan como anexos al Anteproyecto.

Las nuevas denominaciones son, además, inexactas. En primer lugar, el término del apartado f) es erróneo. Se refiere solo a los aseguramientos preventivos de prueba y deja fuera lo que en la Decisión Marco 577/2003 se denominan embargos. Pese a que los embargos a los que se refiere nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no se corresponden con al acto procesal que se trata de regular en ese instrumento, la Decisión Marco y la propia Ley 18/2006 por la que la Decisión Marco fue incorporada al ordenamiento español utilizan la palabra embargo, que supone en definitiva una medida cautelar de incautación del producto del delito como forma de garantizar su posterior decomiso. El certificado en el que se documenta la solicitud habla igualmente de embargo y aseguramiento de prueba.

Es errónea también la denominación de “multa” que recoge el apartado h). La Decisión Marco 214/2005 y la Ley 1/2008 utilizan el término “sanciones pecuniarias”. Es evidente que en el ámbito de las decisiones incorporadas a esta Ley se recoge algo más que la multa y así se observa con una lectura de los art. 190 del Anteproyecto que incluye, entre otros, conceptos tan alejados de la multa



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

como las cantidades que se impongan como costas judiciales. Sería preferible, por tanto seguir hablando de “sanciones pecuniarias”.

La denominación de libertad vigilada para las decisiones del apartado c) tampoco parece del todo acertada. Es cierto que se corresponde con el título del instrumento que se transpone pero puede dar lugar a una interpretación restrictiva que identifique estas órdenes exclusivamente con la libertad vigilada que se regula en el art. 106 CP. El ámbito es sin embargo más amplio y sería más procedente hablar de “*decisiones de vigilancia de medidas alternativas a la privación de libertad*”, con lo que se incluyen los supuestos desarrollados por la Decisión Marco y el art. 100 del Anteproyecto, incluso las penas sustitutivas, que también están en el ámbito de la Decisión Marco .

El apartado d) utiliza la denominación “libertad provisional” que resulta también inadecuada. El ámbito de la Decisión Marco se refiere a las medidas alternativas a una situación excepcional como es la prisión provisional. Por ello, entendemos que la denominación correcta sería decisiones de vigilancia de medidas alternativas a la prisión provisional.

En cuanto al apartado i) habla de obtención de prueba o exhorto. Es bien sabido que la UE está finalizando la redacción de la conocida Orden Europea de Investigación que va también dirigida a la obtención de prueba. Para mantener la diferencia entre los dos instrumentos sería preferible utilizar ahora nuevamente la denominación que se recoge en la Decisión Marco “Exhorto Europeo de Obtención de Pruebas”.

El art. 4 limita el régimen supletorio a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tratándose de una cuestión de cooperación internacional sería conveniente hacer también una referencia a los Convenios Internacionales especialmente a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

los de la Unión Europea. Y por otro lado, para facilitar la tarea de interpretación, sería útil si este artículo hiciera una referencia a que la interpretación debe ser conforme al texto de las propias Decisiones Marco o Directivas en las que están inspiradas. Así lo ha recordado el TJUE en la célebre Sentencia del Caso Pupino de 16 de Junio de 2005 y por su novedad en la cultura hermenéutica española sería conveniente mencionarlo. Se podría incluir un apartado como el siguiente: *“Las interpretación de las normas contenidas en este ley debe realizarse a la vista y conforme a las disposiciones de la Decisión o Directiva Europea de las que trae origen”*. Ello favorecería que, en caso de duda, las autoridades competentes acudan a la Decisión Marco como fuente auténtica.

Respecto al reflejo estadístico, en lo que se refiere a la transmisión de los datos por la Fiscalía, sería preferible respetar la autonomía organizativa del Ministerio Público por cuanto que no se trata de obligaciones propiamente procesales, bastaría con establecer una obligación genérica de remisión de la información a la Fiscalía General del Estado que, conforme a sus propios órganos y aplicando en ocasiones los registros procedentes, determinará cómo recoger internamente estos datos para remitirlos al Ministerio de Justicia a efectos estadísticos. Una formula genérica como la siguiente sería suficiente para crear esta obligación: *“La Fiscalía General del Estado remitirá al Ministerio de Justicia un listado de las resoluciones de reconocimiento mutuo emitidas o ejecutadas por representantes del Ministerio Público”*.

Por otra parte, la periodicidad semestral o incluso anual sería suficiente a los efectos que se pretenden. Las solicitudes estadísticas por parte de la Unión Europea se refieren al periodo anual, por lo que sería suficiente con la remisión anual de la estadística, evitando nuevas obligaciones burocráticas innecesarias mientras no se creen los suficientes medios técnicos de registros automatizados



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que permitan la obtención de datos de una forma adecuada al desarrollo tecnológico actual.

5.- COMENTARIOS AL TÍTULO PRIMERO. REGIMEN GENERAL DE LA EMISIÓN Y DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

El Título I contiene las disposiciones básicas de este Anteproyecto, en él se encuentran las definiciones, principios y opciones principales del legislador español en la regulación del reconocimiento mutuo. De las decisiones adoptadas en este Título se deriva el tratamiento de cada uno de los instrumentos concretos, y por ello es en este Título donde se centra gran parte de los comentarios que deben entenderse siempre referidos al conjunto del Anteproyecto aunque no se reiteren nuevamente en cada uno de los instrumentos.

El Título se divide en tres Capítulos, que serán analizados separadamente. El primero se dedica a los aspectos activos, cuando las autoridades españolas son emisoras y demandan de las autoridades competentes de alguno de los países miembros de la Unión Europea el reconocimiento y ejecución de una decisión judicial española. El segundo capítulo aborda la actividad de las autoridades españolas desde el punto de vista pasivo, como receptoras y ejecutoras de las solicitudes de ejecución de decisiones judiciales emitidas por autoridades extranjeras de los países miembros de la UE. El Capítulo tercero se consagra al principio de especialidad como garantía aplicable desde ambas perspectivas: activa y pasiva.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

5.1.- Capítulo I. Emisión y transmisión por las autoridades judiciales españolas de resoluciones judiciales penales de la Unión Europea.

Los comentarios realizados anteriormente en cuanto al uso incorrecto del concepto “Orden Europea” son plenamente aplicables a todo este Capítulo. La redacción del art. 7 permite observar con claridad la imprecisión en el uso general de esa denominación.

En este artículo se diferencia el tratamiento de las que son verdaderas Ordenes Europeas, la Orden Europea de Detención y Entrega, la Orden de Protección y el Exhorto respecto del resto. Solo en el caso de las auténticas Ordenes Europeas basta con remitir la orden sin acompañarla con la decisión que da lugar a su emisión. En el resto de los supuestos el certificado modelo debe ir necesariamente acompañado de una copia de la resolución que debe ser ejecutada o, incluso, como las propias Decisiones Marco especifican, lo que debe remitirse es la decisión que acuerda la medida junto al certificado (Así por ejemplo, en el Art. 4 de la Decisión Marco 577/2003, el Art. 4 de la Decisión Marco 783/2006, el Art. 6 de la Decisión Marco 947/2008, etc.).

Por todo ello, el art. 7. 2 y 3 debería referirse no solo a los certificados sino también a las órdenes, de forma que se diga “*las órdenes o el certificado*” para a continuación hacer constar quién debe firmarlas o cuándo deben ser traducidas.

Igualmente las consideraciones generales sobre el uso del término de resolución judicial es aplicable a todo este capítulo, concretamente al art. 7.2 que se refiere específicamente a las resoluciones del Fiscal que, en estrictos términos de la LECrim, no dicta “resoluciones”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

El art. 8 concreta la forma de transmisión de las decisiones o las ordenes para su ejecución, reiterando el principio de transmisión directa ya consagrado desde los Acuerdos de Aplicación del Convenio de Schenghen. Lo que también debería especificar el art. 8 es cuáles son los medios tecnológicos que el ordenamiento español admite para realizar esta transmisión, de forma análoga a como hace en el art. 19 refiriéndose a los medios que considera idóneos para la recepción de solicitudes extranjeras. Es muy importante indicar a las autoridades españolas cómo, desde el punto de vista activo, están autorizadas a remitir sus solicitudes y ello independientemente de que posteriormente puedan ser requeridas para remitirlas de otra forma en atención a la legislación del Estado receptor. Por otro lado, entre estos medios a los que hace referencia el art. 19 deberían incluirse los correos electrónicos enviados a través de vías seguras virtuales como las que ya existen para la Red Judicial Europea o Eurojust que, sin necesidad específica de “firma digital”, permiten dar seguridad tanto del secreto de las comunicaciones como de la autenticidad del remitir y receptor.

La mención a la transmisión de estas órdenes a través de Eurojust parece inadecuada e innecesaria. Independientemente que en alguna situación excepcional puedan transmitirse algunas órdenes o decisiones a través del Miembro Nacional de Eurojust, lo cierto es que esa no es la función de ese órgano de la Unión Europea. Una previsión como la que contiene este artículo podría llevar a convertir a Eurojust en una nueva autoridad central y agotar sus potencialidades en el ejercicio de unas funciones burocráticas de reparto a la autoridad competente. Sería preferible suprimir esa referencia o, si se mantiene, advertir en el texto que podrán transmitirse “subsidiariamente y en caso de necesidad a través de Eurojust”.

El art. 9 del Anteproyecto, bajo la rúbrica “información obligatoria a Eurojust en relación con las órdenes europeas de reconocimiento mutuo”, entra



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

en materia propia de la transposición de la Decisión Marco de 16 de Diciembre de 2008 por la que se *refuerza Eurojust y se modifica la Decisión de 2002, publicada en el DOUE el 4 de Junio*, adelantando una parte de las obligaciones que esta nueva decisión impone a las autoridades nacionales en su art. 13.

Sobre la redacción dada al art. 9, se han de señalar, en primer lugar, que el punto 3 del citado art. 9 prevé consecuencias disciplinarias ante el incumplimiento de la obligación de informar a Eurojust, lo que no se considera procedente, ya que el lugar en el que deben fijarse esta clase de responsabilidades es en las normas en las que se regula el estatuto de jueces, magistrados y fiscales, esto es en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Además no se define en este precepto de forma adecuada cuándo nace la obligación de informar a Eurojust. El artículo se refiere a *“cuando una orden europea de reconocimiento mutuo afecte directamente al menos a tres Estados miembros y se hayan transmitido al menos a dos Estados Miembros solicitudes o decisiones de cooperación internacional”*. Este planteamiento es incorrecto por cuanto es incompleto. Las órdenes pueden, en excepcionales supuestos, afectar a tres o más Estados Miembros, pero lo relevante para la intervención de Eurojust es que los hechos investigados afecten a tres o más Estados Miembros, es decir la condición que determina, junto al resto de condiciones, la obligación de comunicar información a Eurojust, es que los hechos a los que se refiere el procedimiento tengan relación o afecten a más de tres países. La obligación de comunicación a Eurojust que prevé el art. 13 de la nueva Decisión Marco es, por lo expuesto, mucho más amplia que la aquí contemplada. Por eso se propone una redacción como la siguiente:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

“Cuando el procedimiento en el que se haya dictado una decisión europea de reconocimiento mutuo afecte directamente, al menos, a tres Estados miembros y se hayan transmitido, al menos, a dos Estados miembros solicitudes de asistencia judicial o decisiones de reconocimiento mutuo deberá informarse a Eurojust, de forma estructurada, cuando:...”.

Para completar y aclarar los efectos de este traslado obligatorio de información, debería concretarse que la comunicación de estas informaciones no significa necesariamente la solicitud de asistencia a Eurojust, y que en el caso de que se considere necesaria esta asistencia deberá expresarse específicamente, tal y como prevé el art. 13.2 de la Decisión de fortalecimiento de Eurojust.

Por otro lado, para que sea completa la regulación de las comunicaciones a Eurojust que tengan que ver con un instrumento de reconocimiento mutuo, debería también regularse la obligación de comunicación de dificultades o denegaciones reiteradas en la ejecución de alguna de estas órdenes, tal y como prevé el art. 13.7 c), así como prever que la información a Eurojust en estos casos debe remitirse de forma ordenada o estructurada, como prevé el art. 13.11 de la Decisión mencionada, a través de la cumplimentación de las plantillas y formularios aprobados por Eurojust a estos efectos.

No obstante lo dicho, se considera sistemáticamente más adecuado abordar la transposición de la nueva Decisión sobre Eurojust de forma global en un único texto normativo, evitando dispersión legislativa que sólo provoca dificultades en cuanto al conocimiento y aplicación a los operadores jurídicos.

En el supuesto de que se decida mantener este artículo en todo caso, con las modificaciones propuestas, se advierte además la necesidad de mantener la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

coherencia de este instrumento con los que en el futuro aborden la regulación de las disposiciones del art. 13 de la nueva Decisión de Eurojust.

El art. 10, bajo la rúbrica de descripción en el certificado del delito y la pena, hace una “traducción” de la lista de 32 delitos excluidos en todas las Decisiones Marco del control de doble incriminación. El Anteproyecto contiene la lista desde el punto de vista activo de la emisión de la solicitud o la orden, concretando artículos del Código Penal. La concreción de la lista hasta ese extremo conlleva múltiples inconvenientes. Por un lado, existe un peligro real de que algún tipo de infracción penal pueda caber en alguno de las denominaciones genéricas de la lista de la Decisión Marco y sin embargo no esté incluida expresamente en el artículo que se concreta en dicho artículo. Se puede mencionar algún ejemplo como punto de partida. Así, la lista que se presenta excluye supuestos que claramente pueden ser encuadrados en supuestos de corrupción como los delitos de los artículos 320 o 322 del Código Penal que, por estar incluidos en los capítulos dedicados a la Protección de la Ordenación del Territorio, no se han incluido en las correspondencias y sin duda son susceptibles de encuadrarse en el epígrafe de la corrupción prevista en la lista, en tanto que el art 320 es el delito de corrupción urbanística y el art 322 sanciona una conducta similar referida a “edificios singularmente protegidos”, y que se trata de conductas normalmente tipificadas como corruptas en cualquier país de la Unión Europea. Lo mismo puede ocurrir con otras figuras por lo que resulta, como decíamos, innecesario y arriesgado mantener esta lista con equivalencias, en tanto se hace de forma imperativa y sin dejar margen de apreciación a la autoridad emisora y en atención a las circunstancias del caso. El resultado de marcar o no la infracción en una de las infracciones previstas en la orden o en el certificado no es inocua y tiene efectos claros ante la autoridad receptora que podría, si así se prevé en su legislación, rechazar el reconocimiento por falta de doble incriminación. Por otro lado, una lista de estas características exigiría constante



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

actualización en relación con las modificaciones que se vayan haciendo al CP, lo que dificultaría su conocimiento.

Quizás esta concreción sea más propia de manuales de buenas prácticas, que ofrezca a las autoridades judiciales pautas de interpretación y aplicación, que de una Ley.

El art. 13 prevé como autoridad gubernativa competente al Ministerio de Justicia para solicitar las autorizaciones de tránsito para las entregas por orden de detención o para el cumplimiento de penas privativas de libertad. En la práctica las cuestiones de traslados y tránsitos son gestionadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, específicamente por Interpol, y por tanto atribuir esta competencia de solicitud de autorización de tránsitos al Ministerio de Interior podría agilizar los trámites y evitar una burocratización innecesaria, que incide en la celeridad necesaria.

El art. 14 aborda los recursos, uno de los temas más complicados en esta materia del reconocimiento mutuo, en tanto intervienen dos autoridades diferentes- la de emisión y la de ejecución- ante las cuales los posibles afectados pueden ejercer sus derechos de impugnación de las resoluciones que les perjudiquen. Sin embargo, el tratamiento de este artículo es confuso.

En primer lugar, hay que partir de que las decisiones judiciales que se transmiten para ser ejecutadas son susceptibles de recurso por sí mismas de conformidad con el derecho procesal del país donde esa decisión ha sido adoptada. Por otro lado, el traslado para ejecución de decisiones se refiere a decisiones que deben ser firmes, en el sentido de no ser ya susceptibles de recurso. Los recursos contra la decisión que debe ser ejecutada y que se transmite para ello son obviamente en nuestro país los previstos en la Ley de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Enjuiciamiento Criminal, por lo que parece innecesario reiterarlo aquí. Parecería más adecuado regular que, en el caso excepcional en que pudiera admitirse en España un recurso contra una orden previamente transmitida para ejecución, se informe inmediatamente a la autoridad de ejecución pero ello ya está previsto en la regulación de los casos de “suspensión” de la ejecución.

Sin embargo, lo que no se contempla en este artículo y debiera preverse de un modo general, son los recursos ante el propio acto de emisión de la orden o decisión para ejecución en otro país. Convendría precisar estos recursos, partiendo además de que algunas de las decisiones, especialmente aquéllas que se realizan por el Fiscal en el entorno investigativo y sin contradicción en el marco de un exhorto europeo, no son, en principio, notificables a los interesados y tampoco son recurribles.

5.2.- Capítulo II. Reconocimiento y ejecución por las autoridades españolas de órdenes europeas.

Se contiene en este Capítulo la regulación de la actividad de las autoridades españolas como receptoras y ejecutoras de las ordenes y decisiones de las autoridades competentes de otros Estados miembros de la UE.

Pese a que el texto del Anteproyecto reconoce al Ministerio Público como autoridad de ejecución para algunos tipos de decisiones, el texto se refiere continuamente solo a decisiones procesales exclusivas de los órganos judiciales.

El art. 17.2 no se corresponde con la atribución de competencias de ejecución al Ministerio Fiscal, ya que se hace referencia al rechazo de la competencia a través de autos, un acto procesal que no corresponde al Ministerio



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Público. Es innecesario hacer referencia al concreto acto procesal por el que se declara la ausencia de competencia y también, como se decía en las observaciones generales, es reiterativo hablar nuevamente de “autoridad judicial del Estado de Emisión cuando bastaría con referirse a la “autoridad emisora” para determinarla con claridad, por lo que se propone una redacción como la siguiente:

“Si la autoridad receptora entiende que no es competente para ejecutar la orden deberá adoptar la decisión procedente acordando su remisión inmediata a la autoridad que se entienda competente, notificando, en su caso, dicha resolución al Ministerio Fiscal y a la autoridad emisora.”

Lo mismo ocurre con el art. 17.3 que, nuevamente, utiliza el término “auto”, resultando más preciso hablar de decisión de no reconocimiento o no ejecución y establecer la obligación de que la decisión sea motivada.

El art. 18 también incurre en el mismo defecto de incoherencia con el resto del proyecto. Si el certificado no viene traducido y su ejecución es competencia del Ministerio Fiscal, debe preverse que sea éste quien lo solicite. El artículo solo se refiere al órgano judicial y a través del secretario judicial.

Respecto a la práctica de las comunicaciones que se contiene en el art. 19, debemos alabar la decisión de regular por primera vez en España con precisión las vías y medios que deben admitir las autoridades españolas como adecuados y suficientes para asegurar la autenticidad de la autoridad remitente. Las normas precedentes se limitaban a repetir la fórmula abstracta de la admisión de “cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan establecer la autenticidad”, fórmula propia de la Decisión Marco que busca ser concretada por el legislador nacional. Finalmente, en este



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

Anteproyecto, y en una decisión acorde con el uso de las nuevas tecnologías, se admite el fax y medios informáticos firmados electrónicamente. Nos remitimos aquí a lo ya expresado en relación al art. 8 del anteproyecto y la necesidad de incluir también la posibilidad de remisión por redes privadas virtuales creadas precisamente a estos efectos, como las ya existentes en la Red Judicial Europea y en Eurojust. Nuevamente vuelve a hacerse referencia al secretario judicial y a omitirse al Fiscal como posible autoridad legitimada para solicitar los originales cuando la ejecución sea de su competencia.

En todo caso, el Anteproyecto sigue con una sentido muy tradicional de la “documentación original” puesto que, tras admitir el fax como vía de transmisión, exige que el Secretario Judicial solicite la documentación original, algo que parece en la mayoría de los casos innecesario. Hay que tener en cuenta que, habida cuenta de los plazos de ejecución, la llegada de esa “documentación original” será posterior a la propia ejecución. Bastaría con prever la posibilidad de petición de esa documentación original solo en caso de necesidad, valorada por la autoridad judicial competente.

Se echa en falta en el Anteproyecto una norma general como la que contienen la mayoría de las Decisiones Marco (así, el art. 4.4 de la Decisión Marco 2003/577 o el art. 8.5 de la Decisión Marco 2008/978, entre otros), y es la previsión de que cuando una autoridad española reciba erróneamente una de estas órdenes o solicitud de ejecución, y no sea ella la competente, la remita de oficio directamente a la autoridad competente para su ejecución poniéndolo en conocimiento de la autoridad emisora. Esta previsión evita devoluciones y burocratizaciones innecesarias, permitiendo que autoridad española receptora corrija de oficio el posible error cometido por la autoridad extranjera emisora en la identificación de la autoridad competente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La mención al Sistema Nacional de Coordinación de Eurojust que se realiza en este art. 19.3 es innecesaria y produce confusión puesto que no es tarea de ese sistema realizar estas funciones si no de sus integrantes que son los específicamente mencionados previamente como los puntos de contacto de la Red Judicial Europea.

El art. 21 determina que la regla general para la ejecución de las diligencias de ejecución de la decisión extranjera será la prevista en la norma procesal española. Pero nuevamente vuelve a ser incoherente con el texto y se refiere a la ejecución como si hubiera sido dictada por una Juez o Tribunal español, olvidando que, en gran parte de las ocasiones, tanto las autoridades emisoras como las de ejecución no van a ser necesariamente Jueces o Tribunales extranjeros, es por ello que, en lugar en lugar de mantener la equivalencia con la decisión de un Juez o Tribunal español, debería decir por la autoridad española competente.

Por otro lado, el apartado 2 de este art. 21 impide extender la ejecución a personas, bienes o documentos no comprendidos en ella, lo que nos parece una previsión innecesaria y, además, contradictoria con el art. 4.5 de la Decisión Marco que regula el Exhorto Europeo de obtención de pruebas, que permite que se entreguen otros objetos, documentos y datos que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el exhorto.

El art. 22 se refiere a la notificación de la ejecución a posibles afectados. Sin embargo, por la sola notificación de alguna diligencia que pueda afectarles, siquiera incidentalmente, no se debe atribuir el derecho a intervenir en el proceso completo. Sería más correcto atribuirle esa condición cuando le corresponda conforme al derecho procesal español. La redacción propuesta sería la siguiente:



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

“En caso de que proceda la notificación, se le reconocerá, si procede, conforme al ordenamiento español, el derecho a intervenir en el proceso”.

La legitimación general que el art. 25 otorga al Ministerio Público para interponer recursos es de gran interés para el ejercicio de la función antes mencionada de defensa de la legalidad, incorporada en este caso al principio de reconocimiento mutuo. En todo caso, para que la función del Fiscal pueda ser debidamente desarrollada en este punto debería recordarse la obligación de notificación al Ministerio Fiscal de la resolución sobre la ejecución de la medida. Para ello el Anteproyecto debería contener una previsión concreta en esta parte general evitando que posibles retrasos u omisiones en las notificaciones impidan que el Ministerio Público ejercite sus funciones de forma eficaz. Debe tenerse en cuenta, además, que la ausencia de esta notificación impide la firmeza de la resolución y permite recursos posteriores y extemporáneos.

El art. 26 ordena a la autoridad española de ejecución que no realice control de la doble tipificación cuando se trate de infracciones de las incluidas en la clásica y conocida lista de infracciones a la que ya se ha hecho referencia en el art. 10. Las únicas decisiones exceptuados de esta regla general, que es una de las bases del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea, son las decisiones de sanciones pecuniarias en cuyo caso la lista es más amplia, además hay otros delitos exceptuados de doble incriminación que se recogen en el art. 26.2, y también quedan fuera de la regla general las Ordenes Europeas de protección para las que no hay excepción al control de la doble incriminación. En este último supuesto el control debe realizarse siempre y la autoridad de ejecución podrá –conforme al art. 10.1c) de la Directiva 2011/99- denegar el reconocimiento cuando la infracción por la que se emite la orden no sea delito en su país, tal y como establece el art. 26.3 del Anteproyecto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

Cuando no se den las circunstancias que llevan a excluir el control de doble tipificación, es decir, cuando el delito no sea encuadrable en una de las infracciones previstas en la lista del art. 26 o bien cuando la pena no llegue al umbral previsto de pena -que es diferente para cada tipo de decisión judicial-, las Decisiones Marco -a excepción siembre de la Orden Europea de Protección- permiten a cada Estado que decida si quiere o no exigir la realización de este control.

Lo que hace el prelegislador en este art. 26.4, y también en el art. 35, no es simplemente trasponer las normas, sino adoptar una opción de política criminal que resuelve la mencionada opción planteada por las Decisiones Marco de la forma más restrictiva posible. Los arts. 26.4 y 25 convierten en motivo de rechazo cualquier ausencia de doble incriminación en casos de delitos no previstos en la lista. Esta decisión merece mayor reflexión ya que, en nuestra opinión, el motivo de denegación en estos casos debería contemplarse como discrecional para la autoridad judicial, que podría decidir en estos supuestos si reconocer o no en atención al resto de las circunstancias concurrentes.

Otra cuestión, que es importante señalar, es que en todos los instrumentos de reconocimiento mutuo la exclusión del control de doble incriminación que se diseña se realiza en atención a dos condiciones acumulativas : la primera, es que el delito pueda ser encuadrado en una de las categorías de la lista, y la segunda que, además, este castigado con una pena que debe superar un umbral determinado (en cada tipo de instrumento el umbral es diferente). El motivo general de denegación no debería referirse solo a una de las condiciones, que es la inclusión en la lista, sino que debería ir referido a las dos condiciones conjuntamente. Es decir, el motivo de denegación (obligatorio o potestativo) sería que la infracción no se encuentre entre las previstas en la lista o que no supere el umbral previsto para cada tipo de pena.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Por otro lado, se advierte alguna incoherencia en el tratamiento de esta causa de denegación. Efectivamente, una vez anunciada como principio general tanto en este art. 26 como en el 35, debería ser aplicable a todos los supuestos, o bien excepcionar expresamente los excluidos. Sin embargo, el art. 60.2 en relación con la Orden Europea de Detención y Entrega no prevé que la ausencia de doble incriminación en aquellos supuestos no incluidos en la lista o cuando no se alcance el umbral de pena fijado, sea motivo obligatorio de no ejecución. Al contrario, el art. 60.2 al igual que el art. 9.2 de la vigente Ley 2/200, permiten a la autoridad de ejecución decidir si, pese a la ausencia de doble incriminación o la previsión de una pena inferior al umbral fijado, se debe o no dar lugar a la denegación de la entrega.

No se advierte la razón por la que este supuesto debe ser causa de denegación en general y, sin embargo, no lo es para la decisión más intrusiva que es aquella que afecta a la libertad como la Orden Europea de Detención y Entrega. Por ello, en aras a la coherencia y también para favorecer la más amplia cooperación, parecería más adecuado establecer este motivo de no reconocimiento como potestativo para la autoridad competente. Bastaría modificar la redacción del art 26.4 del anteproyecto y sustituir la expresión “estarán supeditados” por la de “*podrán supeditarse*”, o bien, si la opción fuera diferente para algunos casos – como ocurre con la OEDE-, debería decirse “*podrán supeditarse en algunos casos conforme a lo previsto en esta ley,*”.

Cualquier peligro de que la interpretación de este motivo, como discrecional y valorable por la autoridad judicial, pudiera dar lugar a dispersión y contradicciones en los criterios de aplicación, se vería superado con la posibilidad prevista de que el Fiscal recurra para favorecer una interpretación general y uniforme de ese motivo de denegación.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

Como ya se ha dicho, las cuestiones referentes a las autorizaciones de tránsitos de personas en casos de traslados de detenidos o condenados a las que se refieren los artículos 29 y 30 parecen más propias del Ministerio del Interior que del de Justicia. Efectivamente, en la práctica todas las cuestiones operativas de los traslados a o desde el Estado español de condenados y detenidos corresponde en general a INTERPOL y son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado de los países implicados los que se comunican y auxilian mutuamente en estos traslados. Sería mucho más efectivo que fuera el Ministerio del Interior, a quien también corresponde la responsabilidad de los centros de detención si tuvieran que ser utilizados, quien se encargue de la gestión completa tanto desde el punto de vista activo como del pasivo y, por tanto, también de estas autorizaciones de tránsito. Por otro lado, el Ministerio del Interior puede informar a otro Estado de la legislación vigente, puesto que la garantía de que una persona no será perseguida por hechos anteriores no puede ser otorgada por el Ministerio de Justicia, que carece de competencia procesal y de decisión alguna en estas cuestiones.

La Sección 2ª de este capítulo trata de recopilar las normas generales de los motivos de denegación.

En este punto, parece adecuado hacer una exposición general de algunas cuestiones comunes como las que se recogen en los arts. 31, 32, 36 y 44.

El motivo del art. 44 es un motivo de rechazo de la ejecución por cuestiones puramente formales que está adecuadamente incluida en esta parte general. En su regulación puede añadirse la posibilidad de subsanación de los defectos formales de la orden o el certificado, algo que se recoge en todas las Decisiones Marco y también en la Directiva de la orden de protección.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En relación con el art. 35, y respecto al motivo de denegación por falta de doble incriminación en los casos no excluidos, nos remitimos a lo ya expresado en relación con el art. 26 y, por tanto, podría incluirse la regulación general pero siempre en la opción de un motivo de rechazo potestativo.

El resto de los motivos de no reconocimiento son de difícil tratamiento unitario, como hace el Anteproyecto. La descripción que se realiza de cada motivo, seguido de exclusiones y condiciones propias para cada Decisión produce confusión y no facilita la tarea de la autoridad de ejecución. Parecería más clara la regulación de todas las causas en cada uno de los instrumentos, aunque ello suponga la repetición de alguna cuestión o definición.

5.3.- Capítulo III. Disposiciones comunes con el principio de especialidad

Las mismas razones anteriormente expuestas nos llevan también a considerar mejor opción la regulación del principio de especialidad en relación con las decisiones a las que es aplicable, es decir la Orden Europea de Detención y Entrega y las decisiones de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad.

El art. 47 hace referencia a la aplicación en España del principio de especialidad desde el punto de vista activo, es decir cuando es España la que hace la entrega de la persona a otra autoridad competente europea que la reclama. Es evidente que España exige el cumplimiento del principio de especialidad porque no ha hecho ninguna declaración en contra, tal y como se expresa en las distintas Decisiones Marco a las que afecta este principio. Por



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

eso, parece innecesario expresar la aplicación del principio “*en tanto España no practique la notificación...*” puesto que parece dar a entender que hay intención de hacerlo, cuando lo que ocurre es que no se ha hecho y por tanto el principio es plenamente aplicable. Así debería expresarse, probablemente, no en esta parte general sino en los Títulos II y III que contienen las Decisiones a las que es aplicable este principio.

6.- COMENTARIOS AL TÍTULO II. ORDEN EUROPEA DE DETENCIÓN Y ENTREGA.

6.1.- Disposiciones generales.

El Capítulo I del Título V (Disposiciones generales) sigue un esquema análogo al equivalente capítulo de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega (en adelante OEDE), incluyendo tres artículos, los relativos a la definición, la designación de autoridades competentes y central y el contenido de la OEDE.

6.1.1.- Definición.

El artículo 48 del anteproyecto, bajo la rúbrica “orden europea de detención y entrega” contiene la definición del concepto de OEDE, pero dicha rúbrica no expresa el contenido real del precepto. Para mayor claridad y en consonancia con el art. 1 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y los procedimientos de entrega entre los Estados miembros y el art. 1 de la Ley 3/2003, se propone el cambio del enunciado del artículo por el siguiente: “*Definición de la orden europea de detención y entrega*”, dado que ese es efectivamente el contenido del precepto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Esta reforma legislativa no estaría completa sin abordar la cuestión de la jurisdicción de menores, en la cual, conforme a lo establecido en los arts. 1, 6 y 16 de la LO 5/00, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), se otorga al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos y a los Juzgados de Menores su enjuiciamiento y la adopción de las medidas cautelares de carácter personal.

La posibilidad de emitir una OEDE contra menores de edad, siempre que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la LORPM, resulta indubitada. Por otra parte, el art. 3.3 de la Decisión Marco, también art. 12.1,b de la Ley 3/2003 y art. 37.1 del Anteproyecto de Ley establecen como causa de no ejecución obligatoria el hecho de que la persona reclamada no pueda ser, por razón de la edad, considerada responsable penalmente y, entre las causas de denegación potestativas previstas en el art. 4 de la Decisión Marco, también art. 12.2 de la Ley 3/2003 y 31 y ss. del Anteproyecto de Ley no se incluye la minoría de edad del reclamado.

A pesar de todo, sería conveniente la regulación expresa tal y como se expone a continuación, tanto para la concreción de las autoridades competentes como en el artículo 48 del anteproyecto que define la orden de detención europea, para incluir también las medidas de internamiento en centro cerrado dictadas por el Juzgado de menores.

Así, para entender abarcadas las OEDES emitidas contra menores sin incurrir en tediosas repeticiones, se propone añadir las siguientes menciones en cada ocasión que aparecen las referencias que a continuación se señalan:

- Juez de Instrucción o de menores.
- Juez Central de lo Penal o juez central de menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- Pena , medida de seguridad privativa de libertad o medida de internamiento en centro cerrado de menores
- Prisión preventiva o internamiento cautelar.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal o Ley de Responsabilidad Penal de los Menores.

6.1.2.- Autoridades competentes.

El art. 49 del Anteproyecto de Ley identifica las autoridades competentes para la emisión y ejecución así como la autoridad central con las competencias que a ésta le son propias. Pese a ello se produce un nuevo error en el enunciado del artículo, que reza así: *Autoridades competentes en España para emitir y recibir una orden europea de detención y entrega*, cuando en su contenido se designa también a la autoridad central, por lo que debe incluirse una modificación, bien en el sentido simplificado del art. 2 de la Ley 3/2003, *Designación de autoridades competentes en España*, bien modificando el enunciado del propio art. 49 por *Autoridades competentes en España para emitir y recibir una orden europea de detención y entrega y autoridad central* o bien en la forma contenida en la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, que establece dos artículos diferentes, el 6 para las autoridades judiciales competentes y el 7 para la autoridad central.

Respecto de la autoridad competente para la emisión de las OEDES, el art. 49.1 señala que lo es la autoridad judicial *que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes por implicar la privación de libertad de una persona y su puesta a disposición judicial*; se trata de una redacción confusa que exige ser aclarada en el sentido de que la causa en la que se puede emitir la OEDE es aquella en la cual proceda la adopción de una resolución judicial que implique la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

privación de libertad de una persona, reflejando de este modo que la OEDE es la consecuencia de la adopción de una decisión judicial de privación de libertad interna dentro del procedimiento español; así se propone que se modifique el texto para señalar que es autoridad judicial competente para emitir una OEDE *aquella que conozca de la causa en la que proceda la adopción de una resolución judicial que implique la privación de libertad de una persona y su puesta a disposición judicial.*

Uno de los cambios más significativos y que sin duda tendrá mayor impacto lo constituye la modificación de las autoridades competentes para la ejecución de las OEDEs. Así pueden distinguirse varios supuestos:

a). Conformidad del reclamado.

La competencia para la ejecución en casos de conformidad del reclamado pasa de los Juzgados Centrales de Instrucción a los Juzgados de Instrucción del lugar en cuya jurisdicción haya sido detenido el reclamado (art. 49.2, inciso segundo). Esta modificación tan cualitativamente significativa adolece de una debida justificación en la exposición de motivos del Anteproyecto de Ley, pese a lo cual se considera acertada la opción de descentralizar la ejecución en estos supuestos en aras a una mayor eficacia y rapidez en la tramitación.

El art. 49.2 ha de ser puesto en relación con el art. 62 que establece que *si la persona afectada hubiera consentido en ser entregada al Estado de emisión y el Ministerio Fiscal o el Juez de oficio no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juez de Instrucción acordará mediante auto su entrega al Estado de emisión (...) en los demás supuestos, el Juez de Instrucción elevará sus actuaciones al Juez Central de lo Penal*, lo que quiere decir que la competencia del Juzgado de Instrucción no lo es para todos los



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

supuestos de consentimiento, dado que incluso mediando éste, si concurren causas de denegación o condicionamiento, la competencia la asume el Juzgado Central de lo Penal, por lo tanto esta circunstancia habría de señalarse en el art. 49.2 pues en su actual redacción induce a error al respecto.

b). Oposición del reclamado.

Cuando el procedimiento se vuelve contencioso por oposición del reclamado la competencia es asumida por el Juzgado Central de lo Penal. Esta opción de mantener dentro de la órbita competencial de la Audiencia Nacional – cuya Sala de lo Penal sería competente para el recurso que pudiese interponerse contra el auto de Juzgado Central de lo Penal- se considera también adecuado a la vista de la experiencia acumulada durante más de nueve años, una práctica consolidada y criterios fijados a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional y los Tribunales europeos.

c). Concurrencia de varias OEDEs con o sin oposición del reclamado.

El Anteproyecto de Ley, en el último inciso del art. 49.2, determina que en los supuestos de concurrencia de varias OEDEs en relación a la misma persona, aun cuando medie consentimiento en todas ellas, la autoridad judicial competente es el Juzgado Central de lo Penal. Este precepto ha de ser puesto en relación con el art. 69 que regula la decisión sobre prioridad en caso de concurrencia de solicitudes cuando éstas provienen de dos o más Estados Miembros, donde podemos encontrar la razón de la atribución de la competencia al Juzgado Central de lo Penal en caso de concurrencia de solicitudes incluso en caso de consentimiento del afectado, dado que tras las decisiones de entrega contra la misma persona se abre un proceso de determinación de preferencia en cuanto a la jurisdicción preferente que entraña ciertas complicaciones y pudiera



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

eventualmente generar un incidente contencioso, situación con la que la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional está ya familiarizada.

Como ya se ha expuesto anteriormente, las singularidades y especialidades que presenta el procedimiento penal de menores regulado en la Ley 5/00, de 12 de enero, sobre Responsabilidad Penal de Menores, precisarían abordar en el texto del anteproyecto de forma clara las competencias del juez de menores al respecto:

a). Autoridades competentes para emitir una OEDE.

El anteproyecto debería prever, respecto de las OEDES emitidas contra menores para el cumplimiento de pena, la competencia del Juez de Menores y también respecto a aquellas que se puedan acordar para su enjuiciamiento, si bien en este caso a petición del Ministerio Fiscal o Acusación particular.

b). Autoridades competentes para ejecutar una OEDE.

Para los supuestos de consentimiento del reclamado la competencia debería ser atribuida al Juzgado de Menores en cuya jurisdicción se haya producido la detención y en ausencia de consentimiento la competencia se debería atribuir al Juzgado Central de Menores.

Además, dadas las peculiares características de la jurisdicción de menores y la previsión a lo largo de la Ley de responsabilidad penal del menor, de que el menor tenga que estar representado en cualquier audiencia judicial, por cualquiera de sus progenitores, convendría regular su intervención en el trámite de audiencia previsto para prestar el consentimiento con la orden de entrega.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

En casos de concurrencia de varias OEDEs contra la misma persona menor de edad, aunque haya mediado consentimiento, la competencia para ejecutar le correspondería al Juzgado Central de Menores, igual que en el supuesto de que, en esta concurrencia de OEDEs, una de ellas se hubiera emitido cuando el reclamado era menor y la otra cuando el reclamado era mayor de edad.

El Ministerio de Justicia es la autoridad central designada a los efectos de los arts. 6, 7.1 y 25 de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002 según notificación hecha a la Secretaría General del Consejo de 17 de diciembre de 2003. Conforme a esa declaración, el Ministerio de Justicia tiene las funciones previstas en el art. 7.1 de la Decisión Marco (auxilio judicial) dentro de cuyo concepto se integran según esa declaración las funciones estadísticas, por eso el art. 49.4 del Anteproyecto de Ley determina que el Secretario judicial deberá remitir al Ministerio de Justicia *en el plazo de tres días desde su emisión o de su reconocimiento y ejecución, una copia de las órdenes europeas de de detención y entrega tramitadas*. Consideramos sistemáticamente adecuada la inclusión de esta obligación en este artículo, obligación que conforme a la Ley 3/2003 estaba dispersa en dos preceptos diferentes (art. 7, último párrafo, relativo al procedimiento de transmisión para las OEDEs activas, y art. 10.3, relativo a las actuaciones iniciales en los casos de OEDEs pasivas). De forma positiva en la nueva regulación se introduce un plazo de tres días para la transmisión al Ministerio de Justicia, si bien respecto de las OEDEs remitidas para su ejecución en España –en relación a las que en la Ley 3/2002 se señalaba simplemente que por el Juzgado Central de Instrucción se remitirá una copia de las que le sean remitidas para su ejecución-, en la nueva regulación se indica que tal remisión se hará en el plazo de tres días *desde su reconocimiento y ejecución*, redacción que debería ser modificada en el sentido de que dicho plazo se computará bien desde el reconocimiento o bien desde la ejecución, dado que se trata de dos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

conceptos diferentes, el reconocimiento se produce en un momento procesal concreto (adopción de la decisión) y la ejecución en otro posterior (materialización de la entrega). A este respecto, la terminología que utiliza la Decisión Marco es la de decisión sobre la entrega (por reconocimiento) y entrega (por ejecución); “reconocimiento y ejecución” son términos más adecuados -o habituales- para los demás instrumentos de reconocimiento mutuo. Quizá guarda más lógica que el momento inicial del cómputo del plazo para notificar al Ministerio de Justicia lo constituya la recepción de la solicitud siguiendo el modelo del art. 10.3 de la Ley 3/2003, dado que en puridad el reconocimiento/decisión de entrega puede no producirse nunca o, producido el reconocimiento/decisión de entrega, ésta puede suspenderse por diversos motivos.

Se propone la inclusión de obligación del Fiscal de remitir al Ministerio de Justicia en el plazo de tres días las OEDEs emitidas en los procedimientos contra menores para ejercicio de acciones penales.

6.1.3.- Contenido de la orden europea de detención y entrega.

Conforme al art. 50 del Anteproyecto de Ley, la OEDE *se documentará en el certificado que figura en el anexo I*. La mención al término “*certificado*” debe modificarse dado que la Decisión Marco habla de “*formulario*”, debiendo circunscribirse “*certificado*” a los instrumentos de reconocimiento mutuo que expresamente hablan del mismo. Esta diferenciación queda claramente plasmada en la Decisión Marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009 por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

sin comparecencia del imputado, dado que la misma, en las modificaciones que realiza de cada instrumento incluye también modificaciones de los respectivos anexos y denomina certificado a todos los modelos de las Decisiones Marco a las que modifica (decomiso, sanciones pecuniarias, cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad y libertad vigilada) menos al de la Decisión Marco de la OEDE.

Una dificultad añadida respecto de las denominaciones “*formulario/certificado*” proviene del hecho de que en la parte general del Anteproyecto de Ley (art. 10) no hace distinciones entre ambas denominaciones y tan sólo hace referencia al término “*certificado*”, por lo que si se cambiara la denominación en el art. 50 habría que hacer alguna mención específica al término “*formulario*” también en el art. 10.

En relación a los datos que ha de contener el formulario, el art. 50 del Anteproyecto de Ley detalla el tipo de información que debe ser incluida en el formulario de conformidad con el art. 8 de la Decisión Marco de la OEDE. Si bien es cierto que este art. de la Decisión Marco no ha sido modificado por la Decisión Marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009 -que sólo modifica el articulado introduciendo el art. 4bis y suprimiendo el apartado primero del Art. 5-, lo cierto es que el complejo régimen establecido respecto de la posibilidad de denegación de entrega en casos de sentencias dictadas en ausencia del imputado aconsejarían introducir en el art. 50 una mención al respecto dentro de la enumeración de datos de información a incluir en el formulario que luego se refleja en el anexo y que sí es modificado por la Decisión Marco 2009/299/JAI de 26 de febrero de 2009.

La mención que el art. 50 hace a que el certificado se ha de hacer “*en alguna de las lenguas oficiales del Estado miembro de ejecución o en cualquier*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

otra lengua aceptada por éste” debería desaparecer pues es innecesaria por reiterativa, ya que este extremo ya se regula en el Título I relativo al régimen general del Anteproyecto de Ley.

6.2.- Emisión de una orden europea de detención y entrega.

6.2.1.- Requisitos para la emisión.

En el art. 52.3 se propone la inclusión de la expresión *“en su caso”* respecto al traslado a la acusación particular para informe sobre la procedencia en la emisión de la OEDE, dado que no siempre existen acusaciones personadas.

Respecto del último párrafo del art. 52.3 y para una mejor comprensión lectora se propone mover el verbo *“podrá”* al final del art. 52.3 y situarlo delante de *“juez”* quedando la frase: *“Sólo si el Ministerio Fiscal o la acusación particular interesara la emisión de la orden europea de detención y entrega podrá el juez, por auto motivado, acordarlo así”*.

6.2.2.- Transmisión de la orden europea de detención y entrega y remisión de información complementaria.

El apartado 6 del art. 53 señala que *“cualquier dificultad que surja en relación con la transmisión o la autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de la orden europea de detención y entrega se solventará mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas”*. Este precepto, basado en el art. 10.5 de la Decisión Marco y en el art. 7, párrafo segundo, de la Ley 3/2003, entendemos que debe ser suprimido y sustituido por un precepto



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

análogo en el Título I relativo al régimen general, dado que contempla una situación (dificultades en la transmisión o autenticidad de algún documento) que puede surgir en todos los procedimientos de transmisión y ejecución de cualquier instrumento de reconocimiento mutuo.

El apartado 8 del art. 53 referente a la remisión por parte de la autoridad judicial de copia de las OEDEs emitidas debe ser suprimido por reiterativo dado que esta obligación ya está contenida en el art.49.4, precepto con el que, por otra parte, es contradictorio en la identificación de la autoridad competente para la remisión, dado que el art. 49.4 señala que lo es el secretario judicial mientras que el art. 53.8 otorga esta competencia a la autoridad judicial.

El art. 54 señala que en cualquier momento posterior a la transmisión de la OEDE la autoridad judicial española de emisión puede *“remitir a la autoridad de ejecución cuanta información complementaria sea de utilidad para proceder a su ejecución, ya sea de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o a instancia de la propia autoridad de ejecución que así lo interese”*. En la medida en que la acusación particular tiene intervención en el proceso de emisión de la OEDE dado que recibe traslado para informe previo a la emisión de la OEDE (art. 52.3), igualmente debería incluirse la posibilidad de que la información adicional pueda ser remitida a instancia de la acusación particular, en su caso.

6.2.3.- Entregas o traslados temporales y declaración en el Estado de ejecución.

El art. 56 está regulado en términos confusos y contradictorios y disconformes con la Decisión Marco, por lo que se propone su completa reelaboración. Como premisa cabe señalar que la Decisión Marco establece la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

posibilidad de acordar la entrega temporal en dos momentos diferentes del procedimiento de emisión/ejecución de una OEDE:

1º.- Entregas temporales antes de la toma de decisión en el Estado de ejecución (art. 18: *Situaciones en espera de la decisión*).

Cuando se ha emitido una OEDE para el ejercicio de acciones penales y así lo solicita la autoridad solicitante, la autoridad de ejecución, cuando no haya todavía adoptado una decisión sobre la entrega, está obligada a aceptar alternativamente el traslado temporal del reclamado o el desplazamiento de la autoridad de emisión para tomarle declaración en los términos señalados en el art. 19. Esta previsión se justifica sobre la base de una posible situación que urgencia que impida poder esperar a la toma de la decisión definitiva y al procedimiento de entrega posterior; lógicamente esta eventualidad tan sólo cabe considerarla en supuestos de OEDE emitida para el ejercicio de acciones penales.

2º.- Entregas temporales con posterioridad a la toma de decisión en el Estado de ejecución (art. 24. *Entrega suspendida o condicional*).

En el caso de que la autoridad judicial de ejecución haya acordado la entrega, ésta puede suspenderse para que puedan ejercerse acciones penales en el Estado de ejecución o, caso de haber sido ya condenado en el Estado de ejecución, se pueda cumplir la pena impuesta por hechos diferentes a los que motivaron la OEDE. En estos supuestos también puede procederse a la entrega temporal si así lo acuerdan los Estados afectados en base a las condiciones que entre ambos se pacten. Este supuesto de entrega temporal no está limitado, como en los casos previstos en el art. 18, a supuestos de OEDEs emitidas para



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

el ejercicio de acciones penales, siendo que, dado que el art. 24 no establece limitación alguna, puede realizarse la entrega temporal para el cumplimiento de una pena en cualquier caso de suspensión de una entrega ya acordada en el Estado de ejecución.

El art. 8 de la Ley 3/2003 refleja con corrección en su apartado 1º el contenido del art. 18 de la Decisión Marco, si bien en su apartado 2º, relativo a la transposición del contenido del art. 24 de la Decisión Marco, limita la posibilidad de que la autoridad judicial española de emisión solicite la entrega temporal a los casos de solicitud de práctica de diligencias penales o celebración de la vista oral, contrariando así el mayor ámbito de la solicitud de entrega temporal que se prevé en la Decisión Marco, que no excluye los supuestos de solicitudes de entrega para cumplimiento.

El art. 56 del Anteproyecto de Ley modifica la estructura del art. 8 de la Ley 3/003 para reflejar los supuestos en que cabe entrega temporal y finalmente haciendo una alusión al desplazamiento de la autoridad de emisión para toma de declaración, pero en esencia parte del mismo presupuesto de que la entrega temporal no cabe para el cumplimiento de pena en España –esta mención es ahora explícita en ordinal primero cuando antes no lo era-. Debemos insistir en el hecho de que este precepto merece ser reconsiderado a tenor del contenido del art. 24 de la Decisión Marco para los supuestos de decisión de entrega suspendida en casos de OEDE emitida para cumplimiento de pena (por cierto que es fácil enumerar supuestos en que pueda ser preferente la entrega temporal para cumplimiento en el Estado de emisión dejando en suspenso procedimientos en curso o sobre todo sentencias dictadas en el Estado de ejecución).

Evidentemente carece de sentido una entrega temporal para cumplimiento constante el trámite para decisión en el Estado de ejecución, dado que este tipo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de entrega temporal se prevé para supuestos de urgencia que evidentemente se pueden presentar en el curso de una investigación en curso lo que es difícil que se produzca en una entrega para cumplimiento, donde siempre se deberá esperar a la decisión definitiva, pero adoptada ésta, nada debe obstar a que la entrega temporal pueda producirse. La única limitación que impone el art. 24 de la Decisión Marco es que debe llevarse a cabo la entrega en las condiciones que los Estados afectados pacten, las cuales se reflejarán por escrito y serán obviamente vinculantes.

Se propone además la inclusión en el texto de dos extremos a los que ni el art. 56 del Anteproyecto de Ley ni el art. 8 de la Ley 3/2003 hacían mención:

- Que la entrega temporal se realizará en las condiciones y duración (para las entregas temporales pendiente la resolución de entrega del art. 18.2 de la Decisión Marco) o en las condiciones (para las entregas temporales decididas del art. 24 de la Decisión Marco) pactadas de común acuerdo entre las autoridades judiciales competentes,
- Que, en el caso de entregas temporales pendientes de decisión de entrega, la persona afectada que haya sido entregada a España *“deberá poder volver al Estado miembro de ejecución para asistir a las vistas orales que le conciernan en el marco del procedimiento de entrega”* (art. 18.3 de la Decisión Marco).

Estas menciones sí se realizan en el art. 67 cuando la autoridad española actúa en su condición de autoridad de ejecución.

Fijémonos en este sentido que cuando la autoridad judicial española actúa como autoridad de ejecución en este mismo supuesto (ver art. 67) no se establece limitación alguna respecto de entregas temporales concedidas por España una vez adoptada la decisión definitiva, siendo que aquéllas pueden



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

concederse tanto en casos de OEDEs emitidas para ejercicio de acciones penales como para cumplimiento de penas. Resultaría paradójico que la autoridad judicial española de emisión no pudiera pedir la entrega temporal para cumplimiento de pena y sin embargo la autoridad judicial española de ejecución si pudiera hacerlo ante una solicitud análoga de una autoridad judicial de otro Estado miembro.

Finalmente, en relación a la posibilidad de desplazamiento de la autoridad judicial emisora de la ordena los efectos de poder tomar declaración al reclamado como alternativa a la entrega temporal el art. 56.4 del Anteproyecto de Ley (conforme al art. 18.1,a. de la Decisión Marco), señala que la autoridad judicial podrá *“solicitar autorización para trasladarse al Estado de ejecución con el fin de tomar declaración a dicha persona, o puede cursar al Estado de ejecución una solicitud de auxilio judicial convencional al amparo del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, si considera oportuno tomarle declaración por videoconferencia”*. La previsión de la autorización del desplazamiento de la autoridad judicial emisora como alternativa a la entrega temporal en casos de procedimientos de ejecución de OEDEs tiene su justificación como hemos dicho en posibles situaciones de urgencia; la Decisión Marco establece esta posibilidad alternativa de manera que la autoridad de ejecución ha de autorizar obligatoriamente una de las dos posibilidades. Por consiguiente, esta habilitación para el desplazamiento de la autoridad de emisión no se deriva de una solicitud tramitada a través de una comisión rogatoria ordinaria, sino de la previsión normativa del trámite de la OEDE: el fundamento es diferente. Por ello la mención que se hace en el precepto analizado de que se puede cursar una petición de auxilio judicial convencional al amparo del Convenio 2000 para la realización de una videoconferencia es innecesaria y por consiguiente técnicamente incorrecta, pues se están mezclando y confundiendo instrumentos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

y mecanismos diferentes, dado que la videoconferencia no es una alternativa a este trámite de desplazamiento previsto en la normativa reguladora de la OEDE. La vía de la comisión rogatoria para videoconferencia o para declaración de imputado con desplazamiento de autoridad de emisión evidentemente siempre está abierta en cualquier tipo de procedimiento penal y por consiguiente el inciso final nada añade y aporta confusión respecto de la base jurídica sobre la que se puede solicitar el desplazamiento de la autoridad de emisión.

En el art. 57 establece que es competencia del Juzgado o Tribunal de emisión español comprometerse a otorgar la garantía o exigencia de retorno del nacional o residente impuesta por parte de las autoridades de ejecución a las autoridades españolas para la entrega, solucionando así una cuestión que acarreaba no pocos problemas. El Juez o Tribunal oír a las partes personadas por tres días y dictará auto aceptando o no la condición. A esto ha de añadirse que si la orden proviniera del Fiscal, éste oír a las partes personadas por igual plazo y tras ello dictará decreto aceptando o no la condición.

En el párrafo segundo se propone la inclusión junto a “*auto*” de la palabra “*decreto*” en relación a la decisión del Fiscal de menores.

6.2.4.- Procedimiento cuando el reclamado es puesto a disposición de la autoridad judicial española de emisión.

En el párrafo primero del art. 58, relativo a los supuestos de entrega para ejercicio de acciones penales, se deberá incluir la mención a que en los casos en que la OEDE se hubiera emitido por el Fiscal en el marco del proceso penal de menores, aquél solicitará la convocatoria de comparecencia al Juez de Menores.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

6.2.5.- Comunicaciones de demoras.

El art. 59 establece, en relación a las OEDs emitidas por autoridades judiciales españolas, que *“el Secretario judicial comunicará al Ministerio de Justicia, en el plazo de tres días desde la puesta a disposición del detenido, los incumplimientos de plazos que fueran imputables al Estado de ejecución. El Ministerio de Justicia comunicará a Eurojust los supuestos de incumplimiento reiterado de los plazos en las ejecuciones de ordenes europeas de detención emitidas por España”*.

Si este precepto pretende ser la transposición en derecho español de la previsión de traslado obligatorio de información a Eurojust por parte de las autoridades españolas competentes conforme al art. 13 de la Decisión de Eurojust, varias puntualizaciones han de ser realizadas, a saber:

- Sin perjuicio de la posición inicialmente mantenida en relación al art. 9 -que regula la transmisión obligatoria a Eurojust en relación con los instrumentos de reconocimiento mutuo- sobre la procedencia o no de incluir en este instrumento normativo tal obligación, las demoras a que se refiere este artículo deberían ser llevadas a la parte general de la ley e incluirse dentro de la redacción del art. 9, el cual debería incluir entre los supuestos de comunicación a Eurojust no sólo los relativos al art. 13.6 de la Decisión de Eurojust (casos de que afectan al menos a tres estados miembros y concurren ciertos requisitos en la actividad delictiva), sino también los previstos en el art. 13.7.c de la Decisión de Eurojust (casos en que se han advertido dificultades o denegaciones reiteradas en la ejecución).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

- El referido art. 13.7.c establece la obligatoriedad de la transmisión de información en los supuestos de “*dificultades o denegaciones reiteradas*”, concepto que es sensiblemente diferente del incluido en este art. 58 del proyecto, pues los incumplimientos de plazos en la ejecución de la OEDE imputable al Estado de ejecución constituyen tan sólo uno de los supuestos que pudieren catalogarse como dificultades; quedan por tanto fuera de la obligación de informar conforme al proyecto otros supuestos de dificultades diferentes a incumplimiento de plazos (por ejemplo solicitudes de información adicional realizadas de forma reiterada que no se entiendan justificadas), así como los rechazos de entrega.
- El art. 59 prevé que el Secretario judicial notifique al Ministerio de Justicia todos los incumplimientos de plazos imputables al Estado de ejecución, siendo que cuando esos incumplimientos sean reiterados el Ministerio de Justicia activará el mecanismo de comunicación a Eurojust. En términos generales debemos señalar que la intermediación del Ministerio de Justicia para el traslado de información a Eurojust no sólo es innecesario, sino que si lo que subyace detrás es el cumplimiento de las obligaciones derivadas del art. 13 de la Decisión de Eurojust, ya el art. 9 determina que esa obligación le corresponde al Ministerio Fiscal y no sería razonable que para unos supuestos la competencia de notificación residiera en el Fiscal y en otros en el Ministerio de Justicia; tal sólo se justificaría la intervención en este proceso del Ministerio de Justicia si en su consideración de autoridad central fuera la única entidad en condiciones de analizar qué Estados miembros incumplen sistemáticamente los plazos a la vista del análisis cruzado de las comunicaciones recibidas de los distintos órganos jurisdiccionales (esta es la idea que entendemos subyace en la redacción del precepto que alude a notificaciones por parte del juzgado al Ministerio de Justicia de los incumplimientos de plazos y a notificaciones por parte del Ministerio de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Justicia a Eurojust de tales incumplimientos cuando son reiterados). A esta argumentación cabe señalar que esa función puede ser igualmente asumida por el Fiscal como destinatario de la obligación de transmitir la información correspondiente a Eurojust conforme al art. 9 (para lo cual se arbitrarían los mecanismos de coordinación interna correspondientes y sin perjuicio de lo que ya dispone la Instrucción 3/2011, *sobre el nuevo régimen de intercambio de información derivado de la Decisión del Consejo de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2008 por la que se refuerza Eurojust*) y que existen supuestos de incumplimientos reiterados de plazos que pueden identificarse en un mismo órgano jurisdiccional (por ejemplo, múltiples OEDEs emitidas en un único procedimiento o en diversos procedimientos todas afectadas por los mismos problemas de incumplimientos de plazos en relación al mismo Estado miembro), que justifican la comunicación a Eurojust.

Por otra parte conviene destacar que esta obligación de comunicar a Eurojust es independiente de las facultades de notificar al Consejo que al Estado afectado por demoras reiteradas en la ejecución de OEDEs le otorga el art. 17.7, *in fine*, de la Decisión Marco. Se trata de dos conceptos diferentes: la notificación a Eurojust es obligatoria en los supuestos establecidos en el art. 13 y tiene como finalidad facilitar que aquél cumpla con las funciones que tiene atribuidas, mientras que la información al Consejo prevista en el art. 17.7, *in fine*, se limita a los supuestos de demoras repetidas y tiene como objetivo permitir que éste evalúe la aplicación de la Decisión Marco de la OEDE por parte de los Estados Miembros.

La redacción del art. 59 parece en puridad una confusión entre el art. 17.7, *in fine*, de la Decisión Marco y el art. 13 de la Decisión de Eurojust, dado que los supuestos objetivos de comunicación son los previstos en el primer precepto y el destinatario de las comunicaciones es el previsto en el segundo precepto. Si bien



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contrariamente a lo que se ha dicho respecto de las comunicaciones a Eurojust, que deben ser directas, sí cobra todo su sentido que las que se hagan al Consejo lo sean por mediación del Ministerio de Justicia.

Algunos de los instrumentos normativos objeto de transposición por este Anteproyecto de Ley habilitan mecanismos similares de notificación al Consejo, tales como el art. 20.7 de la Decisión Marco sobre sanciones pecuniarias (dificultades repetidas o falta de actuación), el art. 22.4 de la Decisión Marco sobre decomiso (dificultades repetidas o falta de actuación), el art. 29.4 de la Decisión Marco sobre cumplimiento de penas (repetidas dificultades), el art. 20.1 de la Decisión Marco sobre el exhorto europeo de prueba (problemas repetidos).

En cualquier caso, respecto de las OEDEs emitidas contra menores para el ejercicio de acciones penales, los posibles incumplimientos de plazos serían notificados por el Fiscal, lo que exige la oportuna modificación del texto.

6.3.- Ejecución de una orden europea de detención y entrega.

6.3.1.- Hechos que dan lugar a la entrega.

El control de la doble incriminación para la entrega respecto de los delitos no incluidos en el listado del art. 26.1 es de carácter potestativo en relación a la OEDE tal y como señala el art. 60.2 del Anteproyecto de Ley de conformidad con lo dispuesto en el art. 2.4 de la Decisión Marco; por este motivo, como se ha señalado el apartado correspondiente de este informe, la actual redacción del art. 26.4 que establece la obligatoriedad del control de la doble incriminación, debe modificarse en el sentido indicado en los comentarios hechos al referido precepto.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

6.3.2.- Trámites tras la detención del reclamado.

En cuanto al art. 61, en el párrafo segundo, el plazo de 72 horas para la puesta a disposición judicial debe complementarse con un plazo más corto de 48 horas para los menores.

Puesto a disposición judicial el reclamado, el Juez de Instrucción ha de celebrar una audiencia conforme al procedimiento previsto en el art. 62, audiencia destinada esencialmente a conocer si el detenido consiente o no la entrega y si renuncia o no al principio de especialidad así como para determinar si concurren causas de condicionamiento o denegación de la entrega. Igualmente se interroga en esta audiencia al reclamado si fuera español sobre si solicita ser devuelto a España para cumplir la pena que le pudiere ser impuesta; este trámite debe ser impuesto también respecto de los residentes en España dado que, al igual que se dirá a los comentarios al art. 66 (decisión de entrega condicionada), el condicionamiento o exigencia de garantía de retorno ha de extenderse también a los residentes en España de conformidad con el art. 5.3 de la Decisión Marco, aunque la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ya venía aplicando esta exigencia a residentes de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (caso Pupino).

Conforme a lo establecido en el art. 62.4 el trámite de audiencia sobre concurrencia de causas de denegación o condicionamiento sólo se otorga por el juez en los casos en que no se produzca el consentimiento, si bien el art. 63 prevé que si el reclamado *“hubiera consentido en ser entregada al Estado de emisión y el Ministerio Fiscal o el Juez de oficio no advirtiera causas de denegación o condicionamiento de la entrega, el Juez de Instrucción acordará mediante auto su entrega al Estado de emisión (...) en los demás supuestos, el*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

juez de instrucción elevará sus actuaciones al Juez Central de lo Penal”. Esto quiere decir que la apreciación de la concurrencia de causas de denegación o condicionamiento puede y debe realizarse también en los casos de consentimiento a la entrega, por ello la audiencia del Juez sobre la concurrencia de estos supuestos prevista en el art. 62.4 debe ser con independencia del consentimiento del reclamado, debiendo por consiguiente suprimirse en dicho precepto la frase “*si no hubiere consentido*”.

La mención que hace el art. 63.1, *in fine*, de que el auto se dictará por el Juzgado de Instrucción en el plazo de tres días debe suprimirse pues es reiterativo, ya que el art. 65 expresamente recoge los plazos aplicables en cada trámite.

La situación personal del reclamado está regulada en el art. 64 en términos análogos al art.17 de la Ley 3/2003, tras los arts. 62 y 63 relativos, respectivamente, a la audiencia ante el Juzgado de Instrucción y a la vista ante el Juzgado Central de lo Penal. En la medida en que en los arts. 62 y 63 se detalla cuál ha de ser el contenido de la diligencia de audiencia y vista, sería más adecuado desde el punto de vista de la sistemática que se incluyera en el art. 62 que el Juez de Instrucción oír al Ministerio Fiscal y a la defensa del detenido sobre la situación personal del mismo y decidirá sobre la misma y en el art. 63 que el Juez Central de lo Penal se pronunciará, oído el Ministerio Fiscal y la defensa del detenido, sobre la procedencia de mantener o modificar la situación personal acordada por el Juzgado de Instrucción en lugar de regular este trámite de forma separada como lo hace el art. 64, dado que dicho trámite forma parte de la propia diligencia de audiencia o vista. Igualmente se propone, respecto del trámite de recurso, incluir al final de este artículo un párrafo del tenor siguiente: “*el afectado o el Ministerio Fiscal podrán interponer recurso de apelación contra el auto que dicten tanto el Juez de Instrucción como el Juez Central de lo Penal*”.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional”. Con esta propuesta quedaría fuera el párrafo 4º del art. 64 y el párrafo 1º tendría que reformularse.

De mantenerse la regulación del art. 64 tal y como está, ha de modificarse el apartado primero, que en su inicio señala que *“en el curso de la audiencia a que se refieren los artículos anteriores”*, cuando debería decir *“en el curso de la audiencia y de la vista a que se refieren los artículos anteriores”*, dado que el término *“audiencia”* es utilizado por el art. 62 para la diligencia ante el Juzgado de Instrucción y el término *“vista”* es utilizado por el art. 63 para la diligencia ante el Juzgado Central de lo Penal, siendo que el art. 64 pretende referirse a las dos actuaciones procesales.

6.3.3.- Plazos para la decisión.

El enunciado del artículo 65 es incorrecto dado que los plazos que se regulan en el mismo lo son para la adopción de la resolución correspondiente no para su ejecución; la ejecución lo constituye la entrega y ésta está regulada por otros plazos diferentes en otro artículo. Por ello se propone cambiar el enunciado del artículo por *“plazos para la decisión”* o bien, siguiendo la redacción de la Decisión Marco, *“plazos para la decisión de ejecución”*.

La manera de reflejar los plazos para la adopción de la decisión han cambiado ostensiblemente respecto de los establecidos en la Ley 3/2003 que recogía fielmente la redacción dada en la Decisión Marco. Ésta establecía los plazos para la adopción de la *“decisión definitiva”*, que entendemos ha de interpretarse como *“decisión firme”* (la Decisión Marco, en su versión en castellano, se refiere a *“decisión definitiva”*, terminología que no equivale a firme pero -con las salvedades de las dificultades de establecer equivalencias en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

lenguaje jurídico en sistemas tan diferentes como el inglés y el español- si acudimos a la versión en lengua inglesa sí puede interpretarse en ese sentido de decisión firme, dado que en dicha versión se habla de “*final decisión*”, que equivale a firme o definitiva en el sentido de que pone fin al procedimiento).

El Anteproyecto de Ley refleja, en este sentido, en el art. 65.2, primer y segundo párrafos, unos plazos para la adopción de la “*decisión judicial*” sobre la entrega (en referencia a decisión inicial recurrible), plazos que son ostensiblemente más cortos que los reflejados en la Decisión Marco y que se justifican sobre la base de que esa decisión judicial inicial a la que se refiere, particularmente en los casos contenciosos, es susceptible de recurso.

De este modo los plazos previstos en el Anteproyecto de Ley están basados sobre la base de un plazo inicial para la adopción de la resolución judicial y en un máximo para la adopción de la decisión final, si bien con los errores técnicos que se señalan a continuación.

Distingamos los dos supuestos de entrega con y sin consentimiento del reclamado:

a). Entrega con consentimiento.

Conforme al Anteproyecto de Ley, en los casos en que medie consentimiento del reclamado, la “*decisión judicial*” ha de adoptarse en los 3 días siguientes a la celebración de la audiencia, siendo que la ley 3/2003 señalaba en el art. 19.2 un plazo de 10 días (en el mismo sentido que el art. 17.2 de la Decisión Marco). Este acortamiento del plazo tiene sin duda un efecto favorable para la rapidez en la tramitación y ejecución de la OEDE en estos supuestos en que existe consentimiento del reclamado, particularmente en este caso en que no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

se va a producir la vía de recurso. Ha de señalarse que el Anteproyecto de Ley, al igual que hace en otros lugares de su articulado, se aparta de la redacción de la Decisión Marco respecto de la formulación del momento del inicio del cómputo inicial, dado que señala que dicho momento es el de “*la celebración de la audiencia*”, siendo que la Decisión Marco señala como momento inicial el de “*la manifestación del consentimiento*”, lo que en la práctica carece en principio de trascendencia.

Nuevamente surge aquí la cuestión relativa a los supuestos de consentimiento cuando se advierten causas de denegación o condicionamiento de la entrega. Este precepto no señala nada al respecto; entendemos que esta situación debe asimilarse en cuanto a los plazos a los supuestos de falta de consentimiento, dado que es el Juzgado Central de lo Penal el que resulta competente, por lo que se propone que se modifique el párrafo segundo del art. 65.2 para dar inclusión a estos supuestos.

b). Entrega sin consentimiento.

Conforme a la Decisión Marco y a la Ley 3/2003 la *decisión definitiva* ha de adoptarse en el plazo de 60 días (arts. 17.3 y 19.2, respectivamente) desde la detención en los supuestos de falta de consentimiento. El Anteproyecto de Ley sigue un esquema diferente y establece un plazo inicial de 10 días para la adopción de la *decisión* (la inicial) desde la celebración de la vista y un plazo máximo de 60 días para la duración del *procedimiento*. Al respecto cabe señalar que teniendo en cuenta la experiencia acumulada a lo largo de los años desde la entrada en vigor de la ley 3/2003 parece razonable sostener que las situaciones de incumplimiento de este plazo inicial de 10 días para la adopción de la decisión desde la vista no serán excepcionales, dada la abundancia de situaciones que exigen información complementaria por parte de la autoridad de ejecución;



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

cuando el mecanismo de solicitud de información adicional se activa resulta altamente probable que el plazo de 10 días se vaya a incumplir, dadas las dificultades en la canalización y traducción de las comunicaciones que en ocasiones se han advertido. Por otra parte, alargar este plazo de 10 días pudiera llevar a que el trámite de recurso ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se viera peligrosamente acortado, por lo que la solución sería quizá acortar el plazo de 20 días que el art. 62.4, párrafo segundo, otorga para la celebración de la vista ante el Juzgado Central de lo Penal desde la audiencia ante el Juzgado de Instrucción, alargando de este modo el plazo para la adopción de la decisión desde la vista por parte del Juzgado Central de lo Penal, sin acortar el plazo para el trámite de apelación.

El art. 65.2, último párrafo, determina que *“en todo caso, el procedimiento tendrá una duración máxima de 60 días desde que se produjera la detención”*. Este plazo es contrario a lo establecido en la Decisión Marco, dado que aquél está exclusivamente previsto para los supuestos de falta de consentimiento, siendo que el plazo máximo para los casos de consentimiento es de 10 días (art. 17. 2 y 3 de la Decisión Marco), por lo que se deberá corregir la redacción del Anteproyecto para establecer la diferenciación en los plazos según el supuesto.

Por otra parte, el art. 65.2, último párrafo tercero, está redactado de forma confusa pues señala que *“el procedimiento tendrá una duración máxima de 60 días”*, cuando el plazo de 60 días conforme con la Decisión Marco lo es para la adopción de la decisión definitiva. No cabe entender que duración de procedimiento sea equivalente a adopción de decisión definitiva, pues en el término *“procedimiento”* ha de incluirse toda la fase ejecutiva de cumplimiento de lo acordado mediante la materialización de la entrega; por ello debería modificarse el texto en el sentido de señalar que dicho plazo lo es para la adopción de la resolución firme (incluido, por tanto, el trámite de recurso).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Finalmente el apartado 4 del art. 65, relativo a las comunicaciones a Eurojust de la imposibilidad de cumplir los plazos establecidos, incluye una modificación respecto de la redacción del art. 19.5 de la ley 3/2003, dado que se determina que los incumplimientos serán notificados por el Secretario judicial al Ministerio de Justicia y es éste el que realizará la comunicación a Eurojust. Esta mediación en la comunicación carece por completo de justificación, añade un eslabón intermedio en el proceso que nada aporta, por el contrario entorpece un contacto que debe ser rápido y eficaz dado que algunas de esas comunicaciones pueden ir y de hecho van acompañadas de solicitud de mediación a Eurojust para solventar incidencias en la adopción de la decisión correspondiente; por añadidura, esta mediación del Ministerio de Justicia no se encuentra entre sus funciones como autoridad central. Las comunicaciones en relación a OEDEs emitidas contra menores para ejercicio de acciones penales le corresponden en todo caso al Fiscal, por lo que se debe modificar el precepto en ese sentido también.

6.3.4.- Entrega condicionada.

El Anteproyecto de Ley califica de supuestos de entrega condicionada en el art. 66 lo que la Decisión Marco en el art. 5 y la Ley 3/2003 en el art. 11 entienden como garantías a prestar por el Estado de ejecución en supuestos determinados: los casos de OEDEs emitidas por infracciones penales castigadas con penas de prisión perpetua y de OEDEs emitidas contra ciudadanos españoles.

En cuanto a los supuestos de reclamación para ejercicio de acciones penales contra españoles, el condicionamiento o exigencia de garantía de retorno ha de extenderse también a los residentes en España de conformidad



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

con el art. 5.3 de la Decisión Marco, si bien la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional ya aplicaba esta exigencia a residentes de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (caso Pupino).

6.3.5.- Entrega suspendida y traslado temporal o toma de declaración de la persona reclamada.

Los arts. 67 y 68 son la otra cara de la moneda del art. 56 (ver apartado 5.2.3 de este informe), dado que contemplan las mismas situaciones que dicho artículo pero desde la perspectiva de la autoridad judicial española de ejecución.

Así el art. 67 cuyo título es *decisión de entrega suspendida* es la transposición del art. 24 de la Decisión Marco (*entrega suspendida o condicional*) y es de un tenor prácticamente idéntico al art. 21 de la Ley 3/2003 (*decisión de entrega suspendida o condicional*). Este precepto recoge la situación en que una vez acordada la entrega, ésta se vea suspendida para que la persona reclamada responda por las causas pendientes en el Estado de ejecución (España) así como la posibilidad de sustituir la suspensión por una entrega temporal. Así, el título del art. 67 resulta insuficiente pues efectivamente refleja una situación de suspensión de la entrega pero también la solución de la entrega temporal condicionada, por lo que los títulos que a los respectivos arts. 24 y 21 dan la Decisión Marco y la Ley 3/2003 son más adecuados. La explicación a la supresión de la mención a “*entrega condicional*” se deriva posiblemente del hecho de que el art. 66 anterior se titula “*decisión de entrega condicionada*” -en referencia a los tradicionales supuestos de ofrecimiento de garantías en casos de pena perpetua y solicitud de entrega de nacionales-, evitando así confusiones utilizando iguales términos para situaciones diferentes. Quizá la reformulación de los títulos de estos dos artículos pueda ser considerada.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

El art. 67 refleja la posibilidad alternativa de entrega temporal o toma de declaración con desplazamiento a España de la autoridad judicial de emisión cuando se ha emitido una OEDE y no hay decisión definitiva (el art. 18 de la Decisión Marco la denomina “*situación en espera de la decisión*”; el art. 16 de la Ley 3/2003 tiene análogo título que el art. 67 del Anteproyecto de Ley). La principal corrección que hay que hacer al precepto es la relativa a que la autoridad judicial de ejecución española está obligada a, alternativamente, autorizar el desplazamiento de la autoridad de emisión o el traslado temporal para práctica de diligencias penales o celebración de vista oral; en la formulación actual se señala que el Juzgado de Instrucción o el Juez de lo Penal “*podrá acordar*”, cuando debería decir “*acordará*”.

Finalmente, una corrección gramatical: en el inicio de la segunda oración del ordinal segundo debe incluirse “*La diligencia*” o “*La toma de declaración*”, para seguir “*deberá practicarse en presencia de la autoridad judicial española (...)*”.

Siguiendo la propuesta de modificación del art. 48, se propone la inclusión de la mención a “*medida de reforma*” en el art. 67.1.

6.3.6.- Concurrencia de solicitudes.

En relación a los supuestos de concurrencia de OEDEs en relación a la misma persona se debería incluir en el art. 69 un plazo concreto para evacuar el dictamen que sobre prioridad en la ejecución se puede solicitar de Eurojust. Igualmente, en los casos de concurrencia de OEDE con solicitud de extradición se debe añadir un plazo para que el Ministerio de Justicia eleve al Consejo de Ministros la propuesta sobre si debe darse preferencia a una u otra.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El párrafo tercero del apartado 1 del art. 69 adolece de defecto de redacción que habrá de corregirse oportunamente, dado que señala que *“recibido el dictamen de Eurojust se remitirá a las partes y les convocará a una vista en el plazo de diez días”*, siendo que la redacción correcta sería: *“recibido el dictamen de Eurojust, éste se remitirá a las partes a las que se convocará a una vista en el plazo de diez días”*. Este trámite de audiencia no está contemplado en el art. 23 de la Ley 3/03.

Este artículo ha de ser puesto en relación con el art. 49.2, *in fine*, que atribuye la competencia al Juzgado Central de lo Penal en los casos de concurrencia de OEDEs contra la misma persona. En ningún momento del articulado de la Ley se refleja cuáles han de ser los criterios que han de dirigir el proceso valorativo para otorgar a una u otra autoridad judicial la preferencia en la entrega en los supuestos en que existan varias OEDEs contra la misma persona procedentes de un mismo Estado miembro; evidentemente la Decisión Marco tan sólo refleja los criterios valorativos a tener en consideración en los supuestos en que la concurrencia sea de OEDEs procedentes de distintos Estados miembros, pues se ha generado un conflicto a nivel Europeo, pero no puede fijar los criterios cuando la concurrencia es entre OEDEs del mismo Estado miembro, pues la situación tan sólo afecta a distintas jurisdicciones dentro del mismo Estado miembro, pero ello no significa que la Ley española, no deba abordar esta cuestión de no poco interés. La Ley 3/2003 no recogía precepto alguno para la determinación de esta preferencia en casos de concurrencia de OEDEs de un mismo Estado y el Anteproyecto de Ley tampoco lo hace, por lo que se debería incluir un precepto en el que se abordara esta eventualidad sobre la base de los mismos criterios valorativos que establece el art. 16 de la Decisión Marco.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

**7.- COMENTARIOS AL TÍTULO III: ORDEN EUROPEA DE CUMPLIMIENTO
DE PENAS O MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

Siguiendo con el análisis de los diversos instrumentos transpuestos, procede centrarse ahora en el regulado en los arts. 71 y ss. del Anteproyecto, respecto del que una vez más hay que insistir en el problema de su denominación, por cuanto que no se trata, de conformidad con la DM 2008/909/JAI del Consejo de la que trae causa, de una orden en sentido estricto, sino más bien de la posibilidad de remisión de la sentencia de que se trate más un certificado.

Por otra parte, se echa en falta en el texto una referencia general y cruzada con el Título en el que se regula la Orden de Detención y Entrega, por cuanto se produce un claro solapamiento entre ambos instrumentos: la Orden de Detención puede emitirse para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta y es precisamente éste el supuesto que se contempla en este instrumento. La Decisión Marco 2008/909/JAI, consciente de ello en su art. 25 remite a una aplicación de lo dispuesto en esta Decisión Marco, “*mutatis mutandis y en la medida en que sea compatible con lo dispuesto en*” la Decisión Marco relativa a la Orden de Detención y Entrega. Pero este lenguaje es claramente indeterminado y dista mucho de lo que una buena técnica legislativa demanda en un ámbito como el penal.

Así pues, parece necesario introducir un precepto en el que se indique que este instrumento se utilizará en aquellos casos en los que el condenado, de conformidad con lo establecido en este Anteproyecto, se encuentre a disposición del órgano judicial encargado de ejecutar la pena privativa de libertad y con el objetivo de facilitar la reinserción, mientras que en los demás casos, resulta pertinente el uso de los mecanismos contemplados en relación con la Orden de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Detención y Entrega. En estos casos, habrá de contemplarse en la parte dispositiva del Título II, la posibilidad de hacer uso de mecanismos regulados en la Decisión Marco a que se refiere este título, siempre y cuando sean compatibles con la Decisión Marco de 2002.

Es preciso evitar ámbitos de indeterminación y, sobre todo, que pueda darse la impresión de que se deja al arbitrio de las autoridades judiciales emisoras la opción por uno u otro instrumento, dadas sus distintas características y finalidades específicas (poner a un sujeto a disposición del tribunal que debe ejecutar una pena, en el primer caso; y facilitar en lo posible su reinserción mediante la ejecución de la pena en un determinado Estado miembro, en el regulado en este título).

Por lo que se refiere a la determinación de las autoridades competentes, se estima correcta la atribución a los jueces de vigilancia penitenciaria de la condición de autoridad judicial de emisión. Asimismo, no se ve como incorrecta la división de la competencia pasiva entre el Juez Central de lo Penal, para el reconocimiento, y el Juez Central de Vigilancia, para la ejecución. Ello no obstante, y dado que, por un lado, el conjunto de las funciones que se atribuyen en este Título al Juez Central de lo Penal pueden perfectamente ser asumidas por el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria, y que, de otro, el Juez Central de lo Penal recibe una serie de funciones en relación con otros instrumentos de reconocimiento mutuo, quizás sería conveniente plantearse la centralización de todo lo referente a la ejecución en España en el Juez Central de Vigilancia, dada la evidente conexión con las finalidades de reinserción social que subyacen a lo largo de todo el instrumento.

Por otra parte, se debería prever la obligación del Juez de vigilancia penitenciaria de realizar, previa a la emisión de la orden europea de cumplimiento



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de penas o medidas privativas de libertad, la refundición de penas conforme a la legislación vigente cuando por parte de varios órganos sentenciadores se hayan impuesto varias penas privativa de libertad que estén pendientes de cumplimiento.

Al menos en aquellos supuestos en que las autoridades competentes estén claramente identificadas, se entiende pertinente citar las mismas. Así, por ejemplo, consideramos más adecuado modificar en el art. 73 la referencia a “*autoridad judicial española*” por la de “*el Juez de Vigilancia Penitenciaria*”, al entender que es mejor reservar las expresiones genéricas para instrumentos y situaciones en que puedan ser varias las autoridades judiciales competentes a que la norma se refiera (diversos órganos judiciales o el Ministerio Fiscal).

Dado que el art. 74.2 contempla este instrumento desde la perspectiva activa, no procede mantener la expresión “*pena de decomiso*”, habida cuenta de que la naturaleza de éste en nuestro Derecho es la de consecuencia accesorio de la pena y no propiamente la de pena.

No se entiende pertinente la referencia que se introduce en el apartado 4 del art. 76 a la audiencia de las partes personadas. La emisión del certificado se lleva a cabo por parte del Juzgado de Vigilancia y se basa fundamentalmente en consideraciones de reinserción, por lo que no es preciso hacer este vínculo con el proceso del que la condena trae causa: tiene perfecto sentido la participación del Ministerio Fiscal, pero no así la intervención de las partes personadas. Esto mismo puede decirse de los arts. 77.2 y 83.2. Tampoco tiene sentido, por las mismas razones, la referencia a las autoridades consulares.

Asimismo, en el art. 76.5, segundo párrafo, sería mejor eliminar la referencia al Convenio 2000 al mencionar la videoconferencia. Ésta es un



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

mecanismo con vida autónoma fuera de dicho Convenio por lo que no es necesario vincularla al mismo. Es más, puede llegar a ser incluso contraproducente por cuanto, como es sabido, no todos los Estados miembros tienen ratificado el Convenio 2000 pero, sin embargo, aplican sin problemas la videoconferencia con base en su legislación nacional u otros acuerdos internacionales. Se propone, pues, la supresión de la expresión *“en aplicación del Convenio de Asistencia Judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000”*.

El tercer párrafo del mentado apartado del artículo 76 contempla un supuesto muy específico, que deja sin embargo fuera otros igualmente relevantes. Así, entendemos que sería más adecuado indicar la no necesidad del consentimiento escrito cuando éste ya se hubiese hecho constar expresamente, sin necesidad de especificar que se hubiera producido *“en la causa”* puesto que esto incluiría también otros posibles momentos para consentir como, por ejemplo, cualquier comparecencia hecha ante el Juez de Vigilancia con ocasión de visitas penitenciarias.

El art 77.2 del anteproyecto hace referencia a la posibilidad de que las autoridades competentes lleguen a acuerdos de ejecución parcial, tal y como se deriva de la DM que se transpone. Ello no obstante deberá limitarse la posibilidad de alcanzar acuerdos de ejecución parcial de la condena que no se atengan a la legislación vigente en materia de ejecución de penas evitando así que un acuerdo en este sentido pudiera modificar los términos de la sentencia o soslayar la legislación en materia de aplicación de penas dispuesta en el Código penal y legislación penitenciaria.

El art 78 del anteproyecto, que especifica la documentación que ha de acompañar a la orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de libertad, es necesario que incluya no sólo cuando el condenado tiene derecho a disfrutar la libertad condicional sino también el resto de las condiciones no sólo el requisito temporal.

El art 83 del anteproyecto que regula la retirada de la orden europea de cumplimiento de penas o medidas de privativas de libertad por el Juez de Vigilancia Penitenciaria emisor, es repetitivo y carece de la claridad suficiente. Bastaría con la siguiente redacción:

“Antes del comienzo de la ejecución de la condena, el Juez de vigilancia penitenciaria, tras oír al Ministerio Fiscal y a las partes personadas por cinco días, podrá acordar la retirada del certificado mediante Auto motivado que deberá dictarse en el plazo de cinco días y en el que se solicitará al Estado de ejecución que no adopte medida alguna de ejecución.

La retirada del certificado puede llevarse a cabo en los siguientes casos:

- a) Si no ha habido consulta previa alguna y recibiera de la autoridad de ejecución un dictamen o parecer relativo a que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuirá al objetivo de facilitar la reinserción social ni la reintegración con éxito del condenado en la sociedad.*
- b) Si no se alcanza un acuerdo con la autoridad de ejecución en relación con la ejecución parcial de la condena.*
- c) Si, tras solicitar información a la autoridad de ejecución sobre las disposiciones aplicables en materia de libertad anticipada o condicional, no se alcanza un acuerdo sobre su aplicación.*

Una vez comenzada la ejecución de la condena en el Estado de ejecución, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá comunicar a la autoridad de ejecución



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

las disposiciones aplicables en derecho español en relación con la libertad anticipada o condicional del condenado, así como solicitarle información sobre las disposiciones aplicables en esta materia en virtud de la legislación del Estado de ejecución. El Juez de Vigilancia Penitenciaria, recibida esta información y tras oír a las partes personadas por cinco días, dictará auto motivado en el plazo de otros cinco. El auto consentirá las disposiciones que se dispone a aplicar la autoridad de ejecución o acordará retirar el certificado”.

En coherencia con lo que más abajo proponemos para el art. 99, sería deseable incluir en el art. 85 la previsión de que el Juez de Vigilancia recabe en estos casos información acerca de los periodos de cumplimiento acaecidos en el Estado de ejecución.

En el art. 86.2.c) parece más lógico citar al Juez Central de lo Penal y no en general a “*las autoridades competentes españolas*”. Asimismo y para enfatizar la importancia de la finalidad de reinserción perseguida por este instrumento, quizás sería procedente añadir la locución “*por entender que la ejecución en España contribuirá a alcanzar el objetivo de la reinserción social del condenado*”, que es la redacción que la propia Decisión Marco usa en su art. 4.2.

La redacción del art. 87.3 supone una contradicción con la regulación de la orden europea de cumplimiento de pena o medida privativa de libertad.

El texto del anteproyecto dice así: Art 87.3 “*Si el Juez Central de lo Penal es consultado en relación a la prestación del consentimiento por parte de España para que se trasmita la ejecución, éste remitirá la misma al Ministerio de Justicia, cuyo dictamen será trasladado a la autoridad de ejecución.*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En este caso, aunque no haya sido solicitado y tras seguir el procedimiento indicado en el apartado anterior, el Juez Central de lo Penal podrá emitir su parecer sobre la facilitación de la reinserción social del condenado en España, y lo transmitirá a la autoridad de ejecución si considera que la transmisión de la ejecución no contribuiría al objetivo de facilitar la reinserción social del condenado”.

El art. 73 del anteproyecto declara que son competentes para la emisión de una orden europea de cumplimiento de penas o medidas privativas de libertad los Jueces de Vigilancia Penitenciaria. En ningún momento, a lo largo del todo el capítulo II, que regula los requisitos de emisión de la citada orden, se contempla la intervención del Ministerio de Justicia en la adopción de esta decisión. A modo de ejemplo el art. 89 y 91 del anteproyecto no prevé dicha intervención que además se considera contraria al principio de confianza mutua en las resoluciones judiciales dictadas por los órganos judiciales de los Estados miembros que late en la doctrina del Reconocimiento Mutuo. Es cierto que la aplicación de la presente Orden Europea de cumplimiento de pena o medida privativa de libertad pudiera afectar a la administración penitenciaria. No obstante se trata de una cuestión ajena al ámbito regulado por la Decisión Marco que tendrá que atajarse por otras vías.

En efecto, el art. 4.1.c de la Decisión Marco habla de la posibilidad de que se produzca el traslado a cualquier Estado miembro, sin necesidad de que existan vínculos de nacionalidad o residencia, “*cuya autoridad competente consienta*”. La autoridad competente es, por definición, una autoridad judicial. Es decir, no se trata de que España pueda o no consentir en el traslado, sino que es una facultad que corresponde a la autoridad judicial y que no puede someterse al visto bueno o la autorización del Ministerio de Justicia, como hace el Anteproyecto. Lo que sí puede hacer España, con base en el art. 4.7 de la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Decisión Marco, es declarar de modo general (y no caso por caso) y respecto de aquellos Estados miembros que hagan una declaración similar, que *“no exigirá el consentimiento previo contemplado en el apartado 1 letra c) para la transmisión de la sentencia y el certificado”* siempre que concurran los requisitos que se indican a continuación en la Decisión Marco. La virtualidad de esta declaración es la exclusión de la necesidad de recabar el consentimiento de la autoridad judicial competente, la cual tendrá que atenerse al conjunto de principios y formalidades que tendría que seguir si estuviésemos ante condenados con nacionalidad o residencia en el Estado de ejecución, conforme a los arts. 4.1 a) y b).

Por tanto, carece de sentido que el Juez español sea *“consultado en relación con la prestación del consentimiento por parte de España para que se transmita la ejecución”*, como dice el Anteproyecto, porque no es España sino el Juez el competente para consentir. Los consentimientos de los Estados se articulan siempre en los instrumentos de reconocimiento mutuo a través de declaraciones oficiales que se han de comunicar a la Secretaría del Consejo de la Unión para su general conocimiento, y no tiene sentido que se llegue a ellos a través de consultas a autoridades judiciales independientes.

Se observa que el art. 90, al regular la posibilidad de denegación de la ejecución por parte del Juez Central de lo penal, no prevé la intervención del Ministerio Fiscal. El previo informe del Ministerio Fiscal debería igualmente reflejarse de modo expreso en el apartado primero del art. 90 en consonancia con la relevante función atribuida al Fiscal en el procedimiento para la emisión de la orden y que se prevé en todo el articulado (eje. Art. 89) que ha de mantenerse en el procedimiento para la ejecución en España de una condena a pena privativa de libertad o medida privativa de libertad, dado el importante papel que tiene el Ministerio Fiscal en el ámbito de la ejecución de las sentencias condenatorias y de vigilancia penitenciaria.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En el art. 89.3 se echa en falta la partícula reflexiva “se”, de modo que se lea “*de que se transmita a España*”.

Resulta más coherente con la terminología empleada en la Decisión Marco 2008/909/JAI hablar de retirada del certificado y no de la orden, como hace el art. 90.3, por cuanto este artículo regula la ejecución y esa retirada estaría en todo caso en manos de la autoridad de emisión, no de la autoridad de ejecución.

Asimismo, no se entiende necesario el último inciso del art. 94.2 toda vez que la autoridad española debería limitarse a informar de la regulación en España de la libertad condicional, cuando así se le solicite por la autoridad emisora, entendiendo que las palabras “*y recabar su acuerdo o instarle, en caso contrario, a retirar el certificado*” sobran por cuanto es una valoración que habrá de hacerse por la autoridad de emisión sin necesidad de ser instada por la española, quien se limitará a ejecutar la condena conforme a nuestra legislación, incluyendo las disposiciones correspondientes a la libertad condicional.

La redacción del art 98 del anteproyecto debería ser más clara, por cuanto en el caso de que la autoridad de emisión retire el certificado , que no la orden europea, este artículo prevé que el juez de vigilancia penitenciaria “*pondrá a su disposición al condenado*”, lo que puede interpretarse en el sentido de que el condenado en situación de privación de libertad sea entregado.

En el art. 99.1 debería añadirse al final del párrafo la frase, “*sin perjuicio de la correspondiente deducción de testimonio para investigar las responsabilidades penales en que hubiere podido incurrir el condenado*”, de modo que el quebrantamiento de condena o, en su caso, la evasión sean debidamente investigada por la jurisdicción española.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

8.- COMENTARIOS AL TITULO IV: ORDEN DE LIBERTAD VIGILADA

El primer problema con que nos encontramos al analizar la transposición de la DM 2008/947/JAI del Consejo es la propia denominación que recibe, fruto de la traducción del instrumento europeo, y en la que no pueden tenerse en cuenta las peculiaridades de los 29 sistemas jurídicos existentes en la Unión. La denominación de libertad vigilada, por más que corresponde al título del instrumento que se transpone, puede dar lugar a indeseables confusiones con la libertad vigilada que se regula en el art. 106 CP. Así pues, quizás sería más práctico modificar su denominación para hablar de instrumento (insistiendo de nuevo en la incorrección del término “orden”, como más arriba se ha expuesto con detalle) de Vigilancia de medidas alternativas a la privación de libertad, con lo que se incluyen los supuestos desarrollados por la Decisión Marco y el art. 100 del Anteproyecto, incluso las penas sustitutivas, que sí se mencionan en la Decisión Marco aunque no en el Anteproyecto.

En cuanto a las definiciones que se hacen en el art. 100, es de destacar la incorrección de hablar de “*resolución dictada por la autoridad judicial competentes*” por cuanto el art. 3.3. de la Decisión Marco contempla la posibilidad de que la autoridad emisora no sea judicial, por lo que este término “*judicial*” debería eliminarse del texto. Asimismo, los dos últimos párrafos deberían seguir el orden correlativo correspondiente (5 y 6).

Por más que el contenido del art. 101.2 corresponde con el espíritu y la letra de la Decisión Marco que se transpone, sería deseable que se redactase en función de las obligaciones que se asumen por España cuando se trate de una autoridad judicial de ejecución española, toda vez que la actual redacción puede dar la impresión de que se establecen obligaciones para la autoridad o el Estado



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de ejecución, cuando la autoridad de emisión sea española, lo que excede de la competencia de la ley de transposición española.

Es particularmente digna de elogio, desde la perspectiva de contribuir del más amplio modo posible a la construcción de un verdadero espacio judicial europeo dentro del área común de libertad, seguridad y justicia, la opción seguida en el art. 101.4 en cuanto a la aceptación de la vigilancia de cualesquiera medidas con el único límite de que no sean contrarias a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

Igualmente, nada hay que oponer a la elección y definición de las autoridades españolas competentes que se efectúa en el art. 102 del Anteproyecto.

Tal y como mencionamos en relación con el art. 73.2, en el art. 103.2 se vuelve a mencionar el decomiso como una pena, cuando es una consecuencia accesoria.

La expresión utilizada en el art. 104 *“la orden (...) se documentará en el certificado (...)”* es incorrecta por las razones más arriba apuntadas. La Decisión Marco se refiere a la transmisión de la sentencia o resolución de libertad acompañada por el certificado, por lo que el legislador español no puede transformar este sistema en una *“orden”* en el sentido con que se usa este término en los instrumentos de reconocimiento mutuo.

El artículo 105.2 contempla el procedimiento a seguir en casos de multiplicidad de sentencias, pero no soluciona el problema de cómo proceder cuando, iniciados los trámites por el último tribunal sentenciador, recaigan nuevas condenas ni si, en este caso, el que haya iniciado los trámites retiene la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

competencia o ha de remitir lo actuado a los sucesivos últimos sentenciadores. Los problemas prácticos pueden ser múltiples por lo que se sugiere la creación de un registro común para este tipo de órdenes e incluso a otras o incluso introducir una norma que impida el inicio de los trámites si constan causas pendientes en las que resulte posible la imposición de nuevas penas o medidas comprendidas dentro del ámbito de este instrumento. Esto sería además coherente con lo establecido en el art. 20.2 de la Decisión Marco y transpuesto en el art. 109.2 del Anteproyecto.

Existe un error de fondo en la redacción del art. 105.5.b), al referirse al consentimiento del Estado al que pretende desplazarse el condenado. El art. 5.2 de la Decisión Marco no habla de consentimiento del Estado sino de la autoridad competente, y por ello, esta expresión es la que debería usarse en el texto del Anteproyecto. Ciertamente, el Estado podrá, conforme al art. 5.3 de la Decisión Marco determinar *“en qué condiciones sus autoridades competentes pueden dar su consentimiento a la transmisión”* en los casos antes mencionados. Es más, el propio texto del Anteproyecto recoge la redacción correcta en su segundo párrafo del art. 105.5 y en el art. 106.2.b). Consecuentemente, es preciso sustituir la referencia al *“Estado elegido por el condenado”* por *“la autoridad competente del Estado elegido por el condenado”* en el último inciso del art. 105.5 y último párrafo del art. 105.6. Idéntica modificación ha de hacerse en el caso del art. 112 en el que este problema se plantea, ahora desde la perspectiva de la ejecución.

El Art. 110.1.b) 2º regula la reversión de la ejecución a España, y establece que la competencia para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y para la adopción de las decisiones ulteriores, revertirá a la autoridad judicial española competente en los casos en que la autoridad competente del Estado de ejecución devuelva la competencia a la autoridad española cuando se le haya solicitado así por existir en España nuevos procesos penales abiertos



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contra el interesado. La redacción propuesta en el anteproyecto es inexacta e induce a la confusión. Debería modificarse en el siguiente sentido: *“se le haya solicitado así por existir en España nuevos procesos penales abiertos contra el interesado”*

Por lo que se refiere a la ejecución en España de estas medidas, se entiende preferible que en el art. 111.2.b) se haga referencia, en coherencia con lo establecido en el art. 102.2, al Juez Central de lo Penal en lugar de usar el término genérico *“autoridad competente española”*.

En relación al art. 112 cuyo título es *“solicitud para que España preste su consentimiento a la transmisión de la orden europea de libertad vigilada”*, reproducimos el mismo comentario realizado a propósito del art. 105.5.b). Además, no aclara que el juego de este artículo se ciñe al último supuesto tratado en el precepto anterior. Por ello, carece de sentido la transmisión al Ministerio de Justicia. España puede establecer por ley criterios más o menos laxos para que la autoridad competente consienta, pero carece de sentido buscar la autorización del Ministerio caso por caso. El art. 113.e in fine habría de ser consecuentemente modificado para eliminar la referencia al *“consentimiento del Estado español”*.

Tal y como ya indicamos respecto del art. 99.1 en el marco de la Orden de ejecución de sentencias, igualmente debería añadirse al final del art. 119.1 la frase, *“sin perjuicio de la correspondiente deducción de testimonio para investigar las responsabilidades penales en que hubiere podido incurrir el condenado”*, de modo que el posible quebrantamiento pueda ser debidamente investigado por la jurisdicción española. Este eventual quebrantamiento, por cierto, habrá existido igualmente en los supuestos a los que se refiere el siguiente párrafo (cuando la autoridad de emisión mantenga las competencias para resoluciones ulteriores)



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

porque, con independencia de la retención de esta competencia, la medida habrá sido igualmente quebrantada bajo vigilancia y jurisdicción españolas y, por tanto, el ilícito penal se habrá producido.

9.- COMENTARIOS AL TITULO V: ORDEN EUROPEA DE LIBERTAD PROVISIONAL

En relación con este instrumento, contemplado por la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo, lo primero que llama la atención es la denominación con la que se transpone. Como ya se ha indicado en la parte general, la expresión "*libertad provisional*" no se utiliza en ningún momento por la Decisión Marco. Sería más adecuado hablar de medidas alternativas a una situación excepcional como es la prisión provisional. Por ello, entendemos que la denominación correcta ha de ser la de "instrumento de vigilancia de medidas alternativas a la prisión y no "orden" por los motivos ya expuestos con carácter general.

En el art. 120.2 del anteproyecto se define este instrumento con matiz que difiere levemente de la Decisión Marco. El énfasis en cuanto a su finalidad ha de ponerse en garantizar la debida acción de la justicia y, particularmente, la comparecencia en juicio de la persona de que se trate. La redacción actual sólo menciona esto último y la garantía de la acción de la justicia como una consecuencia; mientras que una adecuada lectura de la DM considera la comparecencia en juicio como un particular supuesto del más amplio fin de garantizar la acción de la Justicia.

Como ya se indicó respecto del anterior instrumento, es igualmente de alabar el enfoque inclusivo por que se opta en el Anteproyecto al admitir el art. 121.3 la vigilancia de cualquier medida incluso de las no previstas en la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

legislación española siempre que no resulte contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento.

El art .121 que contiene el ámbito de aplicación de la orden europea de libertad provisional, enumera las diversas medidas de vigilancia susceptibles de transmisión y ejecución en otro Estado miembro de la U.E. Entre ellas la letra h) del punto 1 se refiere a la “privación del derecho a conducir vehículos de motor”, mientras que la Decisión Marco 2009/829/JAI se refiere a la obligación de no conducir vehículos. Teniendo en cuenta que no se trata aquí de ejecutar penas de privación del derecho a conducir, sino obligaciones alternativas a la medida cautelar de prisión provisional, el texto del anteproyecto debería decir lo mismo que la norma europea, esto es, obligación de no conducir o prohibición de conducir, para no crear confusión y provocar que por esta vía se intente la ejecución de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. Lo mismo cabe decir del apartado k), referido a la “privación del derecho a la tenencia y porte de armas”.

Asimismo, nada hay que oponer a la definición que se hace de las autoridades competentes, tanto para la emisión como para el reconocimiento y ejecución, en tanto que se opta por aquellas encargadas de la instrucción de los procesos penales según el ámbito de competencia objetiva (juez de instrucción o de violencia sobre la mujer), en cuyo seno se habrá necesariamente de adoptar las medidas a que este instrumento se refiere.

El art. 123 se refiere a los requisitos para emitir una orden europea de libertad provisional. El apartado 2.b) de este precepto contempla como requisito para la emisión que el imputado solicite trasladarse a un Estado distinto del de su residencia y este Estado así lo consienta. Se propone sustituir “Estado” por “autoridad judicial del Estado” para reflejar con claridad que el consentimiento no



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

ha de prestarse por el Estado sino por la autoridad competente, conforme se deriva de la Decisión Marco. Similar comentario merece la mención al Estado de ejecución que se contiene en el art. 124.1 segundo párrafo cuando se refiere a las consultas e intercambio de información entre autoridades competentes.

En el último inciso del art. 124.2 menciona la necesidad de ponderar las informaciones recibidas desde el Estado de ejecución *“sobre el peligro que pueda representar la persona”* obligada al cumplimiento de la medida. Esta redacción reduce innecesariamente el ámbito del párrafo, al incidir exclusivamente en uno de los factores que han de ser tenidos en cuenta. Mucho más acorde con la letra y el espíritu de la Decisión Marco sería una redacción que sustituyese la anterior por *“desde la perspectiva de la conveniencia de la transmisión, a la luz de las finalidades recogidas en el art. 120.2”*, ampliando mucho más los parámetros a valorar por el juez español a la hora de decidir acerca de la transmisión.

El art. 125.1 debería incluir la posibilidad de que el Juez inicie de oficio los trámites para la emisión de la orden europea de libertad provisional con el fin de guardar coherencia con el punto 3 del mismo artículo, que regula el procedimiento a seguir cuando el juez de oficio aprecie que se dan los requisitos para su emisión o cuando reciba una solicitud.

En el art. 125.4 del Anteproyecto dice así: *“En el caso de que la tramitación se lleve a cabo con ocasión de la detención y puesta a disposición del detenido, el traslado al Ministerio Fiscal y a las partes personadas se hará de manera simultánea a la celebración de comparecencia en la forma prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se recabará el consentimiento del imputado para regresar a su Estado de residencia. El Juez o Tribunal deberá*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

resolver sobre la emisión en el plazo previsto para la regularización de la situación personal del detenido.

La prestación del consentimiento del imputado podrá hacerse de manera simultánea a cualquier otra audiencia o vista que se celebre durante el procedimiento.”

Es preciso sustituir la expresión “a su Estado de residencia” por la de “al Estado de ejecución” puesto que, como claramente se desprende del conjunto de la regulación que se transpone, no siempre el traslado se producirá al Estado en el que el condenado resida.

Se echa en falta en el texto del Anteproyecto un precepto que refleje lo previsto en el art. 11.3 de la Decisión Marco en el sentido de promover cuantas consultas sean precisas entre las autoridades competentes para evitar en lo posible cualquier interrupción de la supervisión de las medidas de vigilancia.

De nuevo y tal como hemos puesto de manifiesto en otras partes de este informe, hemos de llamar la atención de la errónea concepción de que se parte en la redacción del art. 133. Dicho precepto atribuye al Ministerio de Justicia español la recepción y contestación de las consultas sobre si España presta su consentimiento a que se transmita la ejecución de la libertad provisional, a pesar de que el imputado no tenga residencia legal y habitual en territorio español. La Decisión Marco habla de consentimiento de la autoridad competente, no del Estado (art. 9.2 de la Decisión Marco) y, el propio Anteproyecto en el art. 132.2.b) establece dos supuestos alternativos para el reconocimiento de la orden europea de libertad provisional: que el imputado tenga su residencia legal habitual en España o que las autoridades competentes españolas consientan el traslado de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

la orden de libertad provisional, sin referirse en ningún caso al Ministerio de Justicia. Idéntica crítica cabe hacer respecto a lo dispuesto en el art. 135.4 que también se refiere al consentimiento del Estado español en el caso de que el imputado no tenga su residencia legal habitual en España.

El art. 135.2 incurre en el error de dar traslado a *“las partes personadas si las hubiera”* cuando, al tratarse de la regulación de la ejecución de una orden extranjera, ni tan siquiera hay un procedimiento español en el que pueda haber partes personadas. Por tanto, debería hacerse mención sólo al Ministerio Fiscal y al imputado. Igualmente sucede en los arts.137.3, 137.5, 138.1, 139.2, 140.2 y 141.b).

El art 136 regula la decisión sobre el reconocimiento de la orden europea de libertad provisional cuando la medida de vigilancia sea incompatible con la legislación española y la posibilidad de adaptación a la nuestra legislación. Para la adopción de dicha decisión debería preverse, igual que está regulado para la adopción en circunstancias normales prevista en el art. 135.2, el traslado para informe al Ministerio Fiscal.

El art. 138.2, que regula las consecuencias del traslado de domicilio del imputado durante la ejecución en España de la orden europea de libertad provisional, prevé la posible inhibición al Juez del nuevo domicilio, incluso la devolución de la orden europea si consta que el imputado ha dejado de tener residencia en España o se halla en paradero desconocido. Aunque resulta obligado, no estaría de más contemplar la necesidad de introducir la obligatoria deducción de testimonio para depurar posibles responsabilidades penales ante el posible quebrantamiento de las medidas impuestas.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

10.- COMENTARIOS AL TITULO VI ORDEN EUROPEA DE PROTECCIÓN

El título VI del Anteproyecto está dedicado a la transposición de la Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección (en adelante, OEP).

10.1.- Disposiciones generales.

El art. 142 define el concepto de orden europea de detención (en adelante, OEP) y enumera las medidas que pueden acordarse en la misma. El precepto reproduce la lista contenida en el art. 5 de la Directiva. Ahora bien, la propia Directiva en el Considerando 19 dice que a escala nacional, pueden existir también otras medidas de protección, como la obligación de que la persona causante del peligro permanezca en un lugar determinado, si la legislación así lo prevé. Tales medidas pueden imponerse en el Estado de emisión y puede ser base de una orden europea de protección.

Precisamente por ello, y en atención a las medidas cautelares y penas privativas de derechos susceptibles de ser adoptadas o impuestas en España para la protección de víctimas (art. 48 y 57 del C.P. y 544 bis y ter de la LECr), es por lo que entendemos que ese catálogo debería ser ampliado en el siguiente sentido:

- Prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas en las que la persona protegida resida o frecuente, o de aproximarse a ellos a menos de la distancia que se establezca,
- Prohibición de residir en determinadas localidades, lugares o zonas definidas o permanecer en ellos,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

- Prohibición de mantener cualquier tipo de comunicación con la persona protegida ya sea telefónicamente, a través del correo electrónico o postal, vía fax o por cualquier otro medio,
- Prohibición de aproximarse a la persona protegida a una distancia menor a la indicada en la medida.

En el párrafo 5 de dicho precepto se señala que la normativa reguladora de la OEP en el Anteproyecto de Ley no afectará al Reglamento comunitario 44/2001, 2201/03 ni a los Convenios de la Haya de 1996 y 1980, resultando más correcto suprimir la mención a “comunitario” y que la alusión a “Reglamento” se formule en plural. Por otra parte se considera que técnicamente, al igual que se denominan por su nombre completo los Convenios de La Haya de 1996 y de 1980, los aludidos Reglamentos deberían reflejarse con su denominación completa, así: Reglamento 44/2001 del Consejo 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

El art. 143 identifica las autoridades competentes en España para emitir y recibir una OEP.

“1. Son autoridades de emisión de un orden europea de protección los Jueces o Tribunales que conozcan del procedimiento penal en el que se ha emitido la resolución adoptando la medida de protección.

2. Es autoridad competente para reconocer y ejecutar la orden europea de protección el Ministerio Fiscal cuando proceda su reconocimiento y ejecución,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

así como el Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de órdenes europeas de protección cuando el Ministerio fiscal entienda que debe denegarse el reconocimiento o la ejecución de la orden”.

Es precisamente en la identificación del Ministerio Fiscal como autoridad de ejecución donde mayores inconvenientes se advierten a la vista de las competencias que se le confieren, las cuales exceden de las atribuidas al Ministerio Público en nuestro ordenamiento jurídico e invaden las propias de Jueces y Tribunales a quienes está reservada la potestad jurisdiccional. Esa potestad comprende las funciones de juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117 de la C.E. y 2.1 de la L.O.P.J) y solamente los Jueces y Tribunales, en el orden jurisdiccional penal, tienen atribuido el conocimiento de las causas y juicios criminales (art.9.3 de la L.O.P.J.). Las medidas limitativas de derechos sólo se pueden acordar en el curso de tales procedimientos por la autoridad judicial, pues todos los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la libertad, vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos (art 7.1 de la L.O.P.J).

Tanto del artículo 124 de la Constitución, como en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal(artículos 3 y 5) y de la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal(art. 773) se infiere con absoluta claridad que el Fiscal no puede acordar medidas limitativas de derechos fundamentales, constituyendo tal limitación una de las funciones comprendidas dentro de la potestad jurisdiccional, y por lo tanto exclusivas de los jueces y tribunales, sin perjuicio de que pueda y deba instar el Fiscal su adopción cuando así lo estime oportuno. Asimismo, la competencia para la ejecución de tales medidas corresponde al órgano jurisdiccional que las ha acordado y nunca al Fiscal (art. 61 de la LEC., aplicable a los procedimientos penales de conformidad con el art. 4 del mismo texto legal).



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

En consecuencia, el Fiscal no tiene competencia, conforme al ordenamiento jurídico español, para reconocer y ejecutar la OEP emitida por una autoridad competente de otro Estado miembro, siendo que por consiguiente debe modificarse el art. 143.2 en el sentido de establecer que la competencia para reconocer y ejecutar dichas resoluciones es del Juez. En tal circunstancia habrán de establecerse los criterios de atribución de competencia en función de si se trata de una OEP emitida en ejecución de una Sentencia o bien de una OEP emitida en el curso de un procedimiento así como teniendo en consideración el lugar de residencia del afectado y de la víctima. En este sentido, el Anteproyecto de Ley otorga la competencia al Juez Central de lo Penal para la ejecución de la orden europea de libertad vigilada y al Juez de Instrucción o, en su caso, al Juez de Violencia contra la Mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia para la ejecución de la orden europea de libertad provisional. La referencia que el art. 143.2 hace a la asunción de la competencia por el Juez o Tribunal competente en España para emitir este tipo de órdenes europeas de protección cuando el Ministerio Fiscal entienda que debe denegarse el reconocimiento o la ejecución de la orden resulta ciertamente confusa.

En cualquier caso y dicho lo anterior, no se comprende por qué se otorga al Fiscal la competencia inicial cuando proceda el reconocimiento y ejecución y cuando aquél entienda que debe denegarse dicho reconocimiento y ejecución, esa decisión conlleve un cambio de competencia, trasladándola a los Jueces o Tribunales. Si se otorga la competencia al Ministerio Público debe hacerse de forma coherente y por tanto el Fiscal debe ser capaz de apreciar la existencia o no de motivos de no reconocimiento o ejecución. Cuando sea necesario se pueden prever los recursos correspondientes adelantando de alguna forma la nueva regulación procesal que el Gobierno anuncia.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

10.2.- Emisión de una orden europea de protección.

En relación al art. 146, relativo al procedimiento para la emisión de la OEP, el ordinal primero, dispone que *“el juez o Tribunal que conozca del procedimiento penal en el que se ha acordado la protección o la pena privativa de derechos que, impuesta al condenado, tiene la finalidad de proteger a la víctima del delito, emitirá la orden europea de protección de conformidad con el procedimiento establecido en este artículo”*. Dado que la OEP puede traer causa no sólo las penas impuestas en sentencia (art. 48 y 57 del C.P.), sino también de las medidas cautelares acordadas en el curso del procedimiento en aplicación de los arts. 544 bis o 544 ter de la LECrim., sería más adecuado, a fin de evitar equívocos, que se hiciera referencia a la medida cautelar de protección o pena privativa de derechos -como, por otra parte se hace en el párrafo 2º- y, junto a la referencia al condenado, se incluyera la del imputado. De igual manera, en el párrafo 4º debería hacerse mención junto al imputado, al condenado en todos sus apartados.

El art. 146 determina, en su ordinal segundo, que el Secretario judicial notificará a la víctima la medida cautelar de protección o la sentencia condenatoria que imponga la pena privativa de derechos y le informará de la posibilidad de solicitar una OEP en el caso de que decida trasladarse a otro Estado miembro. Pese a que esta mención a la información a facilitar a la víctima es literal transposición del art. 6.5 de la Directiva, lo cierto es que adolece de la referencia al otro supuesto objetivo en que procede la emisión de la OEP, cuando la víctima resida o permanezca ya en otro Estado miembro al tiempo de dictarse la resolución. De hecho, en el párrafo primero del art. 6 de la Directiva se indica que se podrá dictar la OEP cuando la persona protegida decida residir o resida ya en otro Estado miembro o permanezca o decida permanecer en otro Estado miembro. En consecuencia se propone la inclusión de la referencia a que la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

información se facilitará a la víctima en caso de que decida residir o resida o permanezca o decida permanecer (términos usados en la Directiva en otros lugares de su articulado) o, alternativamente, resida, permanezca o decida hacerlo (términos usados en el Anteproyecto en otros lugares de su articulado) en otro Estado miembro.

El art. 6.3 de la Directiva regula la posibilidad alternativa de que la víctima presente la solicitud ante la autoridad competente del Estado de emisión o ante la autoridad judicial competente del Estado de ejecución. El art. 146.3 prevé esta posibilidad cuando España es Estado de emisión y el art. 150 lo hace cuando España es Estado de ejecución. El art. 146.3 determina que la víctima pedirá a la autoridad competente del Estado de ejecución la remisión de la solicitud a la autoridad judicial española competente; esta referencia a que la víctima realizará una petición de remisión es contraria al referido art. 6.3 de la Directiva, que señala de forma clara que esa remisión se llevará a cabo de oficio por la autoridad de ejecución. En el caso del art. 150, de forma clara se establece que la autoridad de ejecución española procederá sin demora en el plazo de tres días a remitirlo a la autoridad competente del Estado de emisión sin hacer mención alguna a la solicitud de remisión de la víctima. Por este motivo el art. 146.3 debe ser modificado en el sentido expuesto, dado que, evidentemente, de la propia naturaleza de la medida a acordar se infiere necesariamente que la autoridad receptora de la solicitud debe actuar de oficio liberando a la víctima de una carga que no le corresponde como es pedir a una autoridad judicial que no es competente que remita una petición a otra autoridad judicial que sí resulta competente.

En cuanto al art. 148 relativo a las competencias del Juez o Tribunal español tras la transmisión de la OEP, este precepto dispone que la autoridad judicial que la haya emitido, tendrá la competencia exclusiva para adoptar, de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, algunas resoluciones que menciona a continuación y así, en concreto en la letra b) del párrafo 1º se refiere a la adopción de una medida privativa de libertad frente al imputado, *siempre que la medida de protección incumplida venga acordada en sentencia o en una resolución de libertad vigilada de las previstas en la Ley*. En atención al precepto “espejo” de la Directiva (art. 13.1, b), para que quede claro que la medida de prisión por incumplimiento se puede imponer tanto en supuestos de medida cautelar impuesta (orden europea de libertad provisional) como en supuestos de cumplimiento de pena (orden de libertad vigilada) se debe efectuar la corrección en la redacción que parece reflejar que tan sólo se puede imponer esta medida en supuestos de condena.

10.3.- Ejecución de una orden europea de protección.

Respecto al art. 150 del Anteproyecto de Ley, en la medida en que este precepto regula una de las dos formas de inicio del expediente de emisión (solicitud de la víctima ante la propia autoridad de ejecución), el precepto debería estar incardinado, en aras a una correcta sistemática, dentro del Capítulo II relativo a la emisión de la OEP, por venir precisamente referido a esta fase y no en el Capítulo III relativo a la ejecución de la OEP.

Teniendo en consideración las alegaciones que se han hecho respecto de la falta de competencia del Ministerio Fiscal para reconocer y ejecutar una OEP, los arts. 151, 152 y 155 deberían en consonancia con esta aseveración ser modificados para otorgar la competencia en el proceso de toma de decisión (art. 151), procedimiento en el caso de incumplimiento de la OEP (art. 152) y causas de finalización (art. 155) a los Jueces y Tribunales.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

En relación a esta cuestión, sin duda la más polémica del Título VI, merece la pena detenerse en el régimen de recursos previsto; así el art. 151.5 trata de integrar la decisión del Fiscal en forma de decreto con la necesidad de establecer el régimen de recursos previsto en el art. 25. Prevé este artículo que si durante la tramitación del expediente por el Ministerio Fiscal, el imputado manifestara su voluntad de presentar recurso, el expediente se remitirá sin ulterior trámite al Juez o Tribunal el cual dictará auto ratificando el reconocimiento o denegándolo.

El precepto no dice en qué momento el Fiscal ha de remitir lo actuado al Juez, si inmediatamente después de recibir el anuncio de la voluntad impugnativa, o una vez finalizado el expediente y emitido el decreto de reconocimiento. De la lectura conjunta del párrafo 1º y 2º se desprende que la remisión deberá ser una vez dictado el decreto, pues sólo en ese supuesto, el juez podrá ratificar el mismo o denegar el reconocimiento. Así, lo que recurriría el causante del peligro, sería el decreto del Fiscal. En relación a este extremo cabe señalar que no existe ni una sola norma en nuestro ordenamiento procesal en el que se regule la posibilidad de recurrir decisiones del Fiscal, siendo que la única posibilidad prevista es la posibilidad de reiterar una denuncia por parte del interesado ante un decreto de archivo del Fiscal, que no es recurrible.

Por consiguiente, se está introduciendo mediante este precepto una vía de “recurso al decreto del Fiscal”, recurso al que el causante del riesgo tendría derecho si durante la tramitación, es decir, antes de que se emita el decreto, anuncia la intención de impugnarlo. Por consiguiente el interesado ha de anunciar durante el trámite un recurso sobre un decreto cuyo contenido ni siquiera conoce. Por otra parte, si se entiende que el Juez o Tribunal actúa por vía de recurso, habrá de entenderse que, a su vez, el art. 25 sigue siendo



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

aplicable. Todo esto se señala sin perjuicio de las consideraciones hechas respecto del art. 143.

En el art. 151.3 se señala que en el reconocimiento de la OEP “*será notificada al imputado, a la autoridad emisora y a la víctima*”. Dicha notificación incluirá las medidas que serán ejecutadas en España y las posibles consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Sería conveniente en este apartado de la normativa que se incluyera la mención hecha en el art. 9.2 de la Directiva que señala que la medida acordada por el Estado de ejecución se corresponderá en la mayor medida posible a la medida de protección ordenada por el Estado de emisión en consonancia con el art. 9.1 que indica que la autoridad de ejecución adoptará una resolución en la que se dicte cualquiera de las medidas previstas en su Derecho nacional para un caso análogo.

El art. 155 regula los supuestos de finalización de las medidas adoptadas por parte del Estado de ejecución. Este precepto regula cuatro supuestos de suspensión (terminología usada por la Directiva)/ finalización (terminología usada por el Anteproyecto de Ley) de las medidas que se corresponden con los regulados en el art. 14 de la Directiva, a excepción del reflejado en el ordinal 1.c) del art. 155 que hace mención a que la medida se interrumpirá cuando la autoridad de emisión haya revocado o anulado la OEP; el precepto correlativo de la Directiva (art. 14.1.c) -integrado con el art. 13.7,b) y 13.1.a) y 4- es más amplio y señala que la medida se interrumpirá no sólo en los casos de revocación o anulación, sino también cuando se prorrogue, revise o modifique la OEP y la prohibición u obligación modificada no se ajuste a los tipos de prohibiciones u obligaciones previstos o no se haya completado la información adicional solicitada en el plazo previsto. Este supuesto, pese a ser efectivamente una causa de suspensión por modificación no ajustada a la Directiva o con



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

información deficiente, está contemplado en el Anteproyecto de Ley dentro de un artículo independiente, el 154, relativo a la modificación de la OEP.

De los cuatro supuestos de suspensión de la OEP previstos en la Directiva, tan sólo en uno de ellos prevé ésta que la autoridad de ejecución española invite a la autoridad de emisión para que facilite información sobre la eventual necesidad de mantener la protección otorgada en la OEP: el caso de expiración, con arreglo a Derecho nacional, del plazo máximo de vigencia de las medidas (art. 14.3); Por su parte el art. 155 del Anteproyecto de Ley regula esta posibilidad respecto de todos los casos de suspensión, pero lo hace de forma reiterativa pues, por una parte, en el apartado 1.b) -relativo a la solicitud de informe a la autoridad de emisión en los casos de expiración del plazo máximo de vigencia- establece que podrá recabarse información de la autoridad de emisión sobre la necesidad de mantener la protección en este caso específico y, por otro, en el ordinal tercero establece el mismo trámite para todos los casos, por lo que o bien la mención específica realizada en el apartado 1.b) se suprime o, si la intención es dar esta oportunidad a la autoridad de emisión en todos los supuestos, el inciso segundo del apartado 1.b) debe suprimirse. En cualquier caso, si es esta última la opción –dar audiencia a la autoridad de emisión en todo caso antes de la terminación de la medida- se genera la reflexión sobre la necesidad de que ese plazo se otorgue en los supuestos c) relativo a la revocación o anulación y d) constancia fehaciente del reconocimiento en España de una orden europea de libertad vigilada o de libertad provisional respecto de los mismos hechos; particularmente en los supuestos de revocación o anulación no parece que tenga demasiado sentido el trámite de audiencia a la autoridad de emisión. Precisamente la Directiva otorga esta posibilidad tan sólo en los casos de expiración del plazo máximo de la vigencia de la medida conforme a la legislación nacional porque es aquí donde efectivamente este trámite cobra todo su sentido, aunque en los casos previstos en el apartado a) –indicios de que la



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

víctima no reside en España o ha abandonado territorio español- sí resulta también adecuado el trámite. Finalmente se considera que, en atención al tipo de medidas que se contemplan en la OEP, el trámite de un mes resulta excesivamente extenso.

11.- COMENTARIOS AL TITULO VII. ORDEN EUROPEA DE ASEGURAMIENTO PREVENTIVO.

En este Titulo el Anteproyecto desarrolla la Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo de 22 de Julio de 2003 relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, modificando la vigente Ley 18/2006 de 5 de Junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales.

11. 1.- Capítulo I. Disposiciones generales

Reiterando lo ya expresado al inicio, la denominación de Orden Europea no se corresponde con lo regulado en la Decisión Marco y por tanto resulta inapropiada la definición que se contiene en el art. 156 referida a una única orden europea de aseguramiento preventivo.

La Decisión Marco trata de establecer un procedimiento por el que determinadas decisiones judiciales en las que se adoptan medidas cautelares dirigidas a garantizar la preservación de determinados bienes pueden remitirse a otro país de la Unión Europea para que sean reconocidas y ejecutadas en aplicación del principio de reconocimiento mutuo.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

La primera modificación del Anteproyecto en relación con la Ley 18/2006 es la propia denominación del instrumento, puesto que se prescinde del uso de los términos embargo y aseguramiento de pruebas utilizados en la citada Ley y se sustituyen por el de “*aseguramiento preventivo*”. En este concepto se pretende integrar los dos tipos de decisiones judiciales a las que se refiere la Decisión Marco y que son medidas cautelares que “*inmovilizan bienes*” con una doble finalidad. Unas intervienen cautelarmente objetos para que puedan ser utilizados como pruebas y otras tratan de evitar la desaparición de bienes u objetos destinados a ser decomisados.

En su momento la aprobación de la Ley 18/2006 ya dio lugar a comentarios en relación con el uso en este instrumento del término “*embargo*” con un sentido diferente al embargo al que se refiere el art. 597 de la LECrim, donde se regula como una alternativa a la ausencia de fianza bastante para poder responder a la responsabilidad civil a la que el imputado pudiera ser condenado. Sin embargo, tras estos años de vigencia el término está ya en la cultura jurídica del reconocimiento mutuo y debería mantenerse.

La Unión Europea no tiene un concepto armonizado de embargo -a diferencia de lo que ocurre con el decomiso- y las medidas a las que se refiere la Decisión Marco no están definidas como “*embargo*” en nuestra LECrim. El objeto de este instrumento, como decíamos, son medidas cautelares dirigidas a impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia, o enajenación de bienes que pudieran ser sometidos a decomiso o constituir elementos de prueba. Estas medidas en el ordenamiento procesal español son diligencias dirigidas a la recogida, conservación, depósito, intervención o incautación de efectos judiciales a los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia en diversos preceptos y fundamentalmente en el Título V del Libro II, cuando se abordan las actuaciones de instrucción bajo la rúbrica “*De la*



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

comprobación del delito y averiguación del delincuente” y paralelamente en las medidas especiales para estas diligencias en los supuestos del procedimiento abreviado.

Por ello, la relación entre estas diligencias y el concepto manejado por la Decisión Marco y la diferencia con el concepto de embargo en el proceso penal español llevaron también al Consejo de Estado, en su informe al anteproyecto (Nº 1568/2005 aprobado el 27 de Octubre de 2005) que dio lugar a la modificación de la Ley 18/2006, a sugerir la modificación del título y sustituir en el texto el termino embargo por el de *“intervención de efectos judiciales”*. Pese a todas estas consideraciones y estando incluso conformes con que inicialmente el término *“intervención de efectos”* igual que el de *“aseguramiento preventivo”* pudiera adecuarse mejor a la idea y al fondo de la regulación que se contiene en la Decisión Marco, y permiten contener en una sola expresión las dos medidas cautelares contenidas en el ámbito de aplicación de este instrumento (como hacen las expresiones inglesa o francesa “freezing orders” o “gel de biens”), lo cierto es que parece preferible mantener la denominación de la Ley 18/2006.

Como se decía en los comentarios a la parte general, el certificado -que acompaña a la Decisión Marco- utiliza las dos expresiones: embargo y aseguramiento de pruebas. Cambiar la denominación en la ley y no en el certificado provocaría más confusión que efectos positivos pudiera tener el uso de esta denominación común.

Entrando en el articulado, el primer comentario se refiere al apartado 3 del art. 156 que permite a la autoridad emisora optar entre utilizar el reconocimiento mutuo o bien utilizar la vía de la asistencia judicial convencional cuando requiere ejecutar en un país de la UE una de estas medidas. No se establece preferencia ni prioridad alguna, lo que podría dejar en vía muerta el uso de estos instrumentos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

Sería positivo establecer al menos una prioridad por el uso de este instrumento, indicando que las autoridades españolas deberán utilizar preferentemente la presente orden cuando se trate de ejecutar una de las medidas cautelares incluidas en su ámbito de aplicación, salvo que la medida a ejecutar vaya unida a la práctica de otras diligencias o de medidas que no puedan ser ejecutadas por la vía del reconocimiento mutuo, o haya alguna otra razón que justifique motivadamente el uso de la vía convencional.

En relación con las autoridades competentes, el Anteproyecto mantiene la competencia del Fiscal, junto a los jueces y tribunales, (art. 158) tanto para emitir órdenes de aseguramiento preventivo de pruebas en el ámbito de sus diligencias de investigación, como para ejecutar aquellas órdenes de aseguramiento preventivo de pruebas que puedan ser adoptadas dentro de los límites de sus poderes de actuación procesal. Parece correcto el planteamiento de acuerdo con la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal si bien podría plantearse una legitimación más amplia del Fiscal, adelantando alguna solución en coherencia con los borradores sobre el nuevo código procesal penal y teniendo en cuenta que no hay limitación constitucional alguna a la adopción por el Fiscal de medidas cautelares reales.

En la determinación de la competencia debemos destacar como muy positiva la previsión del Anteproyecto de concentración en un solo órgano de la competencia para la ejecución de las órdenes que afecten a bienes ubicados en distintos partidos en uno solo de ellos: aquél que lo reciba en primer lugar. Uno de los problemas detectados en la aplicación de la vigente Ley 18/2006 es precisamente la dispersión de competencias para la ejecución de una sola orden cuando los bienes se encuentran diseminados en el territorio nacional, algo que hace muy difícil y retrasa enormemente la respuesta adecuada y en tiempo a las solicitudes de reconocimiento mutuo. Parece especialmente apropiado esta



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

concentración si se tiene en cuenta que en la mayoría de las ocasiones estas órdenes afectan a cuentas corrientes o productos financieros, cuyo aseguramiento o embargo se realiza sin dificultad con una sola decisión judicial dirigida a los diferentes bancos en los que existan o estén depositadas estas cuentas, independientemente del lugar donde se encuentren las sucursales en las que las distintas cuentas están abiertas.

11. 2.- Capítulo II. Emisión y transmisión de una orden europea de aseguramiento preventivo.

Los presupuestos para que las autoridades españolas competentes remitan la solicitud de la ejecución de una de estas medidas cautelares a uno de los países de la Unión Europea aparecen correctamente definidas en el art. 159. Sin embargo, insistiendo en que no se trata de una orden, nos parece preferible mantener la actual regulación de los arts. 5 y 6 de la Ley 18/2006.

El Anteproyecto tiene la virtud de incorporar en el art. 161.2 una comprobación previa de la ubicación del bien, evitando emisiones fallidas. Sería conveniente que cuando el art. 161.2 se refiere a solicitar la información a través de organismos que puedan facilitar datos se pudiera mencionar específicamente a las Oficinas de Recuperación de activos (ORAS o AROS) creadas por la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, *sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*, la cual pretende entre otras cosas favorecer la localización de los bienes y productos de los delictivos en los diferentes Estados.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El apartado 3 del art.163 indica a la autoridad de emisión española que, junto a la decisión de “*aseguramiento de los bienes*”, debe remitir a la autoridad de ejecución la solicitud de transferencia de los bienes, la solicitud de decomiso o bien una solicitud para que el bien permanezca en el Estado de ejecución en espera de que se curse una de las dos solicitudes indicándose el plazo estimado para la presentación de las mismas. Convendría aclarar que, en un primer momento, la autoridad emisora solo debe indicar en el certificado la finalidad pretendida por la medida cautelar y es ahí donde debe hacer constar si pretende que los bienes incautados se remitan para ser utilizados como prueba, o se decomisen, o bien indicar que una de estas solicitudes se enviará en el momento oportuno solicitándose que entretanto se mantengan incautados en el país de ejecución. Además de esa indicación en el certificado, normalmente en el momento oportuno deberá remitir la decisión definitiva sobre el destino de los bienes. Lo ordinario es que esa decisión se tome posteriormente y es precisamente cuando no se ha adoptado aún la medida definitiva de decomiso cuando se envía previamente la del embargo o aseguramiento. Convendría precisar mejor ambas cuestiones para evitar que la actual redacción se interprete como una necesidad ineludible de remitir esa solicitud de transferencia o de decomiso en el mismo momento y junto a la decisión de ejecución del embargo o del aseguramiento de pruebas.

11.3.- Capítulo III. Ejecución de una orden europea de aseguramiento preventivo

En relación con la posición pasiva de las autoridades españolas, como receptoras de una solicitud de ejecución de una medida cautelar de aseguramiento, el art. 166 prevé un informe previo del Fiscal que debe



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

extenderse, además de a lo indicado en el artículo sobre medidas a adoptar y plazo, a la existencia o no de motivos de denegación.

El art. 167 contiene una referencia a las medidas concretas que cabe adoptar y que se corresponden con las medidas previstas en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Junto a ellas y precisamente por ser la medida más común, debería hacerse referencia al bloqueo de cuentas bancarias, depósitos valores, títulos, acciones, deuda pública, contenido de cajas de seguridad, bienes pignorados u otros activos financieros.

El bloqueo de cuentas pretende ordinariamente el mantenimiento del saldo asegurando su conservación para posterior decomiso, por lo que sería conveniente que se hiciera una referencia a que, en caso de que así se indique por la autoridad de emisión, el bloqueo de las cuentas afectará solo a las extracciones y no a los ingresos, ya que en muchos casos tanto a efectos de investigación como de decomiso es conveniente seguir manteniendo abierta la cuenta a los posibles ingresos que puedan llegar a dicha cuenta.

Teniendo en cuenta que gran parte de las medidas cautelares que se adopten en ejecución de las decisiones remitidas por las autoridades extranjeras van dirigidas a asegurar bienes inmuebles, convendría que el texto hiciera referencias más concretas a la Ley Hipotecaria, asegurando que las autoridades la tengan siempre presente especialmente en relación con las disposiciones del art. 167 del Anteproyecto cuando en el apartado cuarto se refiere a los plazos para la medida. Sería muy oportuno recordar aquí que los plazos de anotación preventiva del art. 86 de la Ley Hipotecaria prevé la caducidad a los cuatro años, lo que exigiría que cuando se acerque el fin de este periodo mientras se mantiene la medida cautelar, proceda consultar a la autoridad de emisión a los efectos de poder solicitar la prórroga.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

El art. 168 admite que la autoridad española de ejecución imponga, previa consulta a la autoridad de emisión, condiciones a la conservación de los bienes asegurados, incluyendo la destrucción o la realización anticipada. Debería concretarse que la realización anticipada solo procede en casos de efectos de lícito comercio y siempre que no se hayan asegurado a efectos probatorios, ya que en este caso lo razonable es que la autoridad emisora necesite la conservación estricta del bien en concreto. Respecto a la destrucción, debería asegurarse el cumplimiento de aquellas cautelas solicitadas por la autoridad de ejecución, en el entendimiento de que en muchos casos lo incautado pueden ser estupefacientes respecto de los que la autoridad emisora podría requerir muestras o conservación parcial en condiciones diferentes a las reguladas en nuestro ordenamiento.

12.- COMENTARIOS AL TÍTULO VIII: ORDEN EUROPEA DE DECOMISO

12.1.- Capítulo I. Disposiciones generales.

El título VIII del Anteproyecto se focaliza en el reconocimiento mutuo de las decisiones de decomiso. Nuevamente el comentario de partida es para rechazar el uso de “Orden Europea de Decomiso” y optar por una definición del objeto o del ámbito de reconocimiento mutuo como hace el art. 1 de la vigente Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso.

El comiso es una medida cuya definición y regulación ha sido objeto de la actuación de la Unión Europea en la línea de trabajo dirigida a la aproximación de legislaciones materiales. La regulación armonizada del decomiso se plasma esencialmente en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

de 2005 *relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito*. Sin embargo, hay que tener en cuenta que en los momentos en que se redacta este informe se está negociando una nueva Directiva que aborda nuevamente esta definición y que, dado el grado de acuerdo sobre la misma podría ser ya tenida en cuenta a la hora de la redacción de este Anteproyecto, especialmente porque muchas de las definiciones contenidas en la misma han sido acogidas en el Proyecto de reforma del Código Penal -anticipándose a la regulación europea- que actualmente tramita el Parlamento y cuyas definiciones deben ser razonablemente el punto de partida.

En este sentido cuando el Anteproyecto en el art. 171.2 enumera los presupuestos que dan lugar a la adopción del decomiso, no parece una buena técnica legislativa la remisión que se hace en el apartado c) a la definición de las facultades de decomiso ampliado conforme a la concreta definición de la Decisión Marco de 2005. Es cierto que es lo que hace la Decisión Marco, pero el legislador español debería facilitar la labor de los Tribunales y definir concretamente las facultades de decomiso ampliado que entran dentro del ámbito de reconocimiento mutuo.

11. 2 Capítulo II. Emisión y transmisión de una orden europea de decomiso.

El art. 173.2 establece cuáles son los requisitos para la emisión por la autoridad española de una decisión de decomiso para que sea ejecutada en otro país de la Unión Europea. El primer requisito se refiere a que en un proceso penal se haya dictado una sentencia acordando el decomiso frente al condenado o frente a otra persona en virtud de la potestad de decomiso ampliado. Pues bien, la definición de esta condición resulta demasiado estrecha en relación con las posibilidades de decomiso que prevé el artículo 127 del Código Penal vigente.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Efectivamente el apartado 4 del art. 127 del Código Penal prevé que *“El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita”*. De ello resulta la posibilidad de que se acuerden decomisos mediante autos que quedarían fuera de la definición que establece el art. 173.2 a) del Anteproyecto. Sería necesario sustituir la expresión “sentencia”, en este caso sí, por la de resolución judicial. Es decir, el presupuesto para la emisión es que se haya dictado en un procedimiento penal resolución judicial acordando el decomiso de bienes conforme a nuestra legislación. Una redacción más abierta permitiría además integrar como decomisos susceptibles de reconocimiento mutuo los nuevos supuestos de decomiso que se incluyen en la nueva regulación del art. 127 ter del Proyecto de Ley de modificación del Código Penal en tramitación ante las Cortes.

En relación con las diligencias preliminares para la localización de posibles bienes reiteramos lo ya expuesto en relación con el embargo y la necesidad de mencionar a las Oficinas de Recuperación de Activos previstas en la Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, *sobre cooperación entre los organismos de recuperación de activos de los Estados miembros en el ámbito del seguimiento y la identificación de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito*.

El art. 178 se refiere a la posibilidad de transformación del decomiso cuando por alguna razón deviene imposible la confiscación del bien concreto de que se trate. El Anteproyecto convierte en obligatoria la transformación en pago de una cantidad de dinero cuando el apartado segundo del art. 7 de la Decisión Marco lo prevé como potestativo y en relación con las disposiciones nacionales. La regulación de esta cuestión en el artículo 127.3 del vigente Código Penal



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

tampoco impone esta conversión, por lo que entendemos que sería más razonable mantener la posibilidad de hacer la conversión pero hacerlo de forma potestativa.

11.3.- Capítulo III. Ejecución de una orden europea de decomiso.

La primera de las consideraciones que merece esta cuestión está relacionada con la falta de previsión en la legislación hipotecaria española del decomiso como medida objeto de inscripción o anotación en el Registro, lo que ha generado problemas prácticos importantes durante estos años en la ejecución de decomisos recibidos para ejecutar conforme a la vigente ley 4/2010.

El Anteproyecto establece en el art.180.3 que la ejecución de la orden de decomiso se registrará conforme a la legislación española, manteniendo lo dispuesto en el art. 12.1 que establece el “*forum loci*” como única norma regidora de la ejecución. Ello plantea como decimos problemas prácticos derivados de lagunas inexplicables en la normativa registral e hipotecaria.

Sería importante que la Ley contuviera alguna previsión que tenga en consideración las limitaciones de nuestra legislación hipotecaria, ya que la ejecución de estos decomisos incide de manera irremediable y relevante en el derecho de propiedad inmobiliaria como consecuencia de la privación del mismo. En nuestro ordenamiento hipotecario no se contempla expresamente la figura del decomiso.

Efectivamente el decomiso es, conforme a la definición contenida en el art. 3 de la Ley 4/2010, actualmente vigente, una sanción o medida firme impuesta por un órgano jurisdiccional que tiene como resultado la privación definitiva de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

bienes. En tanto que el decomiso no sea levantado por alguno de los medios legales que puedan dar a ello, se produce la privación definitiva de ese bien. Pero cuando afecta a bienes inmuebles y en tanto no se realiza el bien y, por, tanto mientras no se produce la venta o adjudicación, lo único que cabe registralmente es la adopción de medidas cautelares.

Parece imprescindible ensamblar la regulación del decomiso con la tipología de asientos que contempla nuestra legislación hipotecaria: inscripciones, anotaciones preventivas, notas marginales y cancelaciones. La laguna legal actual, obliga a acudir como sucedáneo de inscripción definitiva a la solución del asiento registral de la anotación preventiva para la práctica del reflejo registral del decomiso.

La regulación que realiza el Título VIII carece de referencia específica a los motivos de denegación del decomiso que se contienen en el art. 8 de la Decisión Marco y en el art. 19 de la Ley 4/2010. El Anteproyecto incluye los motivos de denegación en la parte general pero como ya se ha comentado anteriormente sería más correcto sistemáticamente y más claro para el operador jurídico la regulación de los motivos de no reconocimiento en este Título.

Parece especialmente necesaria la referencia a los motivos de denegación en este Título en los supuestos que el Anteproyecto incluye en el art. 43. 1 b) y que se consideran como causas de imposibilidad de llevarla a cabo. Realmente la concepción de esa causa genérica de imposibilidad de ejecución debería reducirse a los casos de *“imposibilidad material de ejecución”* por desaparición del objeto. Las causas de denegación que, referentes al decomiso se contienen en el art. 43. 1 b) no se refieren a ninguna imposibilidad material sino, en un caso, a la existencia de *“obstáculos legales”* en relación con posibles derechos de terceros de buena fe y, en otro, a la ilegalidad en el ordenamiento español de



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

algunas medidas de decomiso ampliado adoptadas conforme al derecho del país de emisión y no previstas en nuestro ordenamiento.

Es imprescindible que el Anteproyecto contenga una mejor regulación de los motivos de denegación en relación con las potestades de decomiso ampliado teniendo en cuenta que cada uno de los Estados miembros ha podido regular estas potestades de forma diferente en relación con las alternativas que ofrece la Decisión Marco 2005/2012.

Es importante decir que la Decisión Marco contiene un tratamiento diferenciado del decomiso ampliado según el mismo sea ejercicio de una de las facultades de decomiso recogidas en el art. 3 apartados 1 y 2 de la Decisión Marco 2005/2012, o bien sea un decomiso ampliado fruto de otras opciones de decomiso previstas en el ordenamiento nacional de alguno de los Estados miembros, más allá de las recogidas en esa Decisión Marco.

El tratamiento de los motivos de denegación de uno u otro son diferentes en la Decisión Marco. Así, para el primer caso se contiene una posibilidad de rechazo o ejecución parcial conforme a lo dispuesto en el art. 8.3 de la Decisión Marco. Sin embargo, en el segundo caso se permite una denegación completa y se contiene como un motivo más en el art. 8.2 g). La previsión del art. 43 b) no se hace ninguna diferencia entre uno y otro caso y convendría permitir la ejecución parcial en el caso previsto en el art. 8.3.

12.- COMENTARIOS AL TITULO IX: ORDEN EUROPEA DE MULTA

En relación con este instrumento, el Anteproyecto parte de la transposición ya hecha de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo relativa a la aplicación



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

del reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias , por Ley 1/2008 y LO 2/2008 por lo que los comentarios a hacer son menores, toda vez que se parte de una regulación ya existente y que en la práctica ha demostrado su eficacia, aun cuando su utilización no ha sido tan numerosa como podía haberse esperado.

Primeramente, hemos de reiterar nuestra opinión contraria a la denominación de Orden, por los motivos tantas veces referidos, pero además hemos de señalar la incorrección de denominarla “orden de multa” cuando es evidente que se refiere a conceptos distintos del de la multa, como se señala en la propia Decisión Marco y en los arts. 189 y 190 del Anteproyecto. Como ya se ha indicado en la parte general, existiendo una denominación más omnicomprendiva como la de “*sanciones pecuniarias*” que además ya había sido incorporada a nuestro ordenamiento por las antes mencionadas leyes, no se entiende el por qué de esta decisión del pre-legislador. Se sugiere pues la vuelta a la denominación anterior de sanciones pecuniarias.

Por otra parte, el at. 189 incurre en el error de hablar de “*autoridad judicial de un Estado de la Unión Europea*” para de inmediato contradecir esta afirmación en el párrafo siguiente y reconocer, como no puede ser de otro modo a la vista de la Decisión Marco, que algunas sanciones pecuniarias que habrán de ser ejecutadas en España pueden proceder de autoridades administrativas. Por cierto, se echa en falta una cierta coherencia interna puesto que la existencia de autoridades no judiciales emisoras se da igualmente en las que el Anteproyecto denomina órdenes europeas de protección, de libertad provisional y de libertad vigilada, sin que se haga en éstas una especificación de las posibles autoridades de emisión del tenor de la que se contiene en el at. 189.2.

La regulación del at. 191.2 se considera muy adecuada por cuanto mantiene la competencia inicial del órgano de ejecución español ante cambios



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

CONSEJO FISCAL

sobrevenidos de las circunstancias que hicieron nacer la misma. No obstante, se entiende que la misma solución debiera darse al supuesto contemplado en el at. 198.2 toda vez que las situaciones son similares y se facilita la eficacia en la ejecución evitando remisiones entre órganos judiciales españoles. Es de destacar que la competencia inicial habrá venido determinada por la existencia de datos o indicios que objetivamente pueden avalar la persistencia de la misma aun cuando la investigación patrimonial pueda arrojar datos más fidedignos en momentos posteriores. La remisión que se regula en este at. 198.2 debería reservarse sólo a supuestos en los que esta competencia inicial haya sido atribuida por error manifiesto.

En el at. 192.3, se sugiere que se añada tras la primera coma, la frase “*sin perjuicio de los datos que puedan obtenerse a través de otros medios de investigación patrimonial*”.

13.- COMENTARIOS AL TITULO X: ORDEN EUROPEA DE OBTENCION DE PRUEBA.

13.1.- Capítulo I. Disposiciones Generales.

El último Título de este Anteproyecto desarrolla en el ordenamiento español la *Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal*.

En primer lugar, conviene destacar que esta Decisión Marco es una de las que verdaderamente crea un título europeo único a través del cual todas las autoridades judiciales competentes solicitan el traslado de la prueba a las



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

autoridades judiciales competentes del Estado donde ésta se encuentra por lo que parece correcta en este caso la denominación de orden europea. Sin embargo, como ya se ha destacado al inicio y está redactándose en estos momentos la conocida Orden de Investigación Europea y por tanto este instrumento no será el único que desarrolle el principio de reconocimiento mutuo en relación con las pruebas, sería más adecuado mantener el término “*exhorto europeo*” que además es el que utiliza el certificado ya aprobado en la Decisión Marco.

Precisamente porque en este instrumento contamos con una verdadera orden europea, consideramos errónea la definición del art. 205 que se refiere al “*certificado*” en un caso en que no existe más que un modelo uniforme y un título unificado de Orden Europea.

Es importante aclarar de partida que el exhorto no alcanza a todo tipo de pruebas y que la Decisión Marco se plantea como una primera fase de la introducción del principio de reconocimiento mutuo en relación a la obtención de pruebas. En esta primera fase, el reconocimiento mutuo desarrollado en el exhorto se refiere sólo a las pruebas preexistentes.

El ámbito de aplicación del exhorto no resulta, sin embargo, claro en la redacción del Anteproyecto y la definición parece más restrictiva incluso que la prevista en la Decisión Marco.

Efectivamente, el art. 206 del Anteproyecto establece que el exhorto podrá comprender objetos, documentos o datos que ya obren en poder de la autoridad de ejecución. Esta definición es demasiado estrecha y no casa con lo dispuesto en el art. 4.1 de la Decisión Marco que no exige que esos datos, objetos o documentos estén a disposición de la autoridad de ejecución. Antes al contrario,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

se permiten actuaciones de obtención como registros e incautaciones lo que deja patente que los datos, objetos y documentos no siempre están en principio a disposición de la autoridad de ejecución. La definición, sin embargo, es correcta en el art. 209 cuando regula la emisión por una autoridad española de un exhorto

Lo que hace la Decisión Marco es dejar abierta la definición del objeto del exhorto y concretar después en el artículo 4.2 una definición en negativo describiendo los actos excluidos de su ámbito de aplicación, que se han plasmado en el art. 206.2 del Anteproyecto. Sin embargo el mismo artículo de la DM amplía el ámbito posteriormente al establecer que el exhorto también podrá emitirse para la obtención de los objetos mencionados en el apartado 2º cuando ya estuvieran en poder de la autoridad de ejecución. Ello se hace como una excepción de las pruebas específicamente excluidas.

En realidad lo que no entra dentro de la cobertura del exhorto son los actos de *“producción de prueba”*: interrogatorios, realización de periciales, obtención de datos de comunicaciones retenidos por las compañías, intervención de comunicaciones en tiempo real, etc., pero sí permite la intervención de objetos existentes en cualquier lugar –aunque no estén a disposición de la autoridad de ejecución- por eso se contempla la solicitud de entrega de documentos u objetos o la realización de registros domiciliarios, etc.

Es importante por tanto modificar la redacción del art. 206 y aclarar que se permite por la vía del exhorto obtener todo tipo de objetos, documentos y datos que no requieran actividad de creación, sino que sean datos y objetos ya creados. El considerando 7 de la Decisión Marco permite comprender mejor el objeto del exhorto, que admite la obtención de las pruebas en poder de un tercero, en el domicilio o local del sospechoso, documentos históricos de declaraciones etc. Por otro lado la actual redacción del art. 206 es reiterativa ya



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

que contiene la misma previsión en la definición del art. 206.1 que en el párrafo final del art. 206.2. La preexistencia y disposición de los bienes por parte de la autoridad de ejecución solo se exige como excepción a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del exhorto a los que se refiere el art. 206.2.

Afortunadamente el exhorto permite también transmitir por su vía las pruebas “*complementarias*” vinculadas a las anteriores a las que se refiere el número 5 del artículo 4 de la DM: “*No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el exhorto, si así lo indicara la autoridad de emisión, también comprenderá cualquier otro objeto, documento o dato que la autoridad de ejecución descubra al ejecutar el exhorto y que, sin mediar otras investigaciones complementarias, considere pertinente para los procedimientos a cuyos efectos haya sido emitido*”. Esta previsión se encuentra en el Art. 206.1 y sin embargo en cuanto es una previsión secundaria o complementaria parecería más claro si se incluyera en el Art. 206.2.

Lo mismo ocurre con la toma de declaraciones a las personas presentes durante la ejecución. Esta previsión se encuentra ubicada en el art. 211.4 del Anteproyecto, únicamente referida a la actividad activa de la autoridad española emisora del exhorto, sin embargo y en cuanto lo que se trata es de definir el ámbito general del exhorto, parece más oportuno que se integre en la parte general, a continuación de lo dispuesto en el art. 206.2.

El art. 208 contiene la definición de las autoridades competentes con una previsión especialmente novedosa en la atribución de la competencia para la ejecución de estos exhortos a los Fiscales y no, como se hace en la competencia para la emisión, a los Jueces y Tribunales y a los Fiscales. Esta nueva atribución al Ministerio Público parece seguir lo que ya es una tendencia comprobada en los últimos años en relación en la ampliación de competencias de los Fiscales en la ejecución de solicitudes de auxilio especialmente de países de la Unión Europea,



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

y también muestra cierta coherencia con los anunciados borradores de nuevas normas reguladoras del procedimiento penal. No existe obstáculo alguno para la asunción de estas nuevas competencias pero parece que si se decide dar este paso, debería darse de forma más decidida.

Efectivamente, el art. 208 reconoce la legitimación única del Fiscal siempre que los actos de ejecución no impliquen limitación de derechos fundamentales. A la vez, se obliga al Fiscal a transmitir la competencia al Juez de Instrucción cuando haya de tomar medidas restrictivas de estos derechos. En realidad, el reconocimiento de que un acto limitativo de derechos fundamentales requiere una autorización judicial no implica necesariamente cercenar la competencia de ejecución del exhorto al Ministerio Público. Bastaría con prever la necesidad de que el Fiscal obtenga esa autorización judicial para mantener el orden constitucional español, a la vez que las pruebas obtenidas a través de la diligencia que haya sido judicialmente autorizada pueden ser entregadas al Fiscal para completar la ejecución de lo solicitado, siendo éste el encargado de remitirlas a la autoridad de emisión.

No se comprende tampoco por qué el Fiscal no tiene competencia para la denegación de ejecución de un exhorto y la denegación signifique también un cambio de competencia, trasladándola nuevamente a los Jueces o Tribunales. Si se otorga la competencia al Ministerio Público debe hacerse de forma coherente y por tanto el Fiscal debe ser capaz de apreciar la existencia o no de motivos de no reconocimiento o ejecución. Cuando sea necesario se pueden prever los recursos correspondientes adelantando de alguna forma la nueva regulación procesal que el Gobierno anuncia. Hay que tener en cuenta que, dado lo limitado de este exhorto, en la mayoría de los casos no va a haber afectados que puedan presentar recursos y, por otro lado, en la mayoría de los casos las investigaciones extranjeras en esta fase inicial no están sometidas a



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

contradicción y son secretas por lo que no existen partes personadas con posibilidad de recurso.

13.2.- Ejecución de una orden europea de obtención de pruebas.

Aun reconociendo la gran dificultad que supone en algunos casos la traducción a expresiones propias del procedimiento español de los términos utilizados en la Decisión Marco, parece exigible un esfuerzo mayor al legislador en este sentido.

Muchos de los límites impuestos por la Decisión Marco para el reconocimiento y la ejecución del exhorto están vinculados a las diligencias que la Decisión Marco denomina “registro e incautación” y que se definen expresamente en el art. 2 apartado e). Concretamente se elimina cualquier tipo de verificación de la doble tipificación salvo cuando fuera necesario proceder a un “registro o incautación”. Sería necesario que el legislador español incorporara una definición de las diligencias a las que la Decisión Marco se refiere como “registro e incautación”.

La definición del apartado e) sobre registro e incautación no se corresponde con una concreta diligencia del ordenamiento procesal español y requiere por tanto una labor de explicación. La Decisión Marco entiende por registro o incautación “*cualesquiera medidas adoptadas en el marco de un proceso penal por las que se requiera a una persona física o jurídica por imperativo legal, la entrega o la participación en la entrega de objetos, documentos o datos, y cuyo incumplimiento pueda conllevar la ejecución sin el consentimiento de la persona o dar lugar a una sanción*”. Parece que en esta definición se encuadrarían en las actuaciones procesales comprendidas en el



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO CONSEJO FISCAL

Título VIII del Libro II de la actual LECrim que lleva por rúbrica *“De la entrada y registro en lugar cerrado, del de libros y papeles y de la detención y apertura de la correspondencia escrita y telegráfica”*. Convendría indicarlo así.

Muchas de estas medidas no afectan a derechos fundamentales, por ejemplo, la que entraría mejor en el concepto de incautación descrito en la Decisión Marco se encuentra el art. 575 de la LECrim y en tanto no suponga intromisión en la correspondencia, no supone restricción de derechos fundamentales. Por eso, entendemos que es incorrecta la mención que el art. 215.1 hace respecto a la intromisión en derechos fundamentales en relación con la incautación y la equiparación general entre *“registro e incautación”* y *“limitación de derechos fundamentales”*.

En relación con el art. 217 se reitera lo ya expresado sobre la incongruencia de otorgar la competencia al Fiscal solo para reconocer y ejecutar pero no para denegar la ejecución de un exhorto.

Lo mismo ocurre en relación con la previsión de posibles recursos en el art. 218.4 que no prevé la posibilidad de recurso sino la pérdida de competencia del Fiscal. Vuelve a parecer irrazonable e inconsistente promover la asunción de unas competencias por el Fiscal pero de una forma tan limitada. Por otro lado, la competencia para interponer el recurso se otorga al *“perjudicado”* sin que se concrete el termino. Nuevamente procede situarse en el ámbito de actuaciones de investigación practicadas en la mayoría de los casos por Fiscales o Policías extranjeros, en un entorno no contradictorio en el que la intervención del imputado suele ser en ese momento inexistente. La posibilidad de recurso vendrá de ordinario en el caso de que deba acordarse un registro y, en este caso y puesto que va a ser el Juez de Instrucción quien debe acordarlo, la LECrim ya prevé los recursos procedentes contra estos autos.



FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
CONSEJO FISCAL

Nuevamente cabría añadir que los motivos de no reconocimiento deberían estar en relación al exhorto en este Título. Esta Decisión Marco contiene algunas especificidades en la regulación de los motivos de no reconocimiento, como por ejemplo la necesidad de consulta a la autoridad emisora antes de decidir la denegación por una parte de las causas o la necesidad de consultar a Eurojust en caso de denegación con aplicación de la cláusula de “*extraterritorialidad*”, cuestiones que no han sido incluidas en la genérica cláusula de denegación por imposibilidad a la que se refiere el art. 43 del Anteproyecto.

Madrid, 9 de abril de 2013

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO
PRESIDENTE DEL CONSEJO FISCAL

Eduardo Torres-Dulce Lifante