

NUEVOS INSTRUMENTOS PARA EL CUMPLIMIENTO TRANSNACIONAL DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PROVISIONAL EN LA UNIÓN EUROPEA

Matías Recio Juárez¹

RESUMEN: El objeto de este trabajo es realizar una breve valoración de la transposición al Derecho interno español de la Decisión Marco 2009/829/JAI, relativa a la aplicación entre Estados miembros de la Unión Europea del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, que se ha verificado a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Se trata de una medida de suma importancia para evitar que la prisión provisional constituya el recurso más frecuente para garantizar la presencia en el proceso de los imputados con residencia en otro país miembro de la Unión Europea distinto de aquel en que se sigue el procedimiento penal, representando un indudable avance en el desarrollo de la cooperación judicial penal, componente del de espacio de libertad, seguridad y justicia.

PALAVRAS-CLAVE: prisión provisional, cooperación judicial penal, extranjería.

INTRODUCCIÓN

La creciente movilidad de personas entre países, la importancia de los flujos migratorios y la criminalidad organizada transfronteriza, son factores que provocan una creciente presencia de ciudadanos extranjeros que se ven sometidos a procedimientos penales en Estados diferentes al de su país de residencia. Dentro de la Unión Europea se añade además la libre circulación de personas como factor del incremento de la movilidad de ciudadanos extranjeros dentro del denominado espacio Schengen.

El sistema de medidas cautelares tradicional del proceso penal se ve superado por esta nueva realidad. Por un lado conduce a que la posición personal del extranjero se vea agravada por el mayor riesgo de sufrir prisión preventiva, dado que el juzgador sin duda considerará necesarias cautelas más estrictas para conjurar el riesgo de fuga del imputado que carece de arraigo en el Estado donde se sigue el procedimiento penal. Por otro, las cautelas alternativas a la prisión provisional, no se adaptan adecuadamente a la circunstancia de residencia en el extranjero del imputado, resultando en algunos supuestos ineficaces en cuanto a garantizar efectivamente su presencia en el proceso penal (p. ej. comparecencia periódica ante la

¹ Doctor en Derecho. Letrado. Juez, Fiscal y Secretario Judicial sustituto.

autoridad judicial), y en otros, en exceso gravosas para su situación personal (p.ej. prohibición de salida del territorio nacional). Y tampoco debemos olvidar el elevado coste que para el Estado supone mantener en situación de prisión provisional a estos ciudadanos extranjeros².

Surge por tanto la exigencia de adecuar las medidas cautelares tradicionales, surgidas en el contexto del proceso penal de los propios Estados, a la nueva dimensión internacional del fenómeno delincencial y a la específica circunstancia de la condición de extranjero del imputado, especialmente si este tiene su residencia habitual fuera del territorio del Estado donde se siguen las actuaciones judiciales en su contra. Revertir la negativa repercusión que la falta de arraigo, y especialmente la residencia en el extranjero, tienen sobre la situación personal en el proceso del imputado, solo podrá tener lugar si se proporciona al juzgador un adecuado sistema de medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva.

Cautelas personales como el arresto domiciliario, la obligación de residir en un lugar determinado, la vigilancia electrónica, etc permitirían tratar la falta de arraigo del imputado extranjero sin recurrir necesariamente a la prisión provisional. Pero si además estas medidas pueden cumplirse en el país de residencia del imputado, se excluiría cualquier proyección negativa sobre la situación personal del imputado en el proceso penal derivada de su condición de extranjero, o en su caso de residente en el extranjero.

En este contexto, la 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, supone un importante avance en esta materia, al permitir que el imputado con residencia en un Estado miembro, pero sometido a actuaciones penales en un segundo Estado miembro, pueda cumplir las medidas cautelares alternativas a la prisión impuestas en su Estado de residencia³.

Como señala el Considerando 12 de la Decisión Marco, se pretende posibilitar que *“las medidas de vigilancia impuestas a la persona afectada se supervisen en el Estado de*

² ETXEBERRIA GURIDI (*Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo*, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Coords.) *El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango*, Libro homenaje a Juan Montero Aroca, Valencia, 2012, p. 1211) estima que dentro de la Unión Europea que alrededor de 8.000 imputados no residentes podrían ser potencialmente transferidos a su país normal de residencia, lo que se traduciría en un ahorro de unos 132 millones de euros, dado que el coste medio de mantener a una persona en prisión provisional asciende a 3.000 euros mensuales.

³ La Resolución 1/08 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, recoge entre sus Principios la excepcionalidad de la privación preventiva de la libertad, pero no ha contemplado específicamente las circunstancias de la condición de residente en el extranjero del imputado.

ejecución, al tiempo que se garantiza la debida acción de la justicia y, en particular, que la persona afectada esté disponible para comparecer en juicio. En caso de que la persona afectada no vuelva al Estado de emisión de manera voluntaria, podrá ser entregada a ese Estado en virtud de lo dispuesto en la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea”.

1 LA REPERCUSIÓN DE LA CONDICIÓN DE EXTRANJERO EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.

Por supuesto, la nacionalidad del imputado no constituye una circunstancia que permita o justifique un trato diferenciado dentro del proceso penal. El ciudadano extranjero sometido a actuaciones penales gozará exactamente de los mismos derechos y garantías que un ciudadano nacional. Pero no podemos negar que existe un mayor riesgo de ser sometido a prisión provisional mientras que, en circunstancias similares, un ciudadano nacional no lo sería.

Como sabemos, asegurar la presencia del imputado en el proceso es la finalidad por antonomasia que persigue la prisión provisional. Para valorar la concurrencia de ese riesgo de fuga el art. 503.3 a) LECrim señala que se tendrán en cuenta conjuntamente a) la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena que pudiere imponerse al imputado, b) la situación familiar, laboral y económica del imputado, c) la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en los juicios rápidos, y d) los antecedentes por incomparencias previas que hubieren provocado que fuese llamado a juicio mediante requisitorias.

La circunstancia de arraigo del imputado, a la que el art. 503 LECrim se refiere como *la situación familiar, laboral y económica del imputado*⁴, distingue tres vertientes, que constituyen las tres facetas básicas que todo individuo desarrolla en una sociedad moderna. Genéricamente, las circunstancias personales de cualquier imputado, con independencia de su nacionalidad, tales como el arraigo familiar (cónyuge o pareja estable, hijos o personas a su cargo), profesional (si tiene trabajo o no) y social (fama, vecindad conocida, etc.), los medios económicos de que dispone para, en su caso, huir u ocultarse, las conexiones laborales o económicas internacionales, o las facilidades para trasladarse a otro país y sustraerse de la acción de la Justicia, son obviamente muy relevantes a la hora de valorar la necesidad o no de

⁴ El Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013 en su art. 154 considera que uno de los elementos para valorar el peligro de fuga del imputado, viene representado por *el arraigo del sujeto en atención a la existencia de domicilio conocido en el país y a su situación familiar, laboral y económica.*

la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio oral⁵. Como apuntaba la Circular 2/1995 de la Fiscalía General del Estado, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, “*para estimar la existencia de ese peligro de fuga u ocultación habrá que estar al sinfín de circunstancias, que se resisten a una enumeración exhaustiva, y que pueden resultar indicativas a esos fines (arraigo familiar y social; domicilio conocido; estabilidad laboral; mayor o menor gravedad del delito; posibilidades reales de ocultación o fuga...)*”.

En definitiva, se trata de valorar, a través de los diversos datos que afectan a la persona del imputado, si este se encuentra en una situación consolidada, en la que vínculos afectivos, económicos y socio-culturales hacen que se encuentre, firme y duraderamente, ligado al *modus vivendi* que desarrolla en un determinado lugar⁶. La presencia de aquellos vínculos nos hará presumir un menor riesgo de fuga cuanto más fuertes y numerosos sean y, al contrario, su ausencia aumentará notablemente el peligro de huida. Fácilmente puede deducirse que, realmente, esta es la única causa valorable que afecta especialmente al extranjero, dado que la laxitud de sus vínculos con España permiten inferir la concurrencia de un mayor riesgo de fuga, derivado de la mayor facilidad con que puede abandonar el territorio nacional.

Esta situación de arraigo ha sido reconocida en la doctrina del TEDH como un juicio de valor de comportamiento futuro, basado en las circunstancias personales susceptibles de

⁵ ASECIO MELLADO (*Derecho procesal...* Op. cit.p. 213) mantiene que “*el riesgo de fuga está en directa relación con las circunstancias del imputado que puedan disminuirlo o incrementarlo en cada situación concreta. De este modo, la inserción en un ambiente familiar y laboral, el denominado «arraigo» del sujeto, incidirá en la conducta evasiva o responsable del sujeto, siendo mayor en aquellos casos en los cuales el imputado no tiene responsabilidades de ningún tipo, ni relaciones que lo vinculen a un lugar determinado*”. GIMENO SENDRA (*Derecho procesal...* Op. cit. p. 558) considera que, además de atender a la gravedad de la pena y naturaleza del hecho delictivo, sobre todo hay que atender “*a las condiciones de arraigo del procesado, tales como el número de hijos, o de personas a su cargo, su vecindad conocida, trabajo estable, reputación o fama etc., circunstancias todas ellas que, no obstante la gravedad del hecho, permiten al Juez inferir que el imputado no se ocultará a la actividad de la justicia y acudirá a la llamada del juicio oral*”. GUERRA PÉREZ (*La Decisión Judicial de Prisión...* Op. cit.p. 156) entiende el arraigo “*como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas*”. MÁLAGA DIÉGUEZ (*El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal, Núm. 1-2/2002, Octubre 2002, Barcelona, p. 175) matiza que “*nos encontramos ante una mera probabilidad estadística de base sociológica, de suerte que es perfectamente posible que las particulares circunstancias del inculpado excluyan la huida pese a la gravedad del hecho que se le imputa, o que, por el contrario, la propicien en supuestos de delitos menos graves. Así, una persona con escasez de medios económicos o un marcado arraigo familiar tiene menos visos de fugarse que el miembro de una organización terrorista o de narcotraficantes, por más que el concreto delito cometido por este último o su grado de participación en el mismo pueda tener señalada una pena inferior a la prevista para el perpetrado por aquélla. Precisamente por ello, la gravedad del hecho punible, imprescindible en todo caso para decretar la prisión provisional, debe complementarse en la motivación del riesgo de fuga con un análisis de las características personales del inculpado*”.

⁶Por ello, cabe afirmar que el arraigo concurre cuando la persona se encuentra vinculada e integrada en el grupo que habita un determinado espacio territorial. En tal sentido, QUES MENA, L., *El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial*. La Ley, 1 Dic. 2008, (www.laleydigital.es).

aportar datos significativos acerca de una posible fuga del inculpado. Así, la STEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister, tras declarar que la apreciación de este criterio no puede basarse exclusivamente en el temor a la gravedad de una eventual condena, afirma que *“hay otras circunstancias, referentes especialmente al carácter del interesado, a su moralidad, a su domicilio, profesión, recursos, lazos familiares y de cualquier naturaleza con el país en que está procesado, que pueden confirmar el peligro de fuga o bien que no se justifica la detención provisional”*⁷. La STEDH de 10 noviembre 1969, caso Stögmüller, entiende que para la privación de libertad no basta la simple posibilidad de peligro de fuga, sino que *“se requiere la concurrencia de unas circunstancias, especialmente la pena grave que se prevé, o la singular oposición del acusado a la detención, o la falta de arraigo sólido en el país, que permitan suponer que las consecuencias y riesgos de la fuga le parecerán un mal menor que el encarcelamiento”*⁸.

La condición de extranjero, salvo que venga equilibrada por una situación contrastada de arraigo en España, constituirá, por tanto, una de las circunstancias que precisamente hagan presumir la ausencia de vínculos disuasorios que impiden la fuga del imputado⁹. Aunque, ciertamente, no se trata de una circunstancia que automáticamente provoque la presencia del riesgo de fuga, debiendo valorarse el resto de indicios concurrentes, adquiere muchas veces una preeminencia decisiva¹⁰.

⁷ STEDH de 27 de junio de 1968, caso Neumeister (TEDH 1968\2). En similares términos, la STEDH de 26 de enero de 1993, caso W (LA LEY 339/1993).

⁸ STEDH de 10 noviembre 1969, caso Stögmüller (TEDH 1969\1). La STEDH de 6 de marzo de 2014, caso Allahverdiyev (TEDH 2014\11), destaca la necesidad de valorar las circunstancias personales del imputado. Por su parte, nuestro TC ha valorado la situación de arraigo del imputado a la hora de justificar la medida de prisión provisional, al entender que el riesgo de fuga se asocia a la naturaleza del delito, la condición de no nacional sin arraigo, patrimonio, domicilio, familia en España, trabajo conocido o medio de vida. Por todas, STC 140/2012, de 2 julio (LA LEY 105486/2012); STC 66/2008, de 29 de mayo (LA LEY 61663/2008); o STC 207/2000, de 24 de julio (LA LEY 11296/2000).

⁹ ETXEBERRÍA GURIDI (*Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional...* Op. cit. p. 1208), *“la condición de no residente en el Estado donde se siguen las actuaciones judiciales es considerada como un factor de riesgo de fuga o de sustracción a la acción de justicia, y la falta de arraigo provoca una mayor frecuencia de acuerdos favorables a la prisión provisional, cuando en circunstancias similares un ciudadano residente en el mismo Estado no sería objeto de una medida tan grave”*. MÁLAGA DIÉGUEZ (*El fundamento de la tutela provisional...* Op. cit. p. 177-178), *“la condición de no nacional puede constituir un indicio relevante de riesgo de fuga si el extranjero se encuentra de paso, o si está en situación irregular y carece de trabajo y domicilio fijos en nuestro país, sin perjuicio de que es posible ofrecer al Juez garantías de que el acusado comparecerá cuantas veces sea llamado”*.

¹⁰ Como acertadamente sostiene GUERRA PÉREZ (*La Decisión Judicial de Prisión...* Op. cit. p. 156-157), *“que el imputado sea nacional dice poco de su arraigo, igual que el hecho de que sea extranjero no denota per se un riesgo de fuga, pues puede venir rotundamente desmentido por la existencia de vínculos, bienes o intereses del tipo mencionado. Por tanto, en ambos casos puede apreciarse que la existencia o inexistencia del arraigo no viene determinada por la nacionalidad, sino por la concurrencia o la falta de esos vínculos al territorio”*. Sin embargo, la misma autora reconoce que *“cuestión distinta es que pueda ser más —o menos— habitual que un extranjero carezca de domicilio conocido o de vínculos laborales, profesionales o familiares...”*

Esta situación se traduce en que el porcentaje de presos preventivos extranjeros en España es muy superior a la de españoles. Si acudimos a los datos que maneja la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias referidos al año 2013, la población total de presos preventivos ascendía a 7.766 internos, siendo 4.178 de ellos extranjeros; es decir, más de la mitad¹¹. Este desequilibrio, no sólo se detecta en España, sino que es una constante en todo el ámbito de la Unión Europea¹². En este sentido, en el marco del Consejo de Europa, el Comentario a la Recomendación CM/Rec(2012) 12 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativas a los presos extranjeros de 10 de octubre de 2012 (CM(2012)108 add), afirma que *“la mayor circulación de personas entre países ha conllevado un creciente número de extranjeros encarcelados. Lo mismo sucede en los Estados miembros del Consejo de Europa, donde cada vez hay más personas detenidas que no son nacionales del país en el que están presas o que no tienen vínculos cercanos en dicho país”*.

Para paliar esta sobrerrepresentación de presos extranjeros, el art. 4 de la citada Recomendación CM/Rec(2012) 12, establece que *“los preventivos y penados extranjeros tienen derecho a ser considerados para el mismo rango de sanciones y medidas no privativas de libertad que otros preventivos o penados”*. Es decir, que no se les deberá excluir de la aplicación de tales medidas alternativas a la prisión provisional debido a su condición de no nacionales o no residentes.

La Recomendación CM/Rec(2012) 12, también nos recuerda que las medidas cautelares no privativas de libertad impuestas a los imputados extranjeros pueden ejecutarse en otro estado en base a acuerdos internacionales, destacando especialmente la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo de la UE relativa a la aplicación, entre los Estados

¹¹ Fuente: Informe General 2013, Ministerio del Interior, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias. NISTAL BURÓN, J., *La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria*, Diario La Ley, 6 Sep. 2012, (www.laleydigital.es), destacaba que el 27 % del total de internos extranjeros en las prisiones españolas son presos preventivos, mientras que los presos preventivos nacionales representan sólo el 14 % del total de internos españoles en prisión. A esta sobrerrepresentación de reclusos extranjeros también se refiere DE LA CUESTA ARAZAMENDI, J.L., *Extranjería y privación de libertad*. Revista de Estudios Penitenciarios, N° Extra, Homenaje al profesor Francisco Bueno Arus, Madrid, 2006, p. 39-41.

¹² ETXEBERRIA GURIDI (*Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo*, en GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., CALDERÓN CUADRADO, M.P. (Coords.) El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango, Libro homenaje a Juan Montero Aroca, Valencia, 2012, p. 1208) constata que nos encontramos ante una realidad que sobrepasa las fronteras españolas: *“Un estudio realizado y publicado por las Universidades de Tilburg (Holanda) y Greifswald (Alemania) en el marco de un contrato con la Comisión de la UE, refleja claramente cuál es la situación cautelar de los extranjeros. En la práctica mayoría de los Estados (dieciséis de veinte) el porcentaje de presos preventivos extranjeros sobre el total de presos preventivos es superior al porcentaje de presos extranjeros sobre el total de presos”*.

miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

2 LA LEY 23/2014, DE 20 DE NOVIEMBRE, DE RECONOCIMIENTO MUTUO DE RESOLUCIONES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA.

Dentro del prolífico elenco normativo de la Unión Europea que desde el Consejo de Tampere (1999) viene potenciando la cooperación judicial en materia penal a través del principio de reconocimiento mutuo, como instrumento para lograr un espacio judicial europeo común, nos encontramos con la Decisión Marco 2009/829/JAI (en adelante DM), relativa a la aplicación entre Estados miembros de la UE del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, que como ya adelantamos, en su art. 2.1 b), prevé *promover, en su caso, el empleo, en el curso de las actuaciones penales, de medidas no privativas de libertad para las personas que no sean residentes en el Estado miembro en el que estén teniendo lugar las actuaciones judiciales.*

En España, la transposición de esta Decisión Marco se ha verificado a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, que dedica su Título V a las “Resoluciones sobre medidas alternativas a la prisión provisional”. La nueva normativa permite que un Estado distinto al que impuso la medida cautelar pueda supervisar su cumplimiento, de tal forma que, como apunta su preámbulo, “*se consigue una mejor ordenación de la actuación de los Estados en este ámbito penal y se evita que un residente en un Estado miembro se vea sacado de su entorno como consecuencia de la comisión de una infracción penal durante el tiempo que transcurra hasta la celebración del juicio. Con ello también se logra una mayor seguridad pública al permitir que persona sometida a actuaciones penales en un Estado miembro distinto al de su residencia sea vigilada por las autoridades de este último en espera de la celebración del juicio, evitando acudir a institutos más represivos como la prisión provisional o más inseguros como la libertad provisional no vigilada*”.

Estas medidas de vigilancia aparecen enumeradas en el art. 110 de la Ley 23/2014 de manera paralela a lo dispuesto en el art. 8 DM. Por lado se encuentran aquellas que como mínimo todo Estado miembro debe asumir conforme al art. 8.1 DM, y que en la legislación española se ha transpuesto de la siguiente forma: a) La obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en

particular para poder recibir citaciones a comparecer en las diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales. b) La prohibición de entrar en determinadas localidades, lugares o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución. c) La obligación de permanecer en un lugar determinado durante el período de tiempo señalado. d) La obligación de respetar las limitaciones impuestas en relación con la salida del territorio del Estado de ejecución. e) La obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica. f) La prohibición de aproximarse a determinadas personas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos.

Por otro, se añaden aquellas medidas cuya supervisión se pueden asumir facultativamente conforme al art. 8.2 DM, y que sólo podrán por tanto transmitirse a aquellos Estados miembros de la Unión Europea que también hayan asumido su supervisión mediante notificación a la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea. En la legislación española serán: g) La inhabilitación para ejercer determinadas profesiones o actividades ligadas con el delito presuntamente cometido. h) La obligación de no conducir vehículos de motor. i) La obligación de depositar una fianza o prestar otra garantía, ya sea en determinados plazos o en un pago único. j) La obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación o deshabituación de adicciones. k) La prohibición de tenencia y porte de armas o de otros objetos específicos relacionados con el delito enjuiciado.

Desde la perspectiva de la necesaria reforma de la obsoleta Ley procesal penal española, este amplio catálogo de medidas cautelares alternativas a la prisión provisional, supone un necesario referente a tales efectos.

Como es habitual en el marco de la labor armonizadora de la legislación penal europea se prescinde de la doble tipificación cuando se trate de una infracción contenida en el listado de 32 ilícitos criminales previsto en el art. 14.1 DM y la misma tenga señalada una pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años¹³.

¹³ Coherentemente se trata de las mismas infracciones criminales previstas en contenida en la DM 2002/584/JAI, sobre la orden europea de detención y entrega, en la DM 2003/577/JAI, sobre el exhorto europeo sobre embargo y aseguramiento de pruebas y en la DM 2006/783/JAI, sobre reconocimiento de resoluciones de decomiso. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal*, Valencia, 2014, pp. 104-106, recuerda las críticas a la supresión del principio de doble incriminación de ciertos autores, que estiman que dicha supresión conculca el principio de legalidad, y señala que “*la determinación de la conducta típica puede plantear problemas por aludir a conceptos demasiado genéricos o no tener correspondencia con los definidos por otros ordenamientos [...] y que son susceptibles de albergar conductas de lo más diversas, lo cual puede propiciar la desigualdad y, consiguientemente, la inseguridad jurídica*”. La STJUE de 3 de mayo de 2007 (LA LEY 14348/2007), se ha pronunciado sobre esta cuestión considerando que la supresión del control de la doble tipificación no vulnera el principio de legalidad de los delitos y las penas, pues la definición de las infracciones y las penas es competencia del Derecho del Estado

En caso de infracciones no comprendidas en aquel listado o de una gravedad punitiva inferior, el Estado de ejecución puede condicionar el reconocimiento de las resoluciones sobre medidas de vigilancia a la doble tipificación (art. 14.3 DM). De este modo, se establece un sistema mixto conformado por un listado de delitos a los que no se aplica el requisito de la doble incriminación, siempre que se supere un límite punitivo, y el restante elenco de figuras punitivas en que cada Estado puede exigir el requisito de la doble incriminación¹⁴.

2.1 TRANSMISIÓN DE UNA RESOLUCIÓN SOBRE MEDIDA DE VIGILANCIA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN PROVISIONAL.

Los Jueces o Tribunales que hayan dictado la medida cautelar alternativa a la prisión provisional serán los competentes para transmitir la supervisión de su cumplimiento a otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 111 Ley 23/2014).

La ejecución de la medida se transmitirá, bien al Estado miembro donde imputado tenga su residencia legal y habitual, bien a otro Estado miembro que designe el imputado. En este último supuesto, se exigirá que dicho Estado, donde el imputado carece de residencia legal o habitual, preste su anuencia (art. 9.2 DM).

Como presupuesto para la transmisión se exigirá en todo caso que el imputado preste su consentimiento, debiendo ser informado previamente de las medidas de que se trata y de las consecuencias de la transmisión (art. 112.1 Ley 23/2014 y art. 9.1 DM). Dado que la finalidad de la norma no es otra que mejorar la posición personal dentro del proceso penal del imputado que resida en un Estado miembro distinto del que sigue actuaciones penales en su contra, lógicamente sería contradictorio efectuar tal transmisión en contra de su voluntad. Entendemos que la prestación de este consentimiento implica que el imputado no se acoge al principio de especialidad, de manera que elimina cualquier vulneración del mismo que pudiera derivarse del traslado a su Estado de residencia, u otro al que en su caso haya solicitado, donde podrá ser perseguido penalmente por hechos anteriores y distintos de los que motivaron la adopción de la medida cautelar. Ello también si perjuicio de que las autoridades

miembro emisor, que al tener la obligación de respetar los derechos y principios jurídicos fundamentales consagrados en el artículo 6 de la UE habrá de respetar el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

¹⁴ Como ha apuntado ARANGÜENA FANEGO, C., *De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo*, en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, Valladolid, 2010, p. 250, en el caso de que el Estado de ejecución no reconozca la resolución sobre medidas de vigilancia en base al principio de doble tipificación o porque la pena prevista sea inferior al mínimo estipulado, en definitiva se está agravando la situación personal del imputado con residencia en el extranjero, ya que se priva al juzgador de posible recurso a medidas alternativas a la prisión provisional.

judiciales españolas puedan decretar la detención del interesado o cualquier otro tipo de resolución judicial ejecutable del mismo efecto, en cuyo caso el imputado será entregado con arreglo a la Decisión Marco relativa a la orden de detención europea (art. 21 DM).

Para facilitar el adecuado cumplimiento de la medida y comprobar la viabilidad de la transmisión, con carácter previo se ha previsto la comunicación entre las autoridades de los Estados implicados, al objeto de constatar el Estado de ejecución, verificar la identidad y el lugar de residencia del interesado, conocer toda aquella información contenida en el registro de antecedentes penales, la peligrosidad del imputado, de forma que se evalué la adecuada supervisión de las medidas de vigilancia (art. 113 Ley 23/2014).

La decisión de la transmisión podrá adoptarse de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o del propio imputado. Si no fuera solicitada por este último se le concederá un plazo máximo de treinta días para que manifieste si presta su consentimiento (art. 114.3 Ley 23/2014), sin perjuicio de que pueda hacerse de manera simultánea en cualquier audiencia o vista que se celebre durante el procedimiento.

Sin embargo, cuando el imputado haya sido detenido y puesto a disposición judicial para decidir sobre su situación personal, en la misma comparecía prevista en el art. 544 bis LECrim se resolverá sobre esta cuestión, recabando en la misma comparecía el consentimiento del imputado (art. 114.4 Ley 23/2014).

Aunque la Ley 23/2014 no lo mencione expresamente, deberán ser oídas al respecto todas las partes personadas, y especialmente habrá que tenerse en cuenta que la víctima, conforme a la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, tiene el derecho a ser informada de las decisiones que supongan la puesta en libertad del imputado (art. 6.5 Directiva 2012/29/UE) y en su caso ser oída (art. 10 Directiva 2012/29/UE)¹⁵. En este sentido el art.109.2 Ley 23/2014, establece que la medida, además de garantizar la sujeción del imputado al proceso penal, debe mejorar la protección de las víctimas y la seguridad ciudadana, siendo por tanto circunstancias que el juzgador deberá tener en cuenta a la hora de acordar la transmisión¹⁶.

¹⁵ Recordemos que la trasposición al Derecho interno español de esta normativa se ha efectuado a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que en su art. 7 regula el contenido del derecho a recibir información sobre la causa penal por parte de la víctima sin necesidad de personación.

¹⁶ Constituyendo la reparación un derecho esencial de la víctima, el previo aseguramiento de las responsabilidades civiles entendemos debe también tenerse en cuenta para evitar que la transmisión de la medida para su supervisión en otro Estado pueda frustrar que la víctima pueda obtener una adecuada reparación material.

Ante la eventualidad de que se sigan diversas causas simultaneas contra el mismo imputado, se deberá verificar que no se han adoptado en su contra otras medidas cautelares, ya que la transmisión, con la consiguiente salida del territorio nacional, frustraría su eficacia. En cada una de las causas pendientes, incluidas aquellas en que se hubiera decretado la busca y captura del imputado a fin de acordar su ingreso en prisión preventiva, el órgano judicial competente para su conocimiento deberá adoptar la correspondiente resolución de transmisión. En caso contrario, de mantenerse la prisión preventiva o acordarse que la medidas cautelares se ejecuten en España, se comunicará inmediatamente al resto de autoridades judiciales que estén tramitando la emisión de una resolución de transmisión, a fin de que suspendan la tramitación o dejen sin efecto la resolución ya emitida, todo ello sin perjuicio de su reanudación en un momento ulterior (art. 114.2 Ley 23/2014).

La resolución que acuerde la transmisión de la medida además deberá especificar su duración, de forma que su plazo máximo no podrá superar nunca el de prescripción del delito que motiva la resolución de libertad provisional de conformidad con la legislación penal española. Cabe la prórroga del plazo inicialmente fijado cuando fuere necesario, en este supuesto se oirá de nuevo al Ministerio Fiscal, al imputado y a las partes personadas por cinco días (art. 116 Ley 23/2014).

La autoridad competente del Estado de emisión transmitirá directamente la resolución sobre medidas de vigilancia o testimonio de esta, junto con el certificado al efecto previsto en la DM, a la autoridad competente del Estado de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones que permitan al Estado de ejecución determinar su autenticidad (art. 115 Ley 23/2014)¹⁷.

Una vez aceptada la transmisión de la resolución, la competencia para supervisar las medidas de vigilancia alternativas corresponderá a las autoridades del Estado de ejecución (art. 118 Ley 23/2014), que podrá adaptarlas a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes, si por su naturaleza, resultan incompatibles con su Derecho interno, procurando que se correspondan tanto como sea posible a las dictadas en el Estado de emisión, y sin que suponga un agravación de las que se dictaron en un principio (art. 13 DM).

¹⁷ La DM ha previsto en su anexo I, un formulario estándar para todos los Estados miembros que se deberá cumplimentar obligatoriamente para facilitar la transmisión y comprensión por el Estado de ejecución de la resolución sobre medidas de vigilancia, ello con independencia de la forma y contenido de la resolución que adopte la medida cautelar, que se ajustará al Derecho interno de cada Estado emisor (art. 15.1.a DM).

A estos efectos, las autoridades del Estado de ejecución previamente remitirán información sobre el plazo máximo de supervisión, la adaptación de las medidas o la imposibilidad de acudir al mecanismo de la orden europea de detención en caso de incumplimiento, en cuyo caso los Jueces y Tribunales españoles podrán retirar el certificado de transmisión, solicitando al Estado de ejecución que no adopte o supervise medida alguna (art. 117 Ley 23/2014).

Los órganos judiciales españoles conservaran la competencia para adoptar las resoluciones posteriores que estimen pertinentes sobre el mantenimiento, revocación o modificación de la medida de vigilancia alternativa a la prisión provisional transmitida, o incluso podrán emitir una orden europea de detención y entrega, especialmente cuándo por las autoridades del Estado de ejecución se advierta de cualquier incumplimiento por el imputado (art.120 Ley 23/2014).

2.2 EJECUCIÓN DE UNA MEDIDA DE VIGILANCIA.

En España la competencia para reconocer y ejecutar una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional dictada en otro Estado miembro de la Unión Europea corresponde a los Jueces de Instrucción o los Jueces de Violencia sobre la Mujer del lugar donde el imputado tenga establecida su residencia, respecto a los delitos que sean de su competencia (art.111.2 Ley 23/2014). No ha previsto la norma ninguna regla para determinar la competencia en caso de que el imputado carezca de residencia habitual en España, pero solicite la transmisión de la medida cautelar a nuestro país (art. DM), en estos casos, entendemos que será competente el órgano al que tenga previsto trasladar su residencia, que deberá previamente aceptar supervisar la medida.

Una vez recibida la resolución del estado emisor, el órgano judicial tendrá un plazo de 20 días hábiles para admitir la transmisión, salvo que excepcionalmente no pueda respetarse dicho plazo, en cuyo caso se deberá comunicar a la autoridad emisora los motivos de la demora y el nuevo plazo que se estime necesario. Podrá denegarse el reconocimiento, conforme a lo dispuesto en el art. 15 DM: a) Cuando el imputado no pueda ser considerado penalmente responsable en atención a su edad, de acuerdo con la legislación penal española, b) Cuando no se cumplan las condiciones para la transmisión de una resolución sobre medidas alternativas a la prisión provisional, c) Cuando, en el supuesto de que el imputado incumpliera las medidas de vigilancia, se deba denegar su entrega de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley

sobre la orden europea de detención y entrega. d) Cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria, contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio *non bis in idem*¹⁸. e) Cuando la orden o resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y, de haberse dictado la condena por un órgano jurisdiccional español, la sanción impuesta hubiese prescrito de conformidad con el Derecho español. f) Cuando el formulario o el certificado que ha de acompañar a la solicitud de adopción de las medidas esté incompleto o sea manifiestamente incorrecto o no responda a la medida, o cuando falte el certificado, sin perjuicio de su subsanación. g) Cuando exista una inmunidad que impida la ejecución de la resolución. h) Cuando la medida se haya impuesto por una infracción distinta de las comprendidas en el listado en que se prescinde del principio de la doble tipificación, y que no se encuentre tipificada en el Derecho español¹⁹.

En caso de que sea preciso adaptar la medida dictada por las autoridades del Estado de emisión al ordenamiento jurídico español, el Juez de Instrucción o de Violencia sobre la Mujer acudirá a aquellas medidas previstas en la LECrim u otras normas procesales en materia penal, que resulten aplicables para infracciones equivalentes y que se corresponderán en la medida de lo posible con las dictadas en el Estado de emisión, sin que implique una mayor gravosidad que aquellas (art. 123 Ley 23/2014).

Los órganos judiciales españoles supervisarán la cumplimiento de la medida de vigilancia, comunicando cualquier incumplimiento u otra información sobre circunstancias que pudieran dar lugar a la adopción de una decisión ulterior, en especial los cambios de residencia del imputado o si este se encuentra en paradero desconocido. También podrán solicitar de la autoridad competente del Estado de ejecución información sobre la necesidad de su continuidad en atención a las circunstancias del caso (art. 127 Ley 23/2014).

CONCLUSIONES

¹⁸ Art. 54 Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen Una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

¹⁹ ETXEBERRÍA GURIDI (*Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional...* Op. cit. p. 1223), considera que “no se comprende que la misma se sostenga en aspectos sustanciales en el mismo paradigma sobre el que descansa la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en otras iniciativas que persiguen, más bien, objetivos que implican injerencias en la esfera de derechos del individuo. El tratamiento de la doble tipificación y del umbral punitivo mínimo, o la previsión de los motivos de denegación pueden resultar incompatibles con la pretensión de reforzar la libertad en el espacio judicial europeo”.

El objetivo de restringir la prisión provisional tan sólo a aquellos casos en que resulte ineludible su adopción, supone una necesaria labor legislativa que ponga en manos del juzgador medidas cautelares menos restrictivas de los derechos del individuo, y que a la vez garanticen una efectiva protección de la víctima, salvaguarden la seguridad ciudadana y sujeten adecuadamente al imputado al proceso penal.

En el específico supuesto de imputado extranjero, o con residencia fuera del territorio nacional, situación cada día más frecuente en nuestros procedimientos penales, se añade además la necesidad de contemplar el acentuado riesgo de fuga que concurre asociado a tal condición, de forma que para evitar que la prisión provisional se convierta en la medida cautelar habitual, en vez de excepcional, para este colectivo, es preciso impulsar concretas medidas adicionales como las dispuestas en la DM 2009/829/JAI, que permiten el cumplimiento transnacional de medidas cautelares de vigilancia del imputado que no reside en el país donde se sigue el procedimiento penal.

La Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, transpone al ordenamiento interno español, entre otras normas comunitarias, esta DM relativa a la aplicación entre Estados miembros de la UE del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

La normativa prescinde de la doble tipificación de conformidad con el principio de confianza recíproca y reconocimiento mutuo de resoluciones dictadas por otros Estados miembros, que se recoge en la DM y que guía la construcción del espacio común de seguridad, libertad y justicia en la Unión Europea. También la denegación de reconocimiento o ejecución se reduce a los motivos tasados previstos en la DM, lográndose así la homogeneización de las diversas legislaciones internas de los Estados miembros con objeto de facilitar la cooperación judicial dentro de la Unión Europea.

Se prima la agilidad en el procedimiento y comunicación directa entre los órganos judiciales implicados. La competencia para la emisión de una resolución de transmisión de medidas de vigilancia corresponderá a los mismos Juzgados o Tribunales que deban decidir sobre la situación personal del imputado, que podrán dirigirse directamente a la autoridad de ejecución del Estado correspondiente. La competencia para su ejecución en España corresponde a los Juzgados de instrucción y Violencia sobre la mujer de la residencia del

imputado, evitando que se derive a autoridades centrales u otras instancias judiciales superiores la tramitación de la autorización para la supervisión.

Otro aspecto destacable es el intercambio de información previo entre las autoridades de los países implicados, que facilita conocer la viabilidad de la transmisión y las concretas previsiones a adoptar para la supervisión de la medida.

En definitiva, nos encontramos con una legislación que viene a reforzar los derechos procesales de las personas imputadas en un proceso penal, de tal manera que la cooperación judicial y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la Unión Europea se erigen en un autentico instrumento al servicio de la construcción de un espacio común de libertad, en el que la residencia del imputado en otro Estado no repercuta negativamente en su posición dentro del proceso penal.

NEW TOOLS FOR TRANSNATIONAL COMPLIANCE OF SUPERVISION MEASURES AS AN ALTERNATIVE TO PROVISIONAL DETENTION IN THE EUROPEAN UNION

ABSTRACT: The aim of this work is to make a brief assessment of the transposition into Spanish Internal Law of The Council Framework Decision 2009/829/JAI on the application between Member States of the European Union of the principle of mutual recognition to decisions on supervision measures as an alternative to provisional detention. This Council Framework Decision has been transposed into Spanish Internal Law by Act 23/2014, of 20 November on mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in the European Union. It is a highly important measure to prevent provisional detention from becoming the most frequent resource to guarantee the attendance of an accused that resides in another Member State of the European Union different from the one where the penal proceedings are taking place, which implies, an unquestionable advance in the development of judicial cooperation in criminal matters, which is part of the area of freedom, security and justice.

KEY WORDS: provisional detention, judicial cooperation in criminal matters, foreigner matters.

REFERÊNCIAS

ARANGÜENA FANEGO, Coral. *De la orden europea de vigilancia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales sobre medidas sustitutivas de la prisión provisional: primera aproximación a la Decisión Marco 2009/829/JAI del Consejo*, en Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia: últimos avances en cooperación judicial penal, Valladolid, 2010.

ASENCIO MELLADO, José Maria. *Derecho procesal Penal*. 6ª ed. Madrid. Tirant Lo Blanch, 2012.

DE LA CUESTA ARAZAMENDI, José Luis. Extranjería y privación de libertad. Revista de Estudios Penitenciarios, N° Extra, Homenaje al profesor Francisco Bueno Arus, Madrid, 2006.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. Medidas de vigilancia alternativas a la prisión provisional en el espacio judicial europeo, en GÓMEZ COLOMER, Juan Luiz; BARONA VILAR, Silvia; CALDERÓN CUADRADO, María Pía (Coords.) El derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango, Libro homenaje a Juan Montero Aroca. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2012.

GIMENO SENDRA Derecho procesal Penal. Civitas Ediciones: Madrid, 2012.

GUERRA PÉREZ, Cristina. La Decisión Judicial de Prisión Preventiva. Tirant Lo Blanch: Madrid, 2010.

LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, Mercedes. Las garantías procesales en el espacio europeo de justicia penal. Tirant Lo Blanch: Valencia, 2014.

MÁLAGA DIÉGUEZ, Francisco. *El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal*, Revista de Derecho Procesal, Núm. 1-2/2002, Octubre 2002, Barcelona.

NISTAL BURÓN, J., *La condición de extranjero en la ejecución penal. La necesaria armonización de la política de extranjería con los fines de la actividad penitenciaria*, Diario La Ley, 6 Sep. 2012. Disponible en: www.laleydigital.es

QUES MENA, L., *El arraigo, social, económico y familiar en el Derecho de extranjería. Tratamiento legal y jurisprudencial*. La Ley, 1 Dic. 2008. Disponible en: www.laleydigital.es.