

**El embargo preventivo y el aseguramiento de pruebas
en los procesos penales en la Unión Europea.
Novedades tras la Ley 23/2014, de reconocimiento mutuo
de resoluciones penales en la Unión Europea
y la Directiva 2014/41/CE relativa a la orden europea
de investigación en materia penal***

*The Freezing of Property or Evidence in Criminal Proceedings in the
European Union. Innovations after the 23/2014 Spanish Act on Mutual
Recognition of Judicial Decisions in Criminal Matters in the European
Union and the Directive 2014/41/EU Regarding the European
Investigation Order in Criminal Matters*

Ángel Tinoco Pastrana**
Profesor de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla

Sumario: I. Introducción.—II. La regulación de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el marco de la Unión Europea.—III. La emisión y transmisión de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en España.—IV. La ejecución en España.—V. Conclusiones.

Resumen: Se hace balance del funcionamiento de uno de los primeros instrumentos de reconocimiento mutuo, que intentó crear respecto a los efectos judiciales, un sistema similar a la libre circulación en la Unión Europea. Sin embargo ha tenido un escaso éxito como consecuencia de su solapamiento con otros instrumentos, su coexistencia con los tradicionales instrumentos de cooperación y lo limitado de su alcance, radicando además uno de sus principales problemas en la carencia de un título judicial unificado. La Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea constituye una interesante codificación en la materia, que solventa gran parte de los problemas interpretativos surgidos de las primeras leyes de transposición. En la actualidad hay que repensar el alcance del principio de reconocimiento mutuo tras la innovadora y ambiciosa Directiva 2014/41/CE, que crea la Orden Europea de Investigación, un título judicial unificado con un amplio

* Recibido el 29 de septiembre de 2014, aceptado el 27 de enero de 2015.

** Este trabajo está dedicado al Profesor Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla.

espectro de aplicación y bajo una nueva perspectiva de la aplicación del mencionado principio, que en parte la restringe, en aras de priorizar la protección de los derechos fundamentales.

Palabras clave: embargo preventivo, prueba, reconocimiento mutuo, orden europea de investigación.

***Abstract:** The present essay reviews the progress achieved in the functioning of one of the first instruments of mutual recognition which intended to create, in the field of property and evidences in criminal proceedings, a similar system to the free movement within the European Union. Nevertheless, it has had a limited success as a result of its overlapping with other instruments, its coexistence with the traditional instruments of cooperation and its limited practical scope, without forgetting that one of the main concerns at stake is the lack of a unified judicial decision. The 23/2014 Spanish Act on mutual recognition of judicial decisions in criminal matters in the European Union, is an interesting codification in this area aiming at solving most of the interpretative problems arising from the first Acts of transposition. Currently we have to rethink the scope of the principle of mutual recognition, after the adoption of the innovative and ambitious Directive 2014/41/EU. The Directive creates the European Investigation Order in criminal matters, a unified judicial decision with a broad spectrum of application, and under a new perspective of the application of the mentioned principle that partly restricts it, with a view to prioritizing the protection of fundamental rights.*

***Keywords:** freezing, evidence, mutual recognition, European Investigation Order.*

I. Introducción

El reconocimiento de las resoluciones jurisdiccionales penales de otros Estados, sin que sea necesario constatar previamente la reciprocidad, eliminando o restringiendo la intervención del Poder Ejecutivo, se efectúa conforme al principio de reconocimiento mutuo. La aplicación de este principio a la cooperación policial y judicial en materia penal (materias actualmente incorporadas en los Capítulos 3 a 5 del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)), partiéndose de un alto grado de confianza entre los Estados con independencia de las diferencias entre los ordenamientos internos, produce importantes beneficios en la lucha contra la delincuencia organizada y transnacional, además de fomentar aproximación¹

¹ CALDERÓN CUADRADO, M.P., «Contra la armonización positiva —y procesal— en la Unión Europea», en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M. (dirs.), *La armonización del Derecho Procesal tras el Tratado de Lisboa*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 126 a 130. Se ha sustituido la expresión clásica «armonización» por «aproximación». La aproximación no excluye la heterogeneidad de los ordena-

entre los específicos sistemas procesal penales estatales, e incluso del Derecho sustantivo. En la actualidad presenciamos una cierta reducción de la aplicación de este principio en los nuevos instrumentos, en pro de la salvaguarda de los derechos fundamentales, que deriva entre otros factores, de la desconfianza de los Estados sobre las regulaciones internas de los otros.

La Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (DMEBAP), se contextualiza en un momento en el que amenazas para la paz mundial como el terrorismo, supuso la adopción de medidas legales u organizativas en diversos ordenamientos, para luchar contra este peligro mundial. Tanto el Derecho penal como el Derecho procesal penal ostentan casi siempre un papel primordial en este ámbito, pero su eficacia está limitada desde el principio, por la tradicional vinculación del *ius puniendi* con los Estados nacionales, y además la clásica cooperación oficial y jurídica siempre ha sido demasiado lenta. Como solución a ello se invocó un principio muy importante, sustitutorio de la tradicional cooperación, el principio de reconocimiento mutuo. Pero este principio es controvertido, en el sentido de que numerosos autores han resaltado que el reconocimiento de los actos procesales de otros Estados, puede suponer un descenso de los requisitos para limitar los derechos fundamentales nacionales².

Fue en el Consejo Europeo de Tampere de 1999, cuando el principio de reconocimiento mutuo se define como «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal. Este principio que respeta los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros, permite el reconocimiento automático sin procesos intermedios para su homologación. Tras el «Programa de Medidas destinadas a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal» de diciembre de 2000, se efectúa una extensa relación de instituciones a las que aplicar el principio de reconocimiento mutuo, es decir, la libre circulación de resoluciones de carácter penal en el Espacio Judicial Europeo. A continuación se adoptan diversas Decisiones Marco del Consejo como la DMEBAP³.

mientos jurídicos, razón por la cual se pudo sustituir la terminología tradicional o clásica. El instrumento armonizador pasa a un segundo plano, para otorgar un lugar principal al reconocimiento mutuo, el cual se ha aceptado y asentado jurisprudencial, legal y doctrinalmente.

² TIEDEMANN, K., “El nuevo procedimiento penal europeo”, en ARROYO ZAPATERO, L., y NIETO MARTÍN, A. (dir.), *El Derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2007, pp. 143, 145 y 146.

³ BARRIENTOS PACHO, J.M., “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”, en BARRIENTOS PACHO, J.M. (coor.), *La nueva Ley para la eficacia en la Unión Europea de*

Hay que destacar por su complementariedad con estos instrumentos, el Convenio de asistencia judicial en materia penal de la UE, que establece implícitamente el principio de *favor cooperationis*, en el sentido de que no se trata de aplicar la norma más favorable al imputado en un proceso en el que se requiera asistencia judicial, sino de aplicar la norma mejor para la cooperación⁴, lo cual en la actualidad se puede estar revirtiendo, como veremos. El Convenio regula entre otras, la transmisión de documentos procesales, de solicitudes de asistencia judicial y de información, y el auxilio judicial conforme al criterio *forum regit actum*.

En materia probatoria se habían detectado importantes deficiencias en el sistema de la cooperación judicial penal derivadas de la soberanía de los Estados, las barreras lingüísticas y la lentitud de los instrumentos tradicionales. Las innovaciones introducidas por la DMEBAP tienen como finalidad de servir con carácter general, para agilizar la gestión de los bienes embargados o asegurados en los procesos penales⁵. Una de las manifestaciones más importantes del principio de reconocimiento mutuo en materia penal, junto con la entrega de personas y ejecución de sentencias, la encontramos en el ámbito probatorio. Desde la UE se fomenta con la DMEBAP una versión equivalente a la libre circulación de mercancías, consistente en que las pruebas puedan circular sin barreras en la UE para su incorporación sin obstáculos y plena eficacia, en el proceso penal de cualquier Estado de la Unión. En su estado puro el principio de reconocimiento mutuo conlleva que un Estado admita como válida en un proceso penal, una prueba producida en otro Estado siempre que observe las reglas de éste, por lo que el Estado receptor renuncia a condicionar la validez de la misma a su adecuación al Derecho interno⁶.

Para la protección penal de los intereses financieros de la UE y en materia de circulación de los medios de prueba procesales penales obtenidos en la UE, materia sobre la que versa la DMEBAP, se quiso introducir dentro del principio de reconocimiento mutuo una «capacidad de circulación de estos medios de prueba» equivalente al derecho de libre circulación de mer-

las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 212 y 213.

⁴ PÉREZ GIL, J., “Capítulo V.1. Convenio de asistencia judicial penal”, en JIMENO BULNES, M. (coor.), *La cooperación judicial civil y penal en el ámbito de la Unión Europea: instrumentos procesales*, Universidad de Burgos-Bosch Editor, Barcelona, 2007, pp. 274, 275 y 264 a 266.

⁵ MAGRO SERVET, V., “La eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales”, en *La Ley Penal*, n.º 28, 2006, pp. 1 y 2.

⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., “La prueba penal en el Espacio Judicial Europeo. Asistencia judicial y mutuo reconocimiento”, en *La Ley Penal*, n.º 74, 2010, p. 10, que al respecto alude la gráfica expresión de la doctrina alemana *Verkehrsfähigkeit von Beweisen* o de *freizügiger Beweis*.

cancias y servicios. Ello ha suscitado numerosas críticas, dado que las pruebas no constituyen productos, deben contemplarse desde un punto de vista funcional (averiguación de la verdad y justicia), y están en juego los derechos fundamentales de los justiciables, a diferencia del fin de la circulación de las mercancías, la liberalización como fin absoluto. El problema fundamental en esta materia reside en la necesidad de la armonización general de los códigos procesales penales, sobre todo en materia probatoria, cuestión que por otro lado requiere plantearla en la actualidad bajo el planteamiento de su aproximación⁷. Hasta que se produzca, a primera vista el criterio preferible parece ser el principio *forum regit actum*, dado que permite una extensa evaluación de la práctica probatoria extranjera, de acuerdo con las medidas funcionales del juez interno⁸.

La DMEBAP ha tenido un más que cuestionable éxito al limitarse a la aprehensión de los efectos, con un ámbito natural de aplicación a la fase instructora, y no regular ni las medidas de investigación para localizarlos, ni su ulterior traslado al Estado de emisión, para lo cual hay que utilizar otros instrumentos conforme a las normas de asistencia mutua en materia penal. Por otro lado coexiste con los instrumentos tradicionales de cooperación, existiendo en esta materia un marco fragmentario y complicado, por todo que en la práctica se utiliza con muy poca frecuencia, lo cual tiene su reflejo en los informes de la Comisión, y ha provocado que el principio de reconocimiento mutuo, sustitutorio de la tradicional cooperación, haya tenido una escasa virtualidad práctica en este ámbito. Ello contrasta sin embargo, con la enorme repercusión de la Decisión Marco 2002/584/JAI relativa a la Orden Europea de Detención y Entrega, coetánea de la que tratamos y que ha solventado gran parte de los problemas que planteaban los tradicionales procedimientos extradicionales. En esta institución se crea un título judicial unificado, y además su trascendencia se pone de manifiesto en el importante acervo jurisprudencial⁹ que se ha creado sobre la misma, a diferencia de lo que ha sucedido respecto al instrumento que crea la DMEBAP.

⁷ CALDERÓN CUADRADO, M.P., *op. cit.*, nota 1, pp. 136 a 144. La cuestión estriba no tanto en la diversidad normativa como en su propia gestión. Esta gestión no se sitúa en el modelo de cooperación, sino en el de integración aproximando legislaciones. La solución es la denominada “europeización del proceso”. Para ello la actividad legislativa de la UE terminará efectuando una aproximación de mínimos y de máximos, lo cual tiene el apoyo del artículo 81.2, e) y f) TFUE.

⁸ Sobre estas reflexiones, TIEDEMANN, K., *op. cit.*, nota 2, pp. 148 y 149. Esta posibilidad se planteó en el Corpus Iuris de 2000 (artículo 33.2) y en el Libro Verde de la Comisión.

⁹ Podemos citar al respecto, las recientes Sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala), 30 de mayo de 2013 (Sala Segunda), 28 de junio de 2012 (Sala Tercera), las Sentencias del TC 26/2014, 113/2014, 50/2014, 181/2011 y las Sentencias del TS 915/2012, 735/2012, y 188/2010, entre otras.

En la actualidad es necesario hacer balance del funcionamiento efectivo de los primeros instrumentos de reconocimiento mutuo, por un lado respecto a la técnica seguida para su transposición al ordenamiento español. Por otro teniendo en cuenta el diverso contexto histórico en que se crearon, dado que en la actualidad la preocupación por la crisis financiera ha desplazado en gran medida a la amenaza terrorista, y la seguridad jurídica ostenta un papel primordial. Hay que destacar la autorización que efectúa el TFUE (art. 82.2.a) para la promulgación de Directivas en materias específicas, tales como la admisibilidad mutua de pruebas, que consideren en todo caso las diferencias entre las tradiciones y sistemas jurídicos de los Estados miembros.

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (LRMRPUE)¹⁰, deroga todas las leyes promulgadas hasta la fecha para transposición de los instrumentos de la UE aprobados en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales. Inaugura una nueva técnica legislativa que supera la incorporación individual de cada Decisión Marco y Directiva, creando un esquema en el que sería fácil incorporar las futuras Directivas que se adopten, por lo que se trata de una auténtica codificación en la materia, reduciendo la dispersión normativa y la complejidad del ordenamiento. Previamente se promulgó la Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la LRMRPUE, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Esta Ley Orgánica introduce las nuevas competencias de los órganos jurisdiccionales penales en materia de reconocimiento mutuo. Conforme al carácter dinámico de la cooperación judicial penal europea, no se establecen competencias cerradas para cada instrumento, lo cual evita que la evolución normativa de la UE en la materia precise reformas ulteriores o puntuales de la LOPJ, y además está en consonancia con la vocación simplificadora de la LRMRPUE¹¹.

Respecto al nuevo contexto histórico al que hemos hecho referencia y además por su repercusión en las instituciones que estudiamos en este trabajo, tenemos que considerar la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de in-

¹⁰ Entró en vigor el 11 de diciembre de 2014. Además de la derogación antes referida, incorpora Decisiones Marco no transpuestas hasta el momento y la Directiva 2011/99/UE, sobre la Orden Europea de Protección. Para complementar y contribuir a un mejor funcionamiento de las normas de reconocimiento mutuo, también se ha promulgado la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, por la que se transponen la Decisión Marco 2008/675/JAI y la Decisión Marco 2008/315/JAI.

¹¹ La LO 6/2014 entró en vigor el 19 de noviembre de 2014.

investigación en materia penal (OEI) (DOEI). Ésta aún no ha sido transpuesta al ordenamiento español, lo cual tiene la fecha límite del 22 de mayo de 2017. La Directiva sustituye las disposiciones de la DMEBAP en relación al aseguramiento de pruebas, por lo que ésta continuará vigente para el embargo preventivo. Pero la DOEI tiene un espectro de aplicación mucho más amplio, abarcando las diligencias de investigación, la obtención de pruebas y su ulterior traslado, y posee una finalidad tanto investigadora como cautelar, mientras que la DMEBAP sólo va referida a las pruebas reales con una finalidad cautelar. La DOEI constituye un ambicioso instrumento que codifica la fragmentaria e incluso confusa regulación actualmente existente, sustituyendo a la Decisión Marco 2008/978/JAI y a las disposiciones correspondientes de otros instrumentos convencionales aplicables a las relaciones entre los Estados vinculados por la DOEI, en concreto al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, el Convenio relativo a la aplicación del acuerdo de Schengen y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE y su Protocolo, que son complementarios de los instrumentos de reconocimiento mutuo existentes.

La materia que nos ocupa en la actualidad adquiere una especial relevancia, por un lado dado el escaso éxito de la DMEBAP, por lo cual los problemas sobre su aplicación constituyen valiosos elementos para repensar este instrumento de reconocimiento mutuo, y por otro por su trascendencia en el contexto actual de crisis financiera, como se refleja en el tratamiento de la DOEI de la inmovilización de activos y la obtención de datos bancarios, que fomenta la libre circulación de pruebas en la UE¹². Para ello hay que tener en cuenta además de las novedades que introduce la LRMRPUE, el importante cambio de orientación que supone la emisión de la OEI en materia probatoria. Aunque hasta que no se efectúe la transposición de la DOEI, se tendrán que utilizar los instrumentos actuales, con todos sus inconvenientes.

El embargo preventivo continúa regulado por la DMEBAP dado que la DOEI tampoco la sustituye, por lo que las objeciones que efectuemos sobre la aplicación de la DMEBAP son plenamente extrapolables a esta institución. Ello no está exento de problemas porque puede recaer sobre los

¹² AGUILERA MORALES, M., “Simplificación en el intercambio de información e inteligencia criminal en la Unión Europea: la Decisión Marco 2006/960/JAI como herramienta para su consolidación como espacio de seguridad”, en DE LA OLIVA SANTOS, A. y CALDERÓN CUADRADO, M.P. (dirs.), *op. cit.*, p. 584. El Tratado de Lisboa considera fundamental el intercambio de información entre los Estados y entre éstos y los órganos de la Unión. Pero el principio de disponibilidad debe aplicarse al tiempo que se protege el derecho a la intimidad, considerando la Carta de los Derechos Fundamentales una libertad inherente a la dignidad humana la protección y tratamiento de los datos de carácter personal.

mismos efectos que el aseguramiento de la prueba, aunque con distintas finalidades. Por estas razones consideramos recomendable que se regule el embargo preventivo a través de una nueva Directiva que solvete los importantes óbices con los que se ha encontrado la efectiva aplicación de la DMEBAP, máxime cuando sea necesario el traslado de los efectos y haya que utilizar otros instrumentos convencionales.

Tras esta somera exposición de la problemática existente, del contexto y de los principios a los que responde la DMEBAP, nos vamos a ocupar de la emisión y recepción de las resoluciones sobre embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en los procedimientos penales, siguiendo una metodología analítica y comparativa. Identificaremos los problemas específicos de la transposición y aplicación práctica de este instrumento en España, fundamentalmente teniendo como referencia la normativa de la UE. Si bien como tal no estamos ante un análisis de Derecho comparado respecto a otros países de nuestro entorno, dado que ello excede de la finalidad de nuestro estudio, haremos algunas referencias a ciertas especialidades o diferencias derivadas de las particularidades de los respectivos ordenamientos internos.

II. La regulación de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas en el marco de la Unión Europea

La transposición al ordenamiento español de la DMEBAP, se efectuó por la Ley 18/2006, para la eficacia en la UE de las Resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en los procesos penales (LEBAP). La LRMRPUE deroga esta norma y crea un esquema al que incorporar las futuras Directivas que se adopten, siendo aplicables a todos los instrumentos el Título Preliminar (arts. 1 a 6) y el Título I sobre el régimen común sobre la transmisión y reconocimiento de las resoluciones (arts. 7 a 33), lo cual asegura la coherencia de todo el conjunto, armonizándolo. Luego se trata cada instrumento en un Título *ad hoc*, y finalmente incluye en los anexos los formularios o certificados de cada uno de ellos. El Título VII es el dedicado al reconocimiento y ejecución de las resoluciones de embargo preventivo¹³ y aseguramiento de pruebas, incorporando y modificando, parcialmente, el contenido de la LEBAP. No tenemos sino que aplaudir esta auténtica codificación en la materia, que considera la experiencia práctica del sistema anterior e intenta solventar los inconvenientes surgidos con la aplicación de las primigenias leyes de transposición.

¹³ La LEBAP sólo hablaba de embargo sin matizar que es preventivo, a diferencia de la DMEBAP. La LRMRPUE reproduce la nomenclatura de la DM y utiliza esta expresión más adecuada.

Vamos a tratar en qué medida se ha modificado la regulación original de la LEBAP, solventando los problemas interpretativos que ha podido plantear, o bien persisten cuestiones que aún no han sido resueltas. Igualmente iremos efectuando las necesarias referencias a las innovaciones y mejoras que la DOEI supondrá en la materia. Parte del contenido de la DOEI encajaría en el Título Preliminar y en el régimen general de la LRMRPUE, no siendo aventurado anticiparnos a cómo quedarán transpuestos conceptos tales como autoridad central, emisión, documentación y transmisión de la OEI, régimen de recursos, costes, práctica de las comunicaciones y control de la doble tipificación, entre otros, a lo cual haremos las oportunas referencias.

La DOEI observa que al limitarse la DMEBAP a la aprehensión de los efectos y tener que acompañarse las resoluciones de una solicitud separada de transferencia de la prueba, conforme a las normas aplicables a la asistencia mutua en materia penal, el procedimiento se divide en dos etapas, lo cual perjudica su eficacia. Por otro lado la DMEBAP tampoco permite adoptar diligencias de investigación para la averiguación o localización de los efectos. Este régimen coexiste con los instrumentos tradicionales de cooperación, por lo que a efectos prácticos las autoridades competentes lo utilizan con muy poca frecuencia (considerando n.º 4). Estos constituyen los principales problemas de la DMEBAP, como hemos anunciado más atrás.

La DOEI sólo sustituye las disposiciones de la DMEBAP en relación al aseguramiento de pruebas reales, por lo que ésta continúa vigente para el embargo preventivo. Además de forma integral incluye las diligencias de investigación, la obtención de todo tipo de pruebas y su ulterior traslado, con una finalidad tanto investigadora como cautelar, creando un título judicial unificado. La DMEBAP sólo trata de impedir provisionalmente la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de bienes que puedan emplearse como prueba y por tanto, sólo de naturaleza real (objetos, documentos o datos), lo cual sólo trata la DOEI cuando regula las medidas cautelares (art. 32), ya que abarca todas las fuentes y medios de prueba. Y ello al margen de la referencia específica a la inmovilización de activos, dado que para todos los Estados miembros vinculados, las referencias que se efectúen a la DMEBAP se entenderán realizadas a la DOEI (art. 34.2). Por tanto las alusiones que efectuemos a la DOEI sólo son extrapolables en cuanto al aseguramiento de la prueba de naturaleza real, no son aplicables al embargo preventivo, excediendo el resto de la DOEI de nuestro estudio.

Continuando con el embargo y aseguramiento de pruebas, estamos ante dos medidas de naturaleza diferente, pero ambas poseen una finalidad preventiva similar, con distinto alcance en cuanto a los objetos o bienes sobre los que pueden recaer. Se excluyen las medidas cautelares civiles del pro-

ceso civil acumulado, y aquellas que aseguren la imposición de una pena de multa o las costas. A continuación trataremos tres aspectos fundamentales de esta materia: el ámbito objetivo de aplicación, las autoridades competentes y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

Las resoluciones de embargo preventivo tienen como finalidad, siempre con carácter provisional, evitar la destrucción, transformación, desplazamiento, transferencia o enajenación de los bienes de carácter material o inmaterial, mueble o inmueble o documentos acreditativos de un título o derecho sobre ese bien, que puedan ser decomisados y que pueden constituir el producto de una infracción o los instrumentos u objetos de dicha infracción. El concepto de «embargo» no coincide con el que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM)¹⁴, sino que está referido a las diligencias de investigación referidas al cuerpo del delito y por ende a las piezas de convicción. Es decir, se trata de asegurar por un lado la efectividad de un futuro decomiso o bien de las diligencias de investigación de carácter real que luego se vayan a utilizar como prueba, al igual que embargar bienes fácilmente transferibles. Se asimila el concepto de «embargo» con el significado que tiene en otros países de nuestro entorno, enmarcándose en el ámbito de la cooperación judicial internacional, no quedando restringido como en la LECRIM a los bienes del imputado afectos al aseguramiento de su responsabilidad civil¹⁵.

Respecto al embargo preventivo, se ha observado que si bien estamos ante una de las materias en relación a las que en más ocasiones se han establecido disposiciones en Convenios de asistencia judicial en materia penal, en la DMEBAP la UE sigue una orientación diferente, separando el embargo preventivo del decomiso. La regulación separada del decomiso no está exenta de disfunciones, al no regularse el traslado posterior al Estado de emisión¹⁶, como hemos destacado.

Si la resolución versa sobre el aseguramiento de prueba, con las mismas finalidades y carácter provisional que el embargo, recaerá sobre objetos, documentos o datos que posteriormente puedan servir como medio de prueba en un proceso penal. Es decir, se amplía el ámbito objetivo si se trata de las

¹⁴ BARRIENTOS PACHO, J.M., *op. cit.*, nota 3, pp. 219 y 220. Es incuestionable que de esta forma se minimizan los problemas que puedan plantearse tanto cuando se ejecute una resolución en España como al instar la ejecución de resoluciones españolas en otros países europeos.

¹⁵ REYES LÓPEZ, J. I., “Del aseguramiento, destrucción y realización anticipada de efectos judiciales en el orden penal”, en *La Ley Penal*, n.º 57, 2009, p. 2.

¹⁶ MORÁN MARTÍNEZ, R. A., “Embargo preventivo y aseguramiento de bienes en el proceso penal”, en DE HOYOS SANCHO, M. (coor.), *El proceso penal en la Unión Europea: garantías esenciales*, Lex Nova, Instituto de Estudios Europeos, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2008, pp. 406 y 407.

fuentes de prueba o pruebas, ya que incorpora un concepto amplio de documento a diferencia del embargo preventivo, y se incluyen expresamente los datos en toda su extensión.

El concepto de «autoridad judicial» no está restringido a los Órganos Jurisdiccionales, con la finalidad de dar cabida a los Fiscales instructores u otras instituciones que existan en otros países europeos, tales como la policía¹⁷. Ello se contempla en el mismo sentido en el artículo 2 DOEI, pero con el requisito del control judicial o del Fiscal cuando sea la policía quien emita la OEI, dada la limitación de los derechos fundamentales que puede conllevar las diligencias de investigación. No obstante la tendencia existente en los instrumentos de cooperación judicial penal en la UE de equiparar al Fiscal a la autoridad judicial, quizá tiene más sentido en otros Estados, sobre todo en los que el proceso penal responde al modelo acusatorio puro o al modelo adversativo, dadas las escasas atribuciones en cuanto a la instrucción que en la actualidad tiene en España, salvo fundamentalmente, en el proceso penal de los menores.

Las autoridades judiciales competentes para la emisión, son el Juez o Tribunal que conozca del asunto (Juez instructor y órgano sentenciador¹⁸), y el Fiscal que dirija diligencias de investigación en las que se deba adoptar una medida de aseguramiento de prueba que no resulte limitativa de los derechos fundamentales. Respecto a la emisión por el Fiscal, se excluyen todas las diligencias cuya práctica requieran una potestad que sólo tenga el Órgano Jurisdiccional, con el límite temporal de la apertura de un proceso penal por el Juez instructor respecto a los mismos hechos. En cuanto a la ejecución, es competente el Juez instructor del lugar donde radiquen los bienes o las pruebas y el Fiscal para las medidas de aseguramiento que pueda realizar dentro de sus competencias sin limitar derechos fundamentales (art. 144 LRMRPUE). Por tanto la competencia del Fiscal se limita al aseguramiento de la prueba siempre que no suponga una restricción de los derechos fundamentales.

Una novedad de la LRMRPUE, consiste en resolver el problema del cambio sobrevenido en la ubicación del objeto de la resolución, que no implicará una pérdida sobrevinida de la competencia de la autoridad de ejecución, y el supuesto de que los efectos requeridos estén en distintas circunscripciones, en el que prevalece la competencia del Juez respecto a la del Fiscal (art. 144.2), cuestiones que anteriormente no estaban resueltas.

¹⁷ Ibid., pp. 409 y 410.

¹⁸ BARRIENTOS PACHO, J.M., *op. cit.*, nota 3, pp. 228 y 229. Si bien dada la naturaleza del embargo y el aseguramiento de pruebas parece ser que encuentran su auténtico sentido antes de la fase plenaria, no existe limitación legal alguna a que se soliciten posteriormente.

La cooperación entre los Estados parte de la confianza de que las resoluciones han sido dictadas conforme a los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad¹⁹. El reconocimiento y la ejecución de la resolución emitida por la autoridad judicial extranjera se efectúan de forma prácticamente automática, sin que sea necesario comprobar su conformidad con el ordenamiento interno, estando legalmente tasadas las causas de denegación. Pero la DOEI junto a la proporcionalidad, introduce el principio de necesidad conforme a los fines del proceso y los derechos fundamentales del imputado o acusado, lo cual podrá controlar el Estado de ejecución (art. 6). Estamos ante una novedad de la DOEI que sitúa el respeto los derechos fundamentales en el plano principal, lo cual está en consonancia con la importancia que se les otorga en el Tratado de Lisboa²⁰. Ello supone una reducción del alcance del principio de reconocimiento mutuo, efectuándose importantes referencias en cuanto al reconocimiento y ejecución de la OEI, a la conformidad del Derecho interno del Estado de ejecución.

El control de la doble tipificación, que puede constituir una causa de denegación, no será necesario para la lista de delitos relacionados en el artículo 3.2 DMEBAP²¹. Existe un tratamiento específico de las resoluciones dictadas por infracciones en materia tributaria, aduanera o de control de cambios, no pudiendo denegarse la ejecución si el fundamento fuere que la legislación del Estado de ejecución no contiene la misma regulación en la materia. La DOEI reproduce todo ello respecto al control de la doble tipificación (art. 11.1.g), h) y .2), pero introduce una importante innovación. Este control no se aplicará a la relación de medidas de investigación del artículo 10.2 DOEI, que de forma preceptiva tendrán que existir en todas las legislaciones nacionales. La DOEI en este sentido tiene un importante efecto armonizador en la legislación procesal, en concreto de las diligencias sumariales de investigación, de crucial importancia para la protección de los derechos fundamentales.

Algunos Estados como Alemania han criticado este sistema de lista de delitos, dado que algunas infracciones incluidas en determinadas categorías no coinciden con las regulaciones delictivas de los Códigos Penales de paí-

¹⁹ MAGRO SERVET, V., *op. cit.*, nota 5, p. 2.

²⁰ CALDERÓN CUADRADO. M.P., *op. cit.*, nota 1, pp. 114 a 117. Se ha producido un desplazamiento de las prioridades, al menos teórico, reubicándose al mercado único para dar prioridad a la persona; el espacio de libertad, seguridad y justicia se configura dentro del respeto de los derechos fundamentales. Respecto a la cooperación penal, la protección uniforme y real a través de garantías específicas, será lo que realmente posibilite la vigencia del reconocimiento mutuo.

²¹ El artículo 20 LRMRPUE contiene la misma relación de treinta y dos delitos, inaugurada con la orden europea de detención y entrega, común para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo.

ses de la UE. Por ello algunos Estados han solicitado que se definan cada una de estas infracciones o que el reconocimiento mutuo se limite sólo a las infracciones que han sido «objeto de armonización»²².

La DMEBAP no crea un título judicial unificado, a diferencia de la DOEI. Junto con la resolución que adopte la medida se remite un certificado conforme al anexo. Las medidas se adoptarán con respeto a los procedimientos exigidos por la Ley del Estado requirente, siempre que no sean contrarios a los principios fundamentales del Estado de ejecución.

La aplicación de la DMEBAP ha sido muy desigual, a pesar de la gran relevancia de la materia en la cooperación penal internacional. Las autoridades nacionales y extranjeras han optado por no usar este nuevo instrumento normativo, dado que parece ser que no le han encontrado un valor añadido respecto a los tradicionales convenios internacionales de asistencia judicial en materia penal, por lo que el principio de reconocimiento mutuo ha tenido una escasa incidencia en este ámbito. Ello es consecuencia del solapamiento de instrumentos normativos con principios diferentes aunque en teoría, compatibles. Difícilmente podría entender una autoridad judicial nacional o extranjera, que tenga que emitir una comisión rogatoria con fines probatorios, simultáneamente un certificado con su resolución respecto al aseguramiento de bienes²³, y una solicitud de asistencia o cooperación para el traslado de los efectos. Ello se solucionará para la obtención de pruebas con la transposición de la DOEI. Pero incluso una vez efectuada, no debemos olvidar que la antigüedad de la LECRIM con una inadecuada regulación de las diligencias aseguradoras del éxito de la fase instructora, y de los bienes que puedan utilizarse como medio de prueba, puede constituir un serio inconveniente para la aplicación de una OEI, dada la amplia aplicación de la *lex loci*.

III. La emisión y transmisión de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas por España

Vamos a exponer esta materia, tratando la resolución y el certificado, su transmisión al Estado requerido, el destino de los efectos, la ejecución por

²² ALIAGA CASANOVA, A. C., “La ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas. La víctima y su derecho al cobro de la indemnización”, en *Estudios Jurídicos*, 2008, p. 25.

²³ En este sentido, JIMÉNEZ-VILLAREJO, F., “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentarios a la Ley 1/2008, de 4 de diciembre”, en ARANGÜENA FANEGO, C. (coor.), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*, AA.VV., Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 312.

la autoridad extranjera conforme a la *lex loci*, la validez de las pruebas obtenidas en otro país, el sistema recursos y las indemnizaciones, reembolsos y gastos. Iremos exponiendo los principales inconvenientes o escollos que se han planteado respecto a la transposición de la DMEBAP, en qué medida incide en los mismos la LRMRPUE, y destacaremos igualmente las innovaciones que supone la DOEI.

Previamente hay que observar, que la relación de delitos para los que siempre está excluido el control de la doble tipificación, sólo se incluye en la LRMRPUE cuando la ejecución tiene lugar en nuestro país, pero no cuando España es el emisor de la resolución. Ello puede generar problemas diversos, tales como la falta de eficacia y proporcionalidad y el rechazo en otros Estados de las resoluciones españolas, lo cual ya se planteaba durante la vigencia de la LEBAP²⁴. Al margen de ello, conforme a la DMEBAP España puede establecer condiciones específicas para la ejecución, y otros países también pueden establecerlas conforme a sus respectivos ordenamientos, por lo que habría que contrastar esta cuestión en función del Estado de ejecución para verificar su viabilidad. Estimamos en este sentido que hubiera sido deseable una regulación uniforme tanto de los supuestos de emisión como los de ejecución, en aras de mejorar la aplicación de este instrumento.

La autoridad judicial española si considera necesario embargar preventivamente bienes o asegurar pruebas que se encuentren en otro Estado de la UE, emitirá una resolución motivada junto con el certificado. Éste detallará claramente si la cooperación requerida incluye el traslado de los efectos, si va acompañada de una solicitud de decomiso, o bien si tienen que permanecer en el Estado de ejecución. La LRMRPUE introduce la novedad de que debe constar de forma indiciaria que los efectos se encuentran en otro Estado miembro. Otras novedades procedimentales que valoramos positivamente, consisten en que previamente a la emisión de la resolución, se podrá recabar a la autoridad de ejecución o bien a través de los registros informáticos u organismos que puedan facilitarlo, información suficiente sobre si el bien se encuentra en dicho Estado (art. 146). También la adopción de la resolución de oficio o a instancia de parte, teniendo ésta que recabar justificación documental o fehaciente sobre la existencia del bien y su ubicación. Todo ello de alguna forma puede facilitar el uso de este instrumento. Pero persiste como vimos, una de los principales inconvenientes para su eficacia y utilización: la carencia de un título judicial unificado.

Precisamente y en cuanto al aseguramiento de pruebas, la DOEI supone la novedad de la creación de un título judicial unificado, la OEI (art. 1,

²⁴ MORÁN MARTÍNEZ, R.A., *op. cit.*, nota 16, pp. 414 y 415.

Anexo A), que abarca tanto el aseguramiento de la prueba como las medidas de investigación pertinentes para localizarlos, la participación de una o varias autoridades del Estado de emisión en el de ejecución y el traslado de los efectos. La otra gran novedad de la DOEI radica en la profunda preocupación por el respeto de los derechos fundamentales²⁵, matizando el entendimiento anterior del principio de reconocimiento mutuo, por la desconfianza entre los Estados y sus reticencias a reconocer y/o ejecutar a ciegas las medidas solicitadas²⁶.

Ello tiene importantes reflejos en el articulado de la DOEI, como se refleja en las nuevas causas de no reconocimiento y no ejecución, y las importantes concesiones a favor del principio *locum regit actum*. En conclusión se solucionarán gran parte de los inconvenientes de la regulación actual del aseguramiento de pruebas, si bien se reduce la aplicación del principio que fue definido en el Consejo de Tampere, como «piedra angular de la cooperación judicial y policial», conforme se venía haciendo en los primeros instrumentos. Estas innovaciones no tienen por qué constituir un obstáculo para la cooperación judicial y policial, sino por el contrario precisamente la fomenta, aprovechando la experiencia de estos primeros instrumentos creados en un contexto diferente. Por otro lado la profunda preocupación de la DOEI por el respeto de los derechos fundamentales, no requiere sino una valoración positiva.

Continuando con el instrumento que nos ocupa, la resolución y el certificado se remitirán directamente a la autoridad judicial de ejecución por cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan a la autoridad de ejecución comprobar su autenticidad. La LRMRPUE precisa que se remitirá el testimonio de la resolución judicial y el certificado, enviándose los originales únicamente cuando lo solicite la autoridad de ejecución (art. 7.1). Dada la provisionalidad de estas medidas, la autoridad judicial de emisión está obligada a comunicar inmediatamente su cese a la de ejecución²⁷.

El certificado tendrá que traducirse a la lengua o lenguas oficiales del Estado de ejecución o bien a una lengua oficial de la UE. La resolución española no es necesario que se traduzca, si bien puede ser conveniente para

²⁵ CALDERÓN CUADRADO, M. P., *op. cit.*, nota 1, pp. 112 y 113. El Tratado de Lisboa consolida el espacio europeo de justicia en torno al ciudadano como persona. Precisamente ello ha provocado que se conserve al reconocimiento mutuo como piedra angular y además ha obligado a reformularlo. Para ello se ha pensado en la supresión de trámites como la decisión certificada y en la modificación del control para el traslado al país requirente.

²⁶ AGUILERA MORALES, M., “El exhorto europeo de investigación: a la búsqueda de la eficacia y la protección de los derechos fundamentales en las investigaciones penales transfronterizas”, en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n. 2145, 2012, p. 4.

²⁷ El artículo 11 LRMRPUE regula la pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la resolución.

evitar retrasos, ya que es posible denegar la ejecución como consecuencia de la falta de concordancia entre la resolución y el certificado. La novedad introducida por la LRMRPUE de que ésta sólo se traducirá si así lo requiere la autoridad de ejecución, tampoco sirve para paliar este inconveniente²⁸.

El resto de las comunicaciones entre las autoridades se practicarán por el mismo método que para el certificado (art. 8.1), lo cual soluciona un importante problema de la regulación anterior. Estas otras comunicaciones carecían de un formato preestablecido, dependiendo anteriormente del pragmatismo y del «buen hacer» de las autoridades²⁹. Este nuevo criterio se podría reproducir para la transmisión de la OEI³⁰, y respecto a las comunicaciones adicionales, lo lógico es que también se efectúen conforme a dicho régimen general cuando se transponga la DOEI.

Si el Estado de ejecución establece condiciones para limitar la duración del embargo o aseguramiento de pruebas conforme a su ordenamiento, que implicara el levantamiento de la medida por el transcurso del tiempo, efectuará una previa consulta al Estado español, que dispondrá de un plazo para efectuar alegaciones (art. 149 LRMRPUE). Esta misma previsión se realiza en la DOEI cuando trata las medidas cautelares (art. 32).

El destino de los efectos puede consistir en el traslado o permanencia en el Estado de ejecución, e incluso en la realización de los mismos por el Estado de ejecución para decomisar su valor. Para la transferencia es necesario que la autoridad judicial curse una petición añadida conforme a las normas aplicables en materia de asistencia judicial en materia penal (elementos de prueba) y con las normas aplicables en el ámbito de la cooperación internacional, en materia de decomisos.

Esta petición se tendría que añadir a la resolución y el certificado, y depende de otros instrumentos normativos diferentes, si bien en el certificado se tendrá que hacer constar el destino de los efectos, expresándose el concreto instrumento internacional en el que se fundamentará la petición. Pero también cabe que se presente una posterior solicitud sobre el destino de los efectos, lo cual tendrá que especificarse en el certificado, indicando la fecha estimada de la nueva solicitud de decomiso o transferencia³¹.

²⁸ Además el artículo 7.3 LRMRPUE prevé la redacción del certificado en español si las disposiciones convencionales lo permiten.

²⁹ NOVALES BILBAO, H., «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. Ejecución en España de órdenes emitidas por otros Estados de la UE: Reconocimiento y ejecución inmediata», en BARRIENTOS PACHO, J.M. (coord.), *op. cit.*, nota 3, pp. 306 y 307.

³⁰ Si bien con los formatos de los Anexos A, B y C: OEI, confirmación de su recepción, y notificación de las intervenciones de telecomunicaciones (arts. 7.1 y .2, 16 y 31.2 DOEI)

³¹ Esta última previsión sobre la fecha está contenida en el artículo 10.1,c) DMEBAP, no ha sido incorporada expresamente en la LEBAP ni tampoco en la LRMRPUE (art. 149.3).

Como hemos dicho esta petición añadida que excede al contenido del instrumento, constituye un importante óbice para su utilización en la práctica, dado que la complica e incluso puede hacerlo poco útil o sustituible por otros instrumentos con los que se solapa. Esta problemática se soluciona por la DOEI en cuanto a las pruebas, pero subsiste para el embargo preventivo y se puede complicar por la derogación que la DOEI lleva a cabo, de las disposiciones correspondientes de instrumentos convencionales aplicables en la materia, como vimos. Ello se une a los problemas de aplicación que presenta la regulación del embargo preventivo por la DMEBAP, por lo que como expusimos *ut supra*, subrayamos la necesidad de la regulación de esta institución por una nueva Directiva.

La resolución y el certificado se enviarán directamente a la autoridad competente para la ejecución³². Para ello la autoridad española recabará la información por todos los medios necesarios, incluidos los Puntos de Contacto de la Red Judicial Europea, lo cual también se prevé en la DOEI. En la LRMRPUE se confiere un gran protagonismo a EUROJUST dentro del régimen general. Si la autoridad extranjera a la que se les remitan carece de competencia, tendrá que transmitirlos de oficio a la autoridad competente notificándolo a la autoridad judicial de emisión³³, lo cual también se establece en la DOEI (art. 7).

La autoridad judicial extranjera ejecutará la medida conforme a la *lex loci*, por lo que las normas complementarias de la ejecución son las del país requerido. Específicamente para el aseguramiento de pruebas, la autoridad española cuando sea necesario para garantizar su validez en nuestro país³⁴, solicitará que se observen las formalidades o procedimientos previstos en el Derecho español que de forma expresa indique en el certificado, siempre que no sean contrarias a los principios fundamentales del Derecho del Estado de ejecución (art. 147.2 LRMRPUE). Este mismo criterio y esta posibilidad también están previstos en la OEI, e incluso que una o varias autoridades del Estado de emisión asistan a la ejecución (como las actuales comisiones rogatorias), si bien se añade que dichas formalidades o procedi-

³² En este sentido destacamos la gran utilidad de la herramienta *European Judicial Network* (EJN), además de contener las “Fichas Belgas”.

³³ El artículo 16.2 LRMRPUE establece que también tendrá que notificarse al Ministerio Fiscal.

³⁴ Al respecto resulta ilustrativa la STS 811/2012, de 30 de octubre, en cuyo FD Noveno destaca que “*el refuerzo de la confianza mutua exige, además, una aplicación coherente de los derechos y garantías establecidos en el artículo 6 del CEDH*”, observando en el FD Décimo, que “*...es fácil constatar que en los países de nuestro entorno la eficacia indirecta de la prueba ilícita no se aplica de forma absoluta o ilimitada, sino en una forma matizada muy próxima a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.*”

mientos no se podrán tener en cuenta cuando la DOEI disponga lo contrario (art. 9.1 y .2 y .4).

De cualquier forma en modo alguno se trata de aplicar todo el Derecho del estado de emisión, sino tan sólo las formalidades específicas que se consideren imperativas en su ordenamiento. En caso de que se trate de aseguramiento se prueba, en el certificado deberá constar la necesidad de que la recogida se haga directamente por la autoridad judicial y que se permita a las partes del proceso asistir a la misma³⁵. Es lógico que se realice esta previsión, dado que las pruebas tienen que surtir efectos en el proceso del Estado requirente³⁶.

Existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS) en el sentido de otorgar validez a las pruebas practicadas conforme a la legalidad de otro estado, sin que puedan rechazarse desde el punto de vista de su conformidad con el Derecho español. Es decir, si bien estas pruebas pueden ser cuestionadas o atacadas, el TS no considera que los argumentos para ello sean la inconformidad con el Derecho español, sino la infracción de la legalidad del Estado en el que se practicaron³⁷.

En este materia observamos también que la DOEI potencia la ejecución conforme al criterio *locum regit actum*. Permite que la autoridad de ejecución recurra a una medida de investigación diferente a la indicada en la OEI para localizar las fuentes de prueba, cuando la medida no exista en el Derecho nacional del Estado de ejecución, no esté prevista para un caso interno similar, o bien existan otras medidas con el mismo resultado por medios menos invasores de la intimidad. De ello habrá que informar a la autoridad de emisión, que podrá retirar o completar la OEI (art. 10.1, .3 y .4), favoreciéndose la eficacia de las actuaciones.

Por otro lado la DOEI introduce la novedad de que si en estos supuestos no existe ninguna medida de investigación del Estado de ejecución que tenga el mismo resultado que la solicitada, la autoridad de ejecución no pro-

³⁵ ALIAGA CASANOVA, A. C., *op. cit.*, nota 22, p. 20.

³⁶ BUJOSA VADELL, L. M., "Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas. Comentario a la Decisión Marco 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio de 2003", en *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 3, 2004, p. 10.

³⁷ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.*, nota 6, pp. 11 a 13, que advierte de las graves distorsiones que puede generar el principio de reconocimiento mutuo en estado puro respecto a la práctica de la prueba, sin que exista una armonización previa de los ordenamientos estatales. El TEDH si bien ha desarrollado un importante acervo jurisprudencial sobre ciertas garantías procesales del imputado o acusado, aún no contiene demasiadas aportaciones sobre la ilicitud de la prueba, existiendo una escasa armonización en Derecho probatorio. El abandono de parcelas de soberanía antes irrenunciables es inevitable, pero sería inaceptable que ello afectara a las libertades y derechos fundamentales.

porcionará la asistencia requerida (art. 10.5). Observamos que esta posibilidad no se contempla como una causa de denegación, sino que estamos ante una imposibilidad de ejecución material como consecuencia de las específicas regulaciones de los Estados miembros. Constituye un control sobre el contenido de la OEI que al igual que los supuestos de sustitución de la medida, reduce la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, priorizando los principios de proporcionalidad y necesidad conforme al ordenamiento del Estado de ejecución, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales³⁸. De ahí que haya sido necesario establecer en la DOEI un catálogo de medidas de investigación, que de forma obligatoria tendrá que existir en todos los Derechos nacionales.

Continuando con las resoluciones de embargo preventivo o aseguramiento de pruebas, éstas se podrán recurrir a través de los recursos que prevé el ordenamiento español, criterio reproducido en la DOEI (art. 14). La LRMRPUE introduce una regulación más completa, estableciendo además la comunicación inmediata a la autoridad de ejecución de la estimación, e incluyendo una referencia al indulto, si bien consideramos que el indulto tiene escasa incidencia en este instrumento, dado que sería muy difícil que se dictaran estas resoluciones tras la firmeza de la sentencia. Se excluyen totalmente los recursos cuando el Fiscal es la autoridad española de emisión, aunque se puede valorar posteriormente su decisión durante el procedimiento penal.

Respecto a las indemnizaciones y reembolsos, hasta la LRMRPUE nuestro país tenía que reembolsar al Estado de ejecución las cantidades abonadas en concepto de reparación de daños y perjuicios causados a los titulares de derechos e intereses legítimos, siempre que éstos no se deban exclusivamente a la actividad de dicho Estado. En la LRMRPUE (art. 15) se recoge el mismo criterio y se sustituye la mención de titulares de derechos e intereses legítimos, por la de terceros, por lo que se excluye a las partes del proceso.

La importante cuestión práctica de quién tiene que abonar los gastos generados sólo se abordaba parcialmente por el artículo 12 DMEBAP, que únicamente contempla los daños y perjuicios que se hubieran generado. La solución que se proponía era que los demás gastos tendrían que ser satisfechos por el Estado requirente en cuanto a la solicitud, y por el requerido los de la ejecución, lo cual está en consonancia con la filosofía del Espacio Judicial Europeo³⁹. La LRMRPUE aclara esta importante cuestión, estableciendo que España como Estado de emisión financiará los gastos que se

³⁸ En este sentido, AGUILERA MORALES, M., *op. cit.*, nota 26, pp. 16 a 18.

³⁹ BUJOSA VADELL, L. M., *op. cit.*, nota 36, p. 12.

ocasionen, salvo los que se produzcan en el Estado de ejecución (art. 14.1). La DOEI, al margen de la responsabilidad civil de los funcionarios que se desplacen al Estado de ejecución (art. 18), sólo se ocupa de los costes relacionados con la ejecución, de los que se hará cargo el Estado de ejecución, si bien en caso de que éste los considere elevados, podrá llegar a un acuerdo con la autoridad de emisión sobre su reparto (art. 21), por lo que vemos como se flexibiliza el criterio.

IV. La ejecución en España

Vamos a tratar la adopción de la decisión de ejecución, los medios para la recepción de la resolución y el certificado, las causas de denegación, la ejecución conforme al principio de integridad, el predominio de la *lex loci* y el sistema de recursos. Del mismo modo que hemos hecho en anteriores apartados, efectuaremos las necesarias observaciones sobre los principales óbices que se han planteado sobre la transposición de la DMEBAP, la nueva regulación de la LRMRPUE, y las novedades de la DOEI.

No se efectuará el control sobre la doble tipificación, si la resolución extranjera de embargo o aseguramiento de pruebas, hubiera sido emitida por un delito que esté contemplado en el elenco del artículo 20 LRMRPUE, y esté castigado con penas privativas de libertad de al menos tres años (art. 150). En el resto de los delitos se autoriza la denegación (art. 32.2), lo cual coincide con la DOEI, donde la amplia relación de motivos de denegación es de carácter facultativo (art. 11).

Con carácter general, la decisión de ejecución se adoptará inmediatamente, y será comunicada a la autoridad de emisión y al Fiscal por cualquier medio que deje constancia escrita, resolviendo lo procedente y comunicándolo dentro de las 24 horas⁴⁰ siguientes a la recepción de la resolución y el certificado⁴¹. Ello contrasta con la OEI, donde existe una mayor flexibilidad respecto a los plazos, dada la complejidad de este instrumento, que abarca numerosas e importantes actuaciones que no están incluidas en la DMEBAP, la trascendencia de la *lex loci*, e incluso por la propia redefinición que efectúa del principio de reconocimiento mutuo. Al margen de que la autoridad de ejecución tenga una semana para enviar el Anexo B con el que confirma la recepción de la OEI, la prioridad y celeridad se efectuará

⁴⁰ NOVALES BILBAO, H., *op. cit.*, nota 29, p. 313. Este plazo nos sitúa prácticamente en las competencias por razones de urgencia de los Juzgados de Guardia.

⁴¹ Una novedad del artículo 151.2 LRMRPUE, es el establecimiento de un plazo de cinco días para la averiguación de la localización de los bienes objeto de embargo preventivo, si bien no se establece plazo alguno para los bienes objeto del aseguramiento de pruebas.

conforme a las medidas internas similares del Estado de ejecución, lo antes posible y con el límite de treinta días, salvo que concurran supuestos de aplazamiento en los que se podrá prorrogar otros treinta. El límite para la ejecución se fija en noventa días y previa consulta con la autoridad de emisión, también podrá ser prorrogado (art. 12).

Como decíamos, la decisión de ejecución tendrá lugar conforme al principio de ejecución inmediata en el plazo de 24 horas, en todos los supuestos en los que no resulte necesario efectuar el control de la doble tipificación, salvo en dos supuestos en los que hay que verificar dos requisitos de índole formal. Por un lado si la autoridad que recibiere la resolución no fuere la competente, supuesto en el que transmitirá de oficio la resolución extranjera y su certificado a la autoridad que resulte competente. Por otro, en el caso de que el certificado no esté traducido al español⁴². En este supuesto la autoridad española lo remitirá de forma inmediata a la autoridad de emisión para que lo traduzca, ya que constituye un requisito imprescindible⁴³. No es necesario que se traduzca la resolución que lo acompaña.

En caso de insuficiencia u omisión del certificado, la autoridad española puede fijar un plazo para su presentación, aceptar un documento equivalente o dispensar del mismo a la autoridad de emisión si considera suficiente la información proporcionada. La LRMRPUE establece estas soluciones, con las novedades de que será necesario oír al Fiscal y de que si faltara la resolución se acordará un plazo para que se remita (art. 19).

Cuando España es el Estado de recepción de la resolución y el certificado, se contemplan como medios de transmisión, el correo certificado, fax y medios informáticos o telemáticos, siempre que estos dos últimos contengan firma electrónica que permitan verificar su autenticidad⁴⁴. Hubiera sido deseable una regulación más homogénea de estos medios o bien una clara relación *numerus apertus*⁴⁵. En cuanto al resto de las comunicaciones entre la autoridad española y la de emisión, se establecen estos mismos medios siendo facultativo el uso de la lengua española (art. 18.2 LRMRPUE), lo cual soluciona esta cuestión, dado que anteriormente se establecía que se efectuarán por cualquier medio que deje constancia escrita.

⁴² La LRMRPUE introduce la novedad de permitir otras lenguas en algunos supuestos (art. 17.1).

⁴³ NOVALES BILBAO, H., *op. cit.*, nota 29, p. 308.

⁴⁴ El artículo 18.1 LRMRPUE establece estos medios, si bien será necesario el envío del original si se recibieran por fax, lo cual afecta al cómputo de los plazos.

⁴⁵ CEREIJO SOTO, A., “Efectos judiciales, instrumentos del delito y piezas de convicción. Nuevas perspectivas a partir de 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”, en *Diario La Ley*, n.º 6596, 2006, p. 2.

Esta regulación asimétrica de la legislación española, de determinados requisitos formales de las comunicaciones para la recepción de las resoluciones respecto a su emisión, es consecuencia de que los Estados de ejecución pueden determinar numerosos aspectos conforme a la *lex loci*. Del mismo modo sucede con el resto de las comunicaciones entre las autoridades judiciales, las cuales se realizarán de la forma que exija la legislación del Estado al que se dirigen para asegurarse su autenticidad⁴⁶.

Pero la restricción del legislador español de los medios para la recepción de las solicitudes, puede plantear el inconveniente práctico de dificultar a las autoridades judiciales del resto de los Estados conocer los medios específicos de nuestra legislación, y además el problema de que no está prevista como causa de denegación que éstas se hayan recibido por otros medios diferentes. Por ello se sostiene la solución de que si el medio empleado permite al Estado español establecer su autenticidad y hay constancia escrita, no se podrá denegar la ejecución solicitada⁴⁷. Nada obsta a que ésta regulación de las comunicaciones, dentro del régimen general de la LRMRPUE, sea también la que se aplique cuando se transponga la DOEI.

Los motivos de denegación están legalmente tasados, al igual que los de la suspensión de la ejecución. Al margen de lo expuesto anteriormente sobre el control de la doble tipificación, las autoridades judiciales españolas no reconocerán ni ejecutarán las medidas solicitadas, si faltara el certificado o fuera erróneo, la medida solicitada estuviera prohibida en nuestro ordenamiento o exista inmunidad o privilegio que impida la ejecución⁴⁸ y la prestación de la asistencia vulnerara el principio *non bis in idem*⁴⁹.

Una novedad destacable es el establecimiento en la LRMRPUE como motivo general de denegación, que la resolución se refiera a hechos para cuyo enjuiciamiento sean competentes las autoridades españolas y si se hubiera condenado, la sanción hubiera prescrito conforme a nuestro ordena-

⁴⁶ REYES LÓPEZ, J. I., *op. cit.*, nota 15, p. 2.

⁴⁷ ALIAGA CASANOVA, A. C., *op. cit.*, nota 22, p. 23.

⁴⁸ El artículo 31 LRMRPUE hace referencia a las inmunidades, del mismo modo que la DMEBAP, y a diferencia de la regulación anterior, regula su levantamiento. Lo solicitará la autoridad española de ejecución salvo que el levantamiento sea competencia de otro Estado o de una Organización Internacional, que lo tendrá que solicitar la autoridad de emisión, criterio reproducido en el artículo 11.5 DOEI.

⁴⁹ El artículo 32.1,a) LRMRPUE habla de vulneración del principio *non bis in idem*, recuperando la expresión original de la DMEBPAP. El principio *non bis in idem* se interpretará en los términos establecidos en las Leyes y en los Convenios o Tratados Internacionales ratificados por España, y en concreto destacamos el artículo 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen, que no impide la duplicidad de procesos, sino el cumplimiento de la doble sanción.

miento⁵⁰. Como criterio general también se introduce en la LRMRPUE, la novedad de que si pudiera concurrir una causa de denegación o un defecto subsanable en la emisión o transmisión, la autoridad de ejecución puede solicitar información complementaria a la de emisión, fijándole un plazo para su remisión (art. 30).

En la DOEI se reproducen fundamentalmente todas estas causas de denegación, que como en la DMEBAP tienen carácter facultativo, y se añaden otras adicionales para la protección de la libertad de prensa y de expresión en los medios de comunicación, la protección de la seguridad nacional, y además se contempla que la medida de investigación no exista o sea desproporcionada conforme al Derecho del Estado de ejecución (art. 11). Ello constituye una reducción del alcance del principio de reconocimiento mutuo en aras de priorizar la protección de los derechos fundamentales, el principio de proporcionalidad y el criterio *locum regit actum*⁵¹.

La decisión de denegación del reconocimiento o ejecución se adoptará sin dilaciones y de forma motivada, y se notificarán a la autoridad de emisión por cualquier medio que deje constancia y al Fiscal⁵². También se comunicará inmediatamente y del mismo modo, la imposibilidad material de ejecutar la medida.

Otra posibilidad consiste en que se reconozca la medida, pero que se suspenda su ejecución por los motivos igualmente tasados. Se trata de que la ejecución pueda impedir el correcto desarrollo de una investigación penal en España durante el tiempo necesario, y que sobre los bienes o pruebas ya existan medidas anteriores jurisdiccionales o administrativas que tengan prioridad conforme al Derecho español. En estos supuestos tanto de la suspensión como de sus razones, duración prevista si fuera conocida, como si se llevara a cabo la inmediata ejecución cuando desaparezcan los motivos, tendrá que informarse a la autoridad de emisión, al igual que si sobre el mismo bien específico recayeran otras medidas restrictivas⁵³. El artículo 15 DOEI trata esta materia como motivos para aplazar el reconocimiento o la

⁵⁰ Contenido en el artículo 32.1.f), estimamos que esta novedad responde igualmente al principio *non bis in idem* interpretado conforme al Derecho Internacional, aplicándose analógicamente el criterio del artículo 54 del Convenio de Aplicación de los Acuerdos de Schengen, cuando trata la imposibilidad de ejecutar la condena.

⁵¹ Extrapolamos aquí lo anteriormente expuesto cuando tratamos la sustitución o no ejecución de la medida solicitada en la DOEI.

⁵² Regulado en el artículo 16.3 LRMRPUE, dado que el Fiscal también puede ser la autoridad de ejecución, creemos que también se debería contemplar específicamente este supuesto.

⁵³ La LRMRPUE también introduce como causa de suspensión, la pérdida sobrevenida del carácter ejecutorio de la resolución (art. 23) y la interposición de recurso si pudiera producir situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación (art. 24).

ejecución, coincidiendo sustancialmente con estas causas en cuanto a su finalidad.

Las medidas de embargo preventivo o aseguramiento de la prueba se ejecutarán conforme a lo establecido en la solicitud, sin que puedan extenderse a otros bienes o documentos («principio de integridad»)⁵⁴. La ejecución se efectuará conforme al principio *locum regit actum*, si bien en el caso de que la autoridad de emisión hubiera indicado alguna formalidad o procedimiento específico para garantizar la validez de las pruebas, la autoridad española tendrá que respetarlos (principio *forum regit actum*)⁵⁵, siempre que estén conformes con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, aunque las medidas coercitivas complementarias se adoptarán siempre según el ordenamiento español (art. 21 LRMRPUE). Si además se hubiera solicitado la transferencia de los efectos, la autoridad española tendrá que resolver conforme a las normas de asistencia judicial penal aplicables al caso. Pero no cabe denegar la transferencia de los elementos de prueba por ausencia de doble tipificación, si la solicitud está referida a los supuestos en los que este control no es necesario, a diferencia de que puedan establecer las normas de asistencia judicial aplicables⁵⁶.

La medida se mantendrá hasta que se resuelva definitivamente la solicitud de transferencia o decomiso cursada por la autoridad de emisión. La autoridad de ejecución española, previa consulta con la autoridad de emisión, podrá imponer condiciones conforme a la *lex loci* a los efectos de limitar la duración o de modificar la medida específica, incluyendo la destrucción y realización anticipada de efectos⁵⁷. Estimamos que estas condiciones no deben perder la perspectiva del principio de reconocimiento mutuo y ejecución inmediata, que orientan la norma que analizamos, en virtud del cual se parte de la confianza de que las resoluciones que se reciben han sido dictadas conforme a los principios de legalidad, subsidiariedad y proporcionalidad⁵⁸. En el supuesto de que la autoridad española acuerde el alzamiento o modificación de la medida, tendrá que dar audiencia de forma inmediata a la autoridad de emisión, para que manifieste lo que considere pertinente. En todo caso la medida adoptada se alzará sin dilación cuando la autoridad de

⁵⁴ CEREIJO SOTO, A., *op. cit.*, nota 45, p. 2.

⁵⁵ Reproducimos aquí lo expuesto anteriormente al tratar esta cuestión en la DOEI cuando España es el Estado de emisión.

⁵⁶ ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *op. cit.*, nota 6, p. 7.

⁵⁷ Al producto de la venta de un bien por iniciativa de la autoridad española, se le debe dar el mismo tratamiento que cuando se efectúa por orden de una autoridad extranjera (art. 367 *quinques* LECRIM).

⁵⁸ Extrapolamos aquí las mismas precisiones efectuadas cuando España es el Estado de emisión de la OEI en relación a los principios de proporcionalidad y necesidad, y la restricción que puede suponer de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

emisión comunique que la ha dejado sin efecto y cuando expire el tiempo para el que fue requerida.

En cuanto a los recursos se diferencian entre los que se planteen contra las resoluciones que resuelvan sobre la ejecución de las resoluciones y los recursos sobre los motivos de fondo por los que se adopte la resolución. Estos últimos sólo se pueden impugnar ante las autoridades del Estado de emisión⁵⁹. Los recursos que se pueden interponer son todos los previstos en la LECRIM, siendo necesario comunicar a la autoridad de emisión su interposición, motivos y decisión que se adopte, constituyendo una novedad la referencia expresa a que las resoluciones del Fiscal son irrecurribles, sin perjuicio de su valoración posterior en el proceso penal que se siga en el Estado de emisión (art. 24 LRMRPUE).

Finalmente respecto a los gastos e indemnizaciones, reproducimos aquí lo expuesto *ut supra* cuando España es el Estado de emisión, y destacamos la novedad de que el Ministerio de Justicia abonará las indemnizaciones a terceros, si bien reclamará el reembolso al Estado emisor si los daños y perjuicios no son responsabilidad de España (art. 26. LRMRPUE).

V. Conclusiones

La DMEBAP ha tenido un escaso éxito en la práctica, como consecuencia de su solapamiento con otros instrumentos de reconocimiento mutuo y coexistir con los tradicionales instrumentos de cooperación y asistencia judicial. No permite la práctica de diligencias de investigación para localizar los efectos judiciales ni su ulterior traslado al Estado de emisión, existiendo en la materia un marco fragmentario y complejo que ha supuesto la escasa utilización práctica de este instrumento, constituyendo un problema la carencia de un título judicial unificado. Ello se solventa en cuanto a la actividad probatoria con la OEI, si bien los inconvenientes expuestos permanecen en cuanto al embargo preventivo y por tanto a la aprehensión de los efectos judiciales del cuerpo del delito.

En la actualidad es necesario hacer balance del funcionamiento efectivo de los primeros instrumentos de reconocimiento mutuo. Por un lado respecto a la técnica seguida para su transposición al ordenamiento español. Por otro teniendo en cuenta el diverso contexto histórico en que se crearon, dado que en la actualidad la preocupación por la crisis financiera ha desplazado en gran medida a la amenaza terrorista, y la seguridad jurídica ostenta

⁵⁹ Criterio que sigue el artículo 14 DOEI, cuyo contenido salvo algunos matices, coincide con lo regulado en el régimen general de la LRMRPUE (art. 24.3).

un papel primordial. Los Estados se han mostrado recelosos a la aceptación del principio de reconocimiento mutuo de forma pura y respecto a la libre circulación de efectos judiciales y pruebas en la UE como si se tratara de mercancías, no sólo en lo que respecta a la cesión de importantes parcelas de soberanía en cuanto al ejercicio del *ius puniendi*, sino en aras de priorizar la protección de los derechos fundamentales.

La LRMRPUE, que deroga todas las leyes promulgadas hasta la fecha para transposición de los instrumentos de la UE aprobados en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales, inaugura una nueva técnica legislativa que supera la incorporación individual de cada Decisión Marco y Directiva, creando un esquema en el que sería fácil incorporar las futuras Directivas que se adopten. Se trata de una auténtica codificación en la materia que aprovechando la experiencia de las primeras Leyes de transposición, solventa los problemas interpretativos que han podido surgir y establece un interesante régimen común y general para todos los instrumentos de reconocimiento mutuo, que contribuye a la seguridad jurídica facilitando su aplicación.

Pero lo que es más importante, es la propia redefinición por la DOEI del alcance que el principio de reconocimiento mutuo tuvo en los primeros instrumentos. La DOEI efectúa importantes concesiones a la soberanía y al control de los Estados de ejecución de la OEI, en pro de la salvaguarda de los derechos fundamentales. Ello se debe a varias razones, tales como el diverso contexto en que se crearon aquellos, en el que la amenaza terrorista constituía la gran preocupación, y se restringieron en numerosos ordenamientos los derechos civiles del ciudadano a cambio de seguridad, el balance de la experiencia del funcionamiento práctico de los primeros instrumentos de reconocimiento mutuo y las objeciones en algunos Estados como Alemania a la aplicación de este principio de forma pura, Estado que como sabemos, tiene un gigantesco peso en las decisiones que se adoptan en la UE. Contextualizar los instrumentos no es baladí, como comprobamos en la DOEI en el tratamiento que se confiere a la información sobre cuentas y operaciones bancarias o financieras y a la inmovilización de activos, dado que la preocupación por la crisis financiera ha desplazado en gran medida a la anterior. De cualquier forma su principal ventaja estriba en la creación de un título judicial unificado, si bien sólo en cuanto al aseguramiento de la prueba, continuando siendo predicables los inconvenientes expuestos al embargo preventivo de bienes.