

# *El Espacio Penitenciario Europeo*

**MARCOS BARAS GONZÁLEZ**





*Premio Nacional  
Victoria Kent  
Año 2012*

*Primer Accésit*

# **EL ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO**

**Marcos Baras González**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DEL INTERIOR

SECRETARÍA  
GENERAL  
DE INSTITUCIONES  
PENITENCIARIAS

COLECCIÓN: *PREMIOS VICTORIA KENT*

**Edita:**

Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica

**Autor y Gestión de los contenidos:**

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias



**Gestión de la producción de esta publicación:**

Organismo Autónomo Trabajo Penitenciario  
y Formación para el Empleo

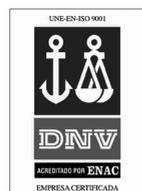


**Diseño y Maquetación:**

Taller de Artes Gráficas (Preimpresión)  
Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro)



El Taller de Artes Gráficas del Centro Penitenciario Madrid III (Valdemoro) posee la Certificación ISO 9001:2008 N° 03/C-SC005



DNV CERTIFICA QUE EL SISTEMA DE GESTIÓN DE LA CALIDAD EN IMPRESIÓN, ARTES GRÁFICAS, DISEÑO Y CONFECCIÓN INDUSTRIAL ES CONFORME A LA NORMA ISO 9001:2008. CENTROS DEL ALCANCE: MADRID I, MADRID III, MADRID V, TOPAS, EL DUESO, CÓRDOBA, JAÉN, SEGOVIA Y LA GERENCIA DEL OATPFE.

**N.I.P.O.:** 126-13-044-5

**N.I.P.O. Web:** 126-13-043-X

**Depósito Legal:** M-14657-2013

**ISBN:** 978-84-8150-305-0

**Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado**

<http://publicacionesoficiales.boe.es>



En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública

## ÍNDICE

	Págs.
<b>Abreviaturas</b> .....	9
<b>Introducción</b> .....	15
<b>PARTE I.</b>	
<b>Configuración jurídica del Espacio Penitenciario Europeo en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Especial atención a los derechos fundamentales</b>	27
<b>1. El Espacio Penitenciario Europeo en la Unión Europea y en el Espacio de Libertad Seguridad y Justicia</b> .....	29
1.1. El Espacio de Libertad Seguridad y Justicia y su evolución en el ámbito de la Unión Europea.....	29
1.2. La configuración del Espacio Penitenciario Europeo como una necesidad para los ciudadanos y los Estados miembros .....	47
1.3. El efecto directo de las Decisiones marco en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ámbito penitenciario .....	50
1.4. Algunas disfunciones vigentes del Espacio Penitenciario Europeo en su aplicación en España .....	61
1.4.1. Resoluciones jurisdiccionales referentes a la prisión provisional en procedimientos de extradición .....	61
1.4.2. Efectos del art. 197.1 del Reglamento Penitenciario español a la luz del Derecho de la Unión Europea y las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Audiencias Provinciales. Un ejemplo de la utilidad del Espacio Penitenciario Europeo.....	68
1.4.2.1. Planteamiento de la cuestión .....	68
1.4.2.2. Fundamentos jurídicos de la interpretación del precepto ...	70
1.4.2.3. Posibles soluciones legales a las interferencias entre sistemas penitenciarios en la Unión Europea .....	77
<b>2. La influencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Espacio Penitenciario Europeo</b> .....	81
<b>PARTE II.</b>	
<b>El Derecho derivado o secundario del Espacio Penitenciario Europeo</b> .....	97
<b>3. Normas de la Unión Europea anejas al Espacio Penitenciario Europeo: medidas cautelares, sanciones penales no privativas de libertad, alternativas a la prisión preventiva y otros instrumentos con influencia en el ámbito penitenciario</b> .....	101
3.1. La Orden Europea de Detención y Entrega y sus repercusiones penitenciarias.....	101

3.1.1. Características generales .....	105
3.1.2. El procedimiento de aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega y sus consecuencias prácticas en el Espacio Penitenciario Europeo (doble cómputo de la prisión provisional) .....	109
3.1.2.1. Caso de no dictarse medida cautelar alguna, y concurrieran pena de prisión y Orden Europea de Detención y Entrega .	110
3.1.2.2. Caso del interno al que durante el cumplimiento de una condena de prisión en España, se le dicta una prisión provisional en garantía del cumplimiento de una Orden Europea de Detención y Entrega .....	113
3.1.3. Valoración crítica de la Orden Europea de Detención y Entrega y sus repercusiones penitenciarias .....	114
3.2. Multas y otras obligaciones dinerarias en el Espacio Penitenciario Europeo .....	116
3.3. Efectos de las condenas penales en un Estado miembro distinto del que la dictó.....	122
3.4. Circulación de los antecedentes penales en el Espacio Penitenciario Europeo: principales problemas planteados .....	124
3.5. Protección de datos en el Espacio Penitenciario Europeo .....	126
3.6. Tratamiento de la víctima en el Espacio Penitenciario Europeo .....	130
3.7. Medidas alternativas a la prisión provisional que nos proporciona el Espacio Penitenciario Europeo .....	136
<b>4. El nuevo sistema de traslado de personas condenadas. La vertebración del nuevo Espacio Penitenciario Europeo .....</b>	<b>143</b>
4.1. Antecedentes .....	144
4.2. Relaciones entre Estados en el traslado de personas condenadas .....	146
4.2.1. Consentimiento de los Estados miembros y eventual del condenado .....	146
4.2.2. Motivos de la denegación .....	149
4.2.2.1. Error en el certificado .....	149
4.2.2.2. No concurrencia de las condiciones del art. 4.1 .....	149
4.2.2.3. Contravención del principio <i>non bis in ídem</i> en el traslado de personas condenadas .....	150
4.2.2.4. Sentencias condenatorias por delitos no enumerados en el apartado 1 del art. 7, ni infracciones tipificadas doblemente en el Estado de emisión y el Estado de ejecución, o que hubieran sido objeto de la declaración contraria a su aplicación del apartado 4 .....	153

4.2.2.5.	Prescripción de la condena conforme a la legislación del Estado de ejecución .....	153
4.2.2.6.	Concurrencia de inmunidad en el Estado de ejecución de la persona condenada .....	154
4.2.2.7.	Edad del condenado .....	156
4.2.2.8.	Condena pendiente de cumplir inferior a seis meses .....	157
4.2.2.9.	Sentencia dictada en rebeldía .....	157
4.2.2.10.	Concurrencia del principio de especialidad .....	159
4.2.2.11.	Pena de imposible cumplimiento para el Estado de ejecución, conforme a su ordenamiento jurídico .....	162
4.2.2.12.	Condena por hechos cometidos, en su integridad o en su mayor parte, en el territorio o equivalente del Estado de ejecución .....	162
4.2.3.	Información recíproca .....	162
4.2.3.1.	Del Estado de emisión al Estado de ejecución .....	163
4.2.3.2.	Del Estado de ejecución al Estado de emisión .....	165
4.3.	Personas susceptibles de ser trasladadas .....	166
4.4.	Estatus jurídico de la persona objeto de traslado .....	167
4.5.	Requisitos para el traslado .....	169
4.5.1.	Régimen del Convenio de Estrasburgo de 1983 .....	169
4.5.2.	Sistema de la Decisión marco 2008/909/JAI .....	170
4.6.	Procedimiento de traslado .....	173
4.6.1.	Con respecto al condenado .....	174
4.6.2.	En el Estado de emisión .....	175
4.6.3.	En el Estado de ejecución .....	182
4.6.4.	Posibilidad de alegar por un Estado miembro o la Comisión Europea, el incumplimiento de un Estado miembro de los prescrito por la Decisión marco 2008/909/JAI .....	184
4.7.	Régimen jurídico del cumplimiento .....	186
4.7.1.	Sistema del Convenio de Estrasburgo de 1983 .....	186
4.7.2.	Sistema de prosecución .....	186
4.7.3.	Sistema de conversión .....	187
4.7.4.	Cumplimiento según la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo .....	188
4.8.	Relaciones con la Orden Europea de Detención y Entrega y con otros Acuerdos o Convenios .....	190
4.8.1.	Euro-orden .....	190
4.8.2.	Otros Acuerdos y Convenios .....	191

4.9. Aplicación espacial y temporal del nuevo sistema de traslado de personas condenadas .....	192
<b>5. Penas y medidas alternativas como sustitutivo legal a la pena de prisión: penas suspendidas, sustituidas o en libertad condicional en el Espacio Penitenciario Europeo .....</b>	<b>195</b>
5.1. Precisiones terminológicas .....	200
5.2. Aplicación .....	201
5.3. Autoridades competentes .....	204
5.4. Medidas, obligaciones e “instrucciones” .....	205
5.5. Medidas alternativas a la prisión en Europa y España .....	210
5.6. Regulación positiva en España .....	212
5.6.1. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad ...	212
5.6.2. Sustitución de penas .....	215
5.6.3. La libertad condicional .....	216
5.7. Procedimiento .....	218
5.7.1. Esquema general .....	218
5.7.2. Estado de emisión .....	220
5.7.3. Estado de ejecución .....	222
5.8. Circunstancias para el no reconocimiento .....	226
5.9. Régimen jurídico aplicable al cumplimiento de medidas sustitutivas ..	231
5.9.1. Sistema general o básico .....	231
5.9.2. Decisiones ulteriores .....	232
5.10. Otras disposiciones de la Decisión Marco 2008/947/JAI .....	234
Conclusiones .....	237
Referencias bibliográficas .....	253

# **ABREVIATURAS**



AAP	<i>Auto Audiencia Provincial</i>
AELC	<i>Asociación o Acuerdo Europeo de Libre Comercio (EFTA), del que forman parte Islandia, Noruega, Suiza y Liechtenstein</i>
AGPD	<i>Agencia Española de Protección de Datos</i>
AJVP	<i>Auto Juzgado de Vigilancia Penitenciaria</i>
AP	<i>Audiencia Provincial</i>
AN	<i>Audiencia Nacional</i>
Art.	<i>Artículo</i>
ASCH	<i>Acuerdo Schengen de 14 de junio de 1985</i>
ATC	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
AUE	<i>Acta Única Europea (publicada en DOCE el 29 de junio de 1987)</i>
BIMJ	<i>Boletín de Información del Ministerio de Justicia</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CAAS	<i>Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 junio 1990.</i>
CAJI	<i>Cooperación de Asuntos de Justicia e Interior (TM), antecedente inmediato del ELSJ (TA y TL)</i>
CC	<i>Código Civil español</i>
CCEE	<i>Comunidades Europeas</i>
CDFUE	<i>Carta Derechos Fundamentales de la Unión Europa</i>
CE	<i>Constitución Española de 1978</i>
CECA	<i>Comunidad Europea del Carbón y del Acero</i>
CEDH	<i>Convenio Europeo Derechos Humanos (Roma, 4 de noviembre de 1950)</i>
CEE	<i>Comunidad Económica Europea</i>

CEEA	<i>Comunidad Europea de la Energía Atómica</i>
CEEX	<i>Convenio Europeo de Extradición</i>
CEF	<i>Conferencia Europea de la Probation</i>
CEPC	<i>Comité Europeo para los Problemas Criminales (Consejo de Europa)</i>
CGPJ	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
CIG	<i>Conferencia Intergubernamental</i>
COREPER	<i>Comité de Representantes Permanentes</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPI	<i>Corte Penal Internacional</i>
CPJP	<i>Cooperación Policial y Judicial Penal (Tratado de Amsterdam)</i>
CSTPC	<i>Convenio de 21 de marzo de 1983, sobre traslado de personas condenadas (nº 112 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo. Ratificado por España mediante instrumento de 18 de febrero de 1985 (BOE de 10 de junio)</i>
DPE	<i>Defensor del Pueblo Europeo</i>
DM	<i>Decisión marco</i>
DO/DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea (de 1952 a 2003, Diario Oficial de las Comunidades Europeas)</i>
DUDH	<i>Declaración Universal de Derechos Humanos</i>
EE	<i>Estado de emisión a los efectos de la Decisión marco 2008/909/JAI</i>
EPE	<i>Espacio Penitenciario Europeo</i>
EJ	<i>Estado de ejecución a los efectos de la Decisión marco 2008/909/JAI</i>
ET	<i>Estado de Tránsito a los efectos de la Decisión marco 2008/909/JAI</i>
ELSJ	<i>Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia</i>
EEMM	<i>Estados miembros</i>
EEUU	<i>Estados Unidos de América</i>
FGE	<i>Fiscalía General del Estado</i>
GJCE	<i>Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea</i>
GJUE	<i>Gaceta Jurídica de la Unión Europea</i>
JAI	<i>Justicia y Asuntos de Interior</i>
LEC	<i>Ley de Enjuiciamiento Civil, 1 de 2000 de 7 de enero</i>
LECRIM	<i>Ley Enjuiciamiento Criminal</i>

LEP	<i>Ley Extradición Pasiva</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LOE	<i>Ley Orgánica de Extranjería</i>
LOGP	<i>Ley Orgánica General Penitenciaria</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Persona 15/1999</i>
LOTIC	<i>Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.</i>
OEDE	<i>Orden Europea de Detención y Entrega</i>
OLAF	<i>Oficina Europea de Lucha Contra el Fraude</i>
ONU	<i>Organización de Naciones Unidas</i>
Pág.	<i>Página</i>
PE	<i>Parlamento Europeo</i>
PESC	<i>Política Exterior y de Seguridad Común.</i>
PESD	<i>Política Europea de Seguridad y Defensa</i>
PIDCP	<i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</i>
RC	<i>Registro Civil</i>
ReDCE	<i>Revista Electrónica de Derecho de la Comunidad Europea</i>
REDE	<i>Revista Española de Derecho Europeo</i>
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
RIE	<i>Revista de Instituciones Europeas</i>
RJE	<i>Red Judicial Europea</i>
REDE	<i>Revista General de Derecho Europeo</i>
RP	<i>Reglamento Penitenciario</i>
RPE	<i>Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa</i>
SIS	<i>Sistema de Información Schengen</i>
SOJP	<i>Servicio de Orientación Jurídica Penitenciaria</i>
STC	<i>Sentencia Tribunal Constitucional español</i>
STCE	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea</i>
STJUE	<i>Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
STS	<i>Sentencia Tribunal Supremo de España</i>
TA	<i>Tratado de Ámsterdam</i>
TEDH	<i>Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>
TFPUE	<i>Tribunal de la Función Pública Europea</i>

TFUE	<i>Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea</i>
TG	<i>Tribunal General</i>
TIJ	<i>Tribunal Internacional de Justicia.</i>
TJ	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
TJCE	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
TJUE	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
TL	<i>Tratado de Lisboa</i>
TM	<i>Tratado de Maastricht</i>
TN	<i>Tratado de Niza</i>
TPI	<i>Tribunal de Primera Instancia</i>
TR	<i>Texto Refundido.</i>
UE	<i>Unión Europea</i>
UNED	<i>Universidad Nacional de Educación a Distancia.</i>
URSS	<i>Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas</i>
VVAA	<i>Varios autores</i>

# **INTRODUCCIÓN**



Núcleo fundamental o ideas centrales de este trabajo es la delimitación de los elementos, que esperamos demostrar suficientes, para calificar como parte e incluido en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, lo que hemos denominado intentando formular un concepto original y nuevo, a la vista de la normativa vigente en la Unión Europea y la práctica profesional diaria, *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>1</sup>. Nuestra pretensión es describir detenidamente si efectivamente existe este *Espacio Penitenciario Europeo*, y establecer las bases que lo pudieran configurar, su significado, necesidad y utilidad para los condenados a sanciones penales, las víctimas y la sociedad en general. Las materias propias de la ejecución penal, aunque inicialmente no formaban parte de los objetivos de la Unión, han pasado a ser un ámbito de primer nivel en las políticas y acciones normativas de esta. De la complejidad de la materia que tratamos dan cuenta las varias especialidades que concurrirían en el *Espacio Penitenciario Europeo*, así materias como el Derecho Penal, el Derecho de Ejecución de Penas, el Derecho Penitenciario en sentido estricto, el Derecho Internacional Público y el Derecho de la UE.

La cooperación en asuntos de Justicia Penal, guiados por el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, ha supuesto un replanteamiento de la soberanía y de la posición de los Estados miembros de la UE en una materia tan clásica de autoridad exclusiva de los Estados-nación como es la jurisdicción criminal. Hemos de partir de la idea de que la cooperación en asuntos de Justicia Penal, la cesión del ejercicio de competencias en esta materia tan exclusiva, es de más enjundia que en otros ámbitos de competencia como por ejemplo la cooperación judicial civil. Esta realidad, nueva en el escenario jurídico europeo, junto con lo cambiante de la situación, debido a la gran *producción legislativa* de las Instituciones de la Unión, especialmente mediante Decisiones marco en el año 2008, y la concurrencia de normas y reglas de gran incidencia en la materia de otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa, han producido algún galimatías entre los juristas. Este cierto enredo va desde el desconocimiento de los nuevos instrumentos y la nueva situación, hasta la confusión en la aplicación al caso concreto, con el consiguiente

---

<sup>1</sup> Decimos que es un concepto original y nuevo de esta investigación ya que no hemos encontrado ni en la doctrina científica, ni en la jurisprudencia referencia alguna al concepto jurídico de *Espacio Penitenciario Europeo*.

perjuicio de los derechos subjetivos de los ciudadanos. La constatación de que los procesos jurisdiccionales cada vez tienen mayores repercusiones transfronterizas para ciudadanos de la Unión Europea en un Estado miembro que no es de su residencia habitual, la situación cotidiana de internos ciudadanos de la UE en España, y que en buena medida aumentará, nos hacen ver la necesaria regulación que han de hacer las Instituciones europeas en este ámbito.

Ejemplo de lo que comentamos, en relación a la libertad condicional de ciudadanos de la Unión Europea que cumplen condena en España, o mecanismos para garantizar la orden europea de detención y entrega, son resoluciones judiciales, que a nuestro juicio no están justificadas ni por la legislación interna de España ni por la de la UE tales como los razonamientos jurídicos de auto del año 2010, no aprobatorio de un Juez de Vigilancia español de la libertad condicional de un ciudadano alemán que cumple condena de prisión en España. No se aprueba la libertad condicional por no ser extranjero ilegal en España un ciudadano alemán, es decir, se produce un perjuicio por ser ciudadano de la UE, ya que el ordenamiento penitenciario español, según esta estricta y desviada interpretación, sólo habilita al disfrute de la libertad condicional en su país a los extranjeros ilegales. En el desarrollo de nuestra investigación, veremos como la UE, consciente de disfunciones como esta, intenta resolver la cuestión mediante mecanismos que faciliten el cumplimiento de la libertad condicional en el Estado miembros del que se es nacional o en el que se reside<sup>2</sup>.

Continuando con los ejemplos, por auto en un asunto de Orden Europea de Detención y Entrega de marzo de 2010 de un ciudadano rumano que está preso preventivo por un Juez de instrucción de España y al que, simultáneamente, se le decreta una euro-orden para entrega a las autoridades rumanas con el objeto de someterle a juicio penal, al no poder prolongarse en el tiempo las medidas cautelares personales por la emisión de la Orden Europea, la Audiencia Nacional, decreta la libertad. Pero sorprendentemente, condicionada a que la Administración Penitenciaria “le informe” de “cualquier modificación personal”, para entonces acordar la prisión preventiva. Es decir, se decreta una especie de libertad provisional condicional, algo que no existe en el ordenamiento español, pero que el órgano judicial, se ve obligado a dictar, entendemos que con dudosa legalidad, ante la ausencia de recursos eficaces para resolver la situación. Así, en la Parte Dispositiva, se indica: “*Decretar la libertad provisional sin fianza de [...] condicionada a que Instituciones Penitenciarias informe a este Juzgado de cualquier modificación personal.*” Para concluir los paradigmas, podemos destacar la denominada por la Audiencia Nacional *prisión instru-*

---

<sup>2</sup> La mencionada resolución se expresa en los siguientes términos: “Que examinada la documentación e informe que acompañan a la propuesta formulada, hay que tener en cuenta que si bien el interno se halla clasificado en tercer grado de tratamiento penitenciario y ha extinguido las  $\frac{3}{4}$  partes de su condena, se ha elevado la propuesta de libertad condicional conforme al art. 197 del R. P, siendo que, por una parte no puede decirse que concurren los requisitos previstos en dicho artículo, en cuanto el mismo no es un interno “extranjero no residente legal en España” en cuanto es de nacionalidad alemana, y por tanto residente legal en territorio Español; no pudiendo tampoco aprobarse una libertad condicional ordinaria, en cuanto no consta el compromiso de acogida del familiar designado para la acogida, ni se han establecido medidas de seguimiento y control por parte de los Servicios Sociales Penitenciarios, haciéndose inviable por ello el disfrute de la libertad condicional en su país de origen, procediendo en consecuencia la no aprobación de la propuesta de libertad condicional a que se contrae el presente expediente, en tanto no se aporte lugar en España donde llevarla a cabo y acta de compromiso de acogida o se acrediten fehacientemente las medidas de seguimiento y control que la libertad condicional precisa”.

*mental*, medida cautelar personal, que no tiene reflejo positivo en la legislación procesal penal española, que es dispuesta por el órgano judicial en el caso de ser decretada una Orden europea de detención y entrega en España, cuando, a la vez, el interno está cumpliendo condena de prisión en España, para que sea efectiva esta *prisión instrumental*, una vez cumplida la pena de prisión impuesta por un órgano judicial español<sup>3</sup>.

Resoluciones como estas nos suscitan varias dudas en una materia que afecta de forma muy directa a derechos fundamentales referentes a su legalidad, a si esta medida cautelar es susceptible de abono, la eventual responsabilidad en caso de incumplimiento por la Administración Penitenciaria, etc., temas todos que serán objeto de estudio detallado. El contacto con materias propias del Derecho de la Unión Europea, en especial en lo referente a la cooperación jurídica, nos sugiere una primera reflexión acerca de lo alejado que estamos los operadores jurídicos, por regla general, de estos asuntos que tienen tanta relevancia en un mundo globalizado como el actual. Este desconocimiento, a veces, lleva a una crítica apresurada y superficial del proceso de integración en Europa y de sus efectos beneficiosos para los ciudadanos y sus derechos. Piénsese en las dificultades del interno alemán a que antes hacíamos referencia en el auto de la Audiencia Nacional, que cumple condena de prisión en España en caso de no conocer el castellano; las pocas posibilidades de participación en las actividades del centro; en la dificultad de transmitir sus sentimientos; la indefensión jurídica que puede sufrir al no poder comunicarse correctamente en la Comisión Disciplinaria del procedimiento sancionador penitenciario; las dificultades de desplazamiento y el coste para su familia si reside fuera de España...

Sin duda todo nuevo fenómeno de envergadura, como es el que supone la creación del Espacio Judicial Europeo, debe ser perfeccionado y no nace acabado y sin incorrecciones. Paradigma evidente de esto que decimos es la evolución que los Derechos Fundamentales han tenido en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que podemos decir que este ordenamiento surgió casi huérfano de protección de Derechos Fundamentales. Incluso el propio Tribunal de Justicia llegó a decir, sorprendentemente, que ésta era una materia que, en cierta medida y si contradecía el Derecho de las Comunidades Europeas, le era ajena<sup>4</sup>. La capacidad ambulatoria de los ciudadanos europeos, derivada eminentemente del derecho a la libre circulación y residencia

---

<sup>3</sup> En los Fundamentos de Derecho, de un auto reciente, febrero de 2010 de Juez Central de Instrucción se indica, como justificación de esta prisión *sui generis*: “El Tribunal Constitucional, en su sentencia 95/2007, de 7 de febrero, al abordar la cuestión relativa a la suspensión de la entrega de personas reclamadas en virtud de una Orden Europea al tener pendiente en España un procedimiento penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la L.O. 3/2003, reguladora de este procedimiento, vino a establecer que “ni el citado precepto, ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada pueda prorrogarse durante el período de dicha suspensión”, por lo que en ningún caso el tiempo máximo de privación de libertad en una O.E.D.E., una vez tomada la decisión judicial de entrega, puede exceder de los 10, o en caso de prórroga, 20 días, que permite el artículo 20 de dicha Ley.

Como se refiere en dicha resolución, si se acuerda la libertad provisional, puede suceder, como de hecho ha ocurrido, que si el Juzgado que conoce de la causa pendiente en España decretara la libertad del reclamado, ello propicie la huida del mismo. [...] Es por ello que la Sala de lo Penal no ve óbice legal, como tampoco lo aprecia este Juzgado, para acordar una medida de prisión provisional diferida en el tiempo, para cuando se den los presupuestos que, conforme a la L.O.E.D.E., han de tomarse para garantizar la entrega que ya viene acordada”.

<sup>4</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 4.2.1959, *Stork c. Alta Autoridad*, 1/58, pág. 47, y sentencia de 15.7.1960, *Präsident e.a. c. Alta Autoridad*, 36-38/59 y 40/59, pág. 857.

en la UE y el desarrollo de los medios de comunicación y el abaratamiento de los desplazamientos, junto a razones laborales, de estudio, turísticas, ha hecho que la comisión de delitos en Estados miembros, distinto del que se es nacional o en el que se reside, aumente de forma exponencial. Como es lógico, de la misma forma que aumenta la delincuencia en la que el sujeto activo es un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro, se incrementa la presencia de los mismos en las cárceles, con los problemas que esto conlleva: el eventual cumplimiento de una pena privativa de libertad en un Estado en el que no se tiene vinculación alguna. Teniendo en cuenta los objetivos señalados, estructuramos el estudio en dos partes subdivididas en cinco capítulos.

En la **PARTE I** efectuamos una descripción de la configuración del *Espacio Penitenciario Europeo*: donde se enmarca en la vigente estructura de la UE; la necesidad y beneficios de su existencia mediante el análisis de los problemas vigentes en la práctica penitenciaria y en la ejecución de condenas penales, y cómo puede condicionar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea este Espacio. De esta manera incidimos en este apartado primero, de los dos grandes bloques en los que dividimos la investigación, en el denominado por la doctrina científica Derecho originario, es decir, los Tratados. Dejando para la parte II el Derecho derivado o secundario, en su mayoría Decisiones marco.

En el **primer capítulo** pretendemos presentar una panorámica general del proceso de construcción del ELSJ, incidiendo en las principales innovaciones del Tratado de Lisboa aun a riesgo de caer en conceptos básicos y conocidos por el lector pero que consideramos importante exponer para centrar y justificar el tema de la investigación. Ya que el *Espacio Penitenciario Europeo* se enmarca, en el más amplio Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, estableceremos su contenido, escudriñando en su especificidad y en los problemas actuales de la ejecución penal en la UE. Teniendo en cuenta los objetivos señalados y abandonado ya el interés singularmente económico de las Comunidades hoy Unión Europea, estudiaremos cómo el ELSJ tiene sus orígenes más remotos en lo que se llamó el “Grupo de Trevi”, el Acta Única Europea y los históricos Acuerdos de Schengen, que dieron lugar al acervo con el mismo nombre. Examinaremos la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (en adelante CAJI) del Tratado de Maastrich y el Tratado de Ámsterdam de 1997 donde el ELSJ, aunque sin integración, se aproxima más al ámbito comunitario, siendo el régimen, como se verá, que está vigente. Destaca en este ámbito el Consejo Europeo de Tampere de 1999, en base al cual se aprueban las principales Decisiones marco del *Espacio Penitenciario Europeo*; y el Programa de Estocolmo de 2009, para el período 2010-2014, de donde surge una política penal menos preocupada por la seguridad, especialmente por el fenómeno terrorista, pretendiéndose crear una Europa abierta y segura, que proteja al ciudadano.

Se destacarán las novedades más relevantes del Tratado de Lisboa en materia de Justicia y las principales aportaciones de este en el ELSJ y con ello, en el *Espacio Penitenciario*, ya que estas condicionarán a la UE en los próximos años. Se analizará qué supone la desaparición de la estructura de pilares de la Unión; el que la cesión del ejercicio de competencias en asuntos de Justicia de los Estados miembros a la Unión se haga en forma de competencia compartida; el situar el derecho fundamental de la dignidad humana como uno de los ejes del sistema; el aumento de rango jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la adhesión al

Convenio Europeo de Derechos Humanos; la protección de los derechos de ciudadanía y su efecto en el *Espacio Penitenciario Europeo*; el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como punto de apoyo para la construcción del Espacio; así cómo afectan las innovaciones institucionales al ELSJ, incluida el nuevo papel que adquieren los Parlamentos nacionales. Con este nuevo Derecho originario la competencia del Tribunal de Justicia para conocer de materias propias del ELSJ, como veremos, aumenta. Incluso se establece un procedimiento preferente en el caso de plantearse cuestiones prejudiciales relativas a personas privadas de libertad. Pronosticamos un aumento de las resoluciones del Tribunal en materia penal y penitenciaria, por el desarrollo que la cooperación judicial penal, policial y penitenciaria.

Como será tratado en el curso del presente trabajo, estimamos que la creación del *Espacio Penitenciario Europeo* no se puede construir a cualquier precio. Así los objetivos del art. 3 Tratado de la Unión Europea no pueden ser alcanzados por cualquier medio, sino que todo el articulado de los dos actuales Tratados, están influidos por los valores de la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, los derechos humanos, los derechos de las minorías; el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la Justicia, la solidaridad, la igualdad y la igualdad entre hombres y mujeres. Nuestra pretensión es estudiar las actuales carencias del sistema, la necesidad y si hay elementos suficientes para probar la existencia de lo que hemos denominado *Espacio Penitenciario Europeo*. Por ello también son objeto de análisis sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional de España, la Audiencia Nacional y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en España, en especial cuando se enfrentan al artículo 197.1 del Reglamento Penitenciario.

Nos centraremos posteriormente en las Decisiones marco y directivas, siendo las primeras las normas clave en la cooperación judicial penal y el *Espacio Penitenciario Europeo*. Pero una vez que se supere la prórroga forzosa de los cinco años desde la aprobación del Tratado de Lisboa para estas materias, dejará de ser las Decisiones marco la fuente del Derecho en este campo, convirtiéndose la directiva en la norma preeminente. Mediante las resoluciones jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea profundizaremos en el concepto de las Decisiones marco y las directivas y su discutido efecto directo, que de efectivamente tenerlo, amplía los derechos de las personas privadas de libertad que cumplen condena en Estados miembros de la UE, que no es el de su residencia o el de su nacionalidad. Para ello, comentaremos las que consideramos paradigmáticas y más destacadas, además de atrevidas, sentencias del Tribunal de Justicia, como son el *caso Maria Pupino* y la sentencia *Inter-Environnement Wallonie*.

Siempre que hablamos de ejecución penal, han de aparecer como guía y como garantía los derechos fundamentales. Por ello en el **capítulo segundo** examinaremos cómo acertadamente la UE ya tiene un texto propio que los garantiza y viene a colmar un vacío o casi “agujero negro” en el Derecho de la UE. Veremos cómo incluso se había cuestionado por los Tribunales Constitucionales alemán e italiano la propia forma de construir Europa, por la ausencia de estas garantías; y cómo a la vez han surgido voces criticando que la UE cuente con un texto propio de derechos fundamentales que pudiera caer en contradicción con los textos constitucionales, entendiendo como suficiente el sistema pretoriano de protección elaborado brillantemente por el Tribunal de Justicia.

Se pretende demostrar en qué medida afecta la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, al *Espacio Penitenciario Europeo*, y si tanto esta, como el concepto de ciudadanía aportan algo al cumplimiento de condenas penales en Europa y a las repercusiones de los hechos delictivos para los perjudicados y ofendidos por estos. Materias tan relevantes como la igualdad y la no discriminación entre ciudadanos europeos; la protección de datos y el derecho de acceso a documentos, en una Administración con cada vez más competencias como es la europea; la tutela judicial efectiva y la proporcionalidad de los delitos y las penas; además del principio *non bis in idem*, que cobra un especial significado en el ELSJ, son objeto de especial regulación en el documento de Niza, que pretende representar y casar con todos los ordenamientos jurídicos que forman parte de la Unión. Se estudiará en qué medida y con respecto al *Espacio Penitenciario Europeo* la Carta es de aplicación a las Instituciones y organismos de la UE, además de a los Estados miembros que ejecuten el Derecho de la Unión, incluidas sus excepciones o derogaciones. Asimismo se examinará si influye la Carta a la delimitación de competencias que rige la UE, cómo será aplicable y utilizada por los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales, con independencia del ámbito en que se aplique. Como ya comentaremos, en España el valor de la Carta es mayor que el que deriva de la aplicación, es sentido estricto, del Derecho originario ya que el art. 10.2 de la nuestra Constitución la convierte en referencia interpretativa para los derechos fundamentales y libertades pública que la Carta Magna reconoce. Será objeto de estudio, igualmente, cómo las personas privadas de libertad que cumplan condena o estén sometidas a un enjuiciamiento penal o han sido perjudicadas u ofendidas por un hecho delictivo en algún Estado miembro, se pueden aprovechar de la existencia de la CDFUE y cómo la propia existencia de esta, coadyuva al proceso de integración en Europa.

Será también tratado cómo la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión junto a la última versión de las Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa de 8 de febrero de 2006, son documentos de gran valor para el avance del Derecho Penitenciario en Europa<sup>5</sup>; examinaremos su significado, efectos y sus repercusiones en el cumplimiento de condena en particular. Teniendo en cuenta los objetivos señalados estudiaremos en qué medida este acabado conglomerado de 54 artículos, que reúne derechos civiles, políticos, económicos, sociales y constitucionales, extraídos de las tradiciones constitucionales europeas y del Derecho Internacional, tiene aplicación en materia penitenciaria y de ejecución de condenas penales. Estableceremos como nunca la integración de los Estados miembros en la Unión Europea ha de suponer una pérdida de derechos y libertades fundamentales, sino que tiene que ser exactamente lo inverso, la construcción de un *Espacio Penitenciario Europeo* donde el respeto de los derechos humanos sea especialmente observado.

Analizaremos si los eventuales problemas que se puedan presentar por la coexistencia de diversos textos referentes a derechos fundamentales y la variedad de nor-

---

<sup>5</sup> En contra opiniones autorizadas como TÉLLEZ AGUILERA, que hace una dura crítica a esta nueva versión del texto del Consejo de Europa debido a la “potenciación regimental” y a la “relativización de derechos y garantías”, viendo los efectos del denominado Derecho Penal del enemigo en sus recomendaciones. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A. *Las Nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura de la experiencia española)*. Edisofer. Madrid, 2006.

mas en la materia supone, o no, más garantías para los ciudadanos y una nueva posibilidad de invocar derechos ante los Tribunales de Justicia. Esta situación cobra en el momento actual del Derecho, con respecto a los derechos humanos, una especial significación, ya que hay una situación particular que podemos calificar de “vasos comunicantes” en relación a los diferentes textos aplicables en la materia, sean Derecho interno de los Estados, sean normas o Tratados internacionales, o bien doctrina emanada de los Tribunales. Veremos si esta circunstancia, efectivamente, da la mayor protección posible al hombre.

En la **PARTE II** hay un estudio del derecho secundario y sus efectos en el ordenamiento interno español, que partiendo del primer instrumento en Europa para el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la Orden Europea de Detención y Entrega y sus efectos y disfunciones en el mundo penitenciario, analiza las instituciones e instrumentos, que eminentemente se regulan por Decisiones marco, que caracterizan el cumplimiento de condenas penales cuando hay un factor *penitenciario europeo*. Continuaremos por las obligaciones dinerarias en la esfera penal, en especial la multa que con el Código Penal de 1995 en España tienen destaca importancia y que en un espacio sin fronteras interiores, como es el territorio Schengen, hace, en ocasiones, difícil el cumplimiento de las mismas. Además de comentar cómo se articula el principio de reconocimiento mutuo en este tipo de sanciones, se hará incidencia en que nuevamente los conceptos dados por las normas de la UE, desbordan el Derecho español, así por sanción pecuniaria, se entenderá el deber de pagar una cantidad de dinero que no siempre se corresponde con la sanción de los artículos 50 y siguientes del Código Penal.

Ya que no todos los Estados miembros atribuyen los mismos efectos a las condenas penales dictadas en otros Estados miembros, teniendo sólo presentes las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales, será objeto de análisis la solución que plantean las normas de la Unión al respecto. Incluimos en este examen acerca del reconocimiento mutuo y equiparación de efectos las repercusiones que pueda tener en instituciones tan características de la ejecución penal como la reclusión y acumulación jurídica de condenas; recuérdese la polémica de la denominada por los medios de comunicación doctrina *Parot* del Tribunal Supremo, o el doble cómputo de la prisión preventiva.

La protección de datos de carácter personas y la circulación de antecedentes penales en el *Espacio Penitenciario Europeo*, son sometidos a crítica. Describiremos el mecanismo de circulación de antecedentes penales que se va a instaurar en el ELSJ y las transmisión de estos de unos Estados miembros a otros. Como fácilmente se puede concluir, la circulación de información que provoca la propia constitución del ELSJ y del *Espacio Penitenciario Europeo*, necesariamente tiene que estar protegida y regulada. Comentaremos las razones por las que la directiva 1995/46/CE excluye de su regulación las materias del proceso penal, y la necesidad de establecer la regulación específica que, igualmente, es examinada en esta investigación. Tan destacada es la materia que, como comentaremos, la misma Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea prescribe su protección elevando esta a derecho fundamental.

Las víctimas de los hechos delictivos han sido las grandes olvidadas en los ordenamientos penales modernos. Por ello, para la construcción de un verdadero espacio

de Justicia, la UE tiene la firme intención de que se produzca cierta uniformidad en la atención y compensación de las víctimas en todos los Estados miembros. Valoraremos la forma en que se intenta resolver la precariedad de quién es sujeto pasivo de un hecho delictivo si este se produce en un Estado que no es el suyo, del que desconoce la lengua, las costumbres, el sistema jurídico, etc. Destacaremos las repercusiones penitenciarias y las consecuencias jurídicas que tiene actualmente en España la satisfacción o no de la responsabilidad civil y el encaje de estas consecuencias para la mejora de la situación y del tratamiento penitenciario de quién cumple condena en una prisión en el *Espacio Penitenciario Europeo*.

La crisis de los sistemas penitenciarios, que parece permanente se suele plantear desde el exceso de población penitenciaria, que incesantemente no para de crecer en un número poco asumible para la correcta atención de los condenados y para los presupuestos que se dedican a Justicia en los países europeos. Este excedente de internos, aunque en los últimos años ha habido cierto decrecimiento, provoca problemas entre los trabajadores penitenciarios, la forma de afrontar la utilidad del cumplimiento de la condena y el servicio público que a la sociedad en general, sea víctima, condenado, familiar o allegado a este, se presta. Esta sobre población, no sólo se debe al aumento de las condenas y de los condenados, sino al excesivo recurso que la autoridad judicial hace de la prisión preventiva, muchas veces empujado por la presión de la opinión pública. Por ello, damos un lugar de preferencia en nuestro estudio a las disposiciones que el *Espacio Penitenciario Europeo* proporciona a las medidas alternativas a la prisión preventiva. Nos cuestionaremos si el factor de extranjería, que como el Tribunal Constitucional español ha indicado es un elemento suficiente y no discriminatorio para acordar una medida cautelar personal en el curso de una investigación penal, tiene la misma vigencia como razón de ser para acordar la prisión provisional contra un ciudadano de la UE si esa medida, en igualdad de condiciones, no es frecuente que se acuerde para los nacionales del Estado miembro en el que se sigue el procedimiento. Veremos si se cumple la pretensión del *legislador europeo* del reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional, con el fin de mejorar la condición del procesado penal, su presunción de inocencia y su libertad personal y que pueda desplazarse al Estado miembro de su residencia habitual, mediante la emisión de una resolución judicial cautelar que imponga medidas de vigilancia controladas por el Estado de ejecución con el fin de evitar medidas cautelares personales desproporcionadas.

El **capítulo cuarto** está dedicado al innovador sistema de traslado de personas condenadas, en el marco del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, que se inicia con un estudio de los Tratados vigentes entre Estados de la Unión, en especial el Convenio de Estrasburgo de 1983, con el cual se compara. Se verán las relaciones entre los Estados miembros y criticará la diferente situación jurídica del condenado con respecto al sistema vigente, ya que, en determinadas circunstancias puede ser trasladado con su parecer contrario. El Estado de condena siempre conserva la posibilidad antes del eventual traslado, de hacer cumplir la condena en su territorio, a diferencia del Estado de ejecución, que podría verse compelido a aceptar a un condenado incluso contra su voluntad. Se establece como criterio guía para los traslados de personas sometidas a penas de prisión y de medidas de seguridad privativas de libertad la reinserción social del condenado. Debiendo ser este concepto jurídico

indeterminado, a nuestro criterio, necesariamente concretado por la legislación y la jurisprudencia para no ser utilizado para fines distintos al del beneficio de los internos y la sociedad.

Se verá, asimismo, los casos tasados de denegación del traslado y la información que se tiene que dar al condenado antes del traslado y entre los Estados implicados antes, durante y después del cumplimiento de la condena o medida de seguridad; la eventual adaptación de la condena por el Estado de ejecución y las influencias del sistema con la Orden Europea de Detención y Entrega; las traducciones de la sentencia y del certificado, quién asume los gastos; cómo afecta el traslado a las víctimas y los sistemas de prosecución o adaptación. Punto importante, con vistas a la futura adaptación que España haga a su Derecho interno de la Decisión marco 2008/909/JAI, es la obligada intervención judicial a la hora de autorizar un traslado si la condena ha sido impuesta por un Juez o Tribunal español. No era razonable, como decimos, que en una Europa libre de fronteras interiores, se pusieran tantas dificultades y obstáculos a la población penitenciaria para cumplir las condenas privativas de libertad en su lugar de residencia o de nacionalidad.

El **capítulo quinto**, dedicado a las penas suspendidas, sustituidas o en libertad condicional en el *Espacio Penitenciario Europeo*, es natural complemento y cierre del sistema del traslado de condenados en la UE. Con gran confusión terminológica, destacada es la referencia a la libertad vigilada, que intentaremos clarificar, en materia de penas alternativas y de libertad condicional, de la misma forma que para el traslado de personas que cumplen condenas de prisión y medidas de seguridad privativas de libertad, la Unión Europea trata de facilitar el reconocimiento mutuo entre Estados miembros en esta materia, con la finalidad no sólo de la reinserción social del condenado, como indica la Decisión marco 2008/947/JAI, sino que también la luchar contra la reincidencia, la protección de las víctimas y del público en general.

Se parte de unas medidas que coinciden en todos los ordenamientos penales de los Estados miembros, por lo que son obligatorias, no obstante, pueden estos establecer excepciones. Además los Estados pueden ampliar las medidas que en sustitución, suspensión de penas y en cumplimiento de una libertad condicional están dispuestos a hacer cumplir en su territorio. En el haber de la norma europea tenemos, el avance que supone que la sentencia condenatoria se pueda transmitir al Estado miembro en el que la persona resida de forma legal y habitual, o bien, al Estado miembro diferente al que reside la persona condenada, cuando esta, sin perder su derecho de residencia, tenga la intención de trasladarse a otro Estado miembro por haber conseguido en este un contrato de trabajo, si es familiar de una persona que reside de forma legal y habitual en dicho Estado, o si se propone seguir unos estudios o una formación en este. Se incide también, con más determinación que en la Decisión marco 2008/909/JAI, en los posibles recursos jurisdiccionales que pudieren interponerse en aplicación de la legislación de desarrollo de la Decisión marco 2008/947/JAI. Hay, igualmente, causas de denegación del reconocimiento y un procedimiento tasado para su aplicación y las repercusiones de un incumplimiento o la comisión de un nuevo hecho delictivo, lo que se denominan decisiones ulteriores. Se hace un parangón de las novaciones que introduce la norma con el sistema que regula el Código Penal y la legislación penitenciaria en la actualidad, para las penas alternativas y la libertad

condicional, que no incluye la *probation*, siendo esta una medida habitual en Derecho comparado.

Para el análisis del conjunto de los ámbitos comprendidos en el presente trabajo, hemos recurrido a las más destacadas obras doctrinales contenidos tanto en monografías, obras colectivas, como en revistas especializadas. Igualmente, hemos tomado en consideración las fuentes documentales en las que se reflejan los trabajos tendentes a la creación del ELSJ, así como la jurisprudencia relevante, en especial las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La consulta de estas fuentes bibliográficas y documentales, que se detallan en el apéndice bibliográfico, se ha realizado en diferentes centros de investigación. Entre los centros a los cuales hemos tenido acceso, es necesario hacer constar, especialmente, la Facultad de Alcalá de Henares, la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, la Universidad Pablo de Olavide, la Facultad de Derecho y la Biblioteca Central de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y las Facultades de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Roma La Sapienza y de la Universidad de Perugia.

Se ha completado el estudio de las fuentes bibliográficas con el análisis de las resoluciones judiciales y las aportaciones profesionales. De este modo hemos podido combinar elementos de la práctica judicial con el método de investigación deductivo. Hemos de advertir que efectivamente son muchos y capitales los temas tratados pero que incluso teniendo presente el enemigo de todo escritor de caer en la disipación y pudiendo cometer con ello incorrecciones, hemos querido correr este riesgo con la idea principal de mostrar la configuración de este nuevo ámbito que hemos denominado *Espacio Penitenciario Europeo* y destacar los elementos que lo componen.

Es necesario dejar constancia que el legislador español ya entrado el año 2013, aunque con cierto retraso conforme a las fechas de transposición que marcan las propias normas de la Unión Europea, se ha decidido a adaptar al Derecho interno gran parte de las normas que en este estudio vamos a desarrollar. De este modo el Ministerio de Justicia ha procedido a redactar varios textos que afectan al *Espacio Penitenciario Europeo*. Nos referimos en concreto al anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea y, finalmente, el anteproyecto de ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Incluso con anterioridad a la aprobación de estas normas creemos necesario llamar la atención del lector de la conveniencia de no perder de vista a la hora de aplicar estas leyes y con ello poner en práctica el *Espacio Penitenciario Europeo*, el Derecho originario de la UE así como el derivado, conformado principalmente por directivas y Decisiones marco, y el juego del eventual efecto directo de estas y de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales europeos procedentes tanto de la Unión como del Consejo de Europa.

# **PARTE I**

**Configuración jurídica del  
Espacio Penitenciario  
Europeo en el Espacio de  
Libertad, Seguridad y  
Justicia. Especial atención  
a los derechos  
fundamentales**



## CAPÍTULO 1.

### EL ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO EN LA UNIÓN EUROPEA Y EN EL ESPACIO DE LIBERTAD SEGURIDAD Y JUSTICIA

Desde principios de los años noventa, como veremos seguidamente, los protagonistas del proceso de integración en Europa toman conciencia de la necesidad de dotar a este de normas en asuntos relativos al ámbito de la Justicia e Interior. De esta manera las materias que son propias del vigente Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, denominado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, pasan a ser competencias, en este caso mayoritariamente de naturaleza compartida, de la Unión Europea. Se engloban dentro del ELSJ cuatro grandes materias: control de fronteras, inmigración y asilo; cooperación judicial civil; cooperación judicial penal y cooperación policial.

Por ello partiendo de la nueva regulación que hace el Tratado de Lisboa en esta materia, podemos enmarcar el *Espacio Penitenciario Europeo* como parte necesaria e inmanente de la cooperación judicial penal. Entendemos que cuando se atribuye competencias en los Tratados a la UE, art. 82.1.d) TFUE, para hacer posible el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales con el objeto de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones se está haciendo referencia, entre otras cosas, a lo que hemos denominado y desarrollamos en esta investigación como *Espacio Penitenciario Europeo*.

#### 1.1. El Espacio de Libertad Seguridad y Justicia y su evolución en el ámbito de la Unión Europea

Con la entrada en vigor del Tratado Lisboa<sup>6</sup> esta materia ha pasado a ser uno de los principales ámbitos de interés y campos de actuación de la Unión

---

<sup>6</sup> Vid. Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación de España del Tratado de Lisboa mediante el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y que entra en vigor el 1 de diciembre de 2009 (BOE de 31 de julio de 2008, nº 184, págs. 32819 a 32825). El instrumento de ratificación es de 26 de septiembre de 2008. La publicación del Tratado de Lisboa en España se hace en el BOE de 27 de noviembre de 2009 (nº 286, págs. 100309 a 100437). *Continúa*

Europea<sup>7</sup>. Ya no sólo nos encontramos con una organización internacional de integración de intereses económicos, sino que el volumen de normas aprobadas en asuntos de Justicia por las Instituciones europeas son tan cuantiosas como en cualquier otra área. Aunque es después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el prurito de algunos pensadores europeos de una Europa unida, se hace una necesidad ante los terribles acontecimientos que acababan de suceder, este deseo nace con anterioridad al siglo XX. Sin duda, desde el punto de vista artístico, político, religioso, humanista, son más cosas las que nos unen a los europeos, que las que nos separan. En ese período se reactivan movimientos europeísta. Confluyen dos corrientes, similares a las que aún hoy existen: una más europeísta, con el ideal de una unión política europea y otra que sólo desea una unión económica. El 5 de mayo de 1949, se firma en Londres el Estatuto del *Consejo de Europa*, con la mera idea de cooperación entre gobiernos, pero sin cesión de soberanía. Por el contrario, la *Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, fundada en 1951 (el TCECA, de 18 de abril de 1951, de París, expiró a los 50 años, es decir, el 23 de julio de 2002), que se considera la semilla de la UE, sí responde a la concepción de una institución europea a la que se ceda soberanía por los Estados.

Los primeros orígenes del ELSJ, los podemos localizar en 1975, en el Consejo Europeo de Roma, que dio lugar al “Grupo de Trevi”<sup>8</sup>. El principal impulso posterior se dio con el **Acta Unica Europea** de 1986, al que ya se incorporó España. Aunque con carácter *intergubernamental*, en asuntos de Justicia e interior, se veía ya como una clara necesidad del proceso de integración, abandonando el mero carácter económico de las Comunidades Europeas. Un hito fundamental en el pasado y aún en la actualidad del ELSJ, se da con los **Acuerdos de Schengen**, no en el seno de las Comunidades Europeas, sino en la cooperación intergubernamental. Así en junio de 1985 Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo, firman el primer acuerdo, por el que se proponen suprimir sus controles de fronteras gradualmente. Un lustro después, se firma el Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen, de 14 de junio de 1990, al que ya sí se adhiere España, junto con Italia, Grecia, Portugal, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia, además de dos Estados no miembros, Islandia y Noruega.

---

Este nuevo Tratado, que supone la superación de la “crisis constitucional”, no es un mini-Tratado, ni un único Tratado. Incorpora entre un 90 y un 95 por 100 del Tratado Constitucional, aunque elimina todo elemento que pudiese recordar a una Constitución. JIMENO BULNES, M. “Las implicaciones del Tratado de Lisboa en la cooperación judicial europea en materia penal”, en C. ARANGÜENA FANEGO (directora), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*. Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 30-31 y 39-40.

<sup>7</sup> El ELSJ es “la última gran frontera competencial” adquirida por la UE. Esta extensión de competencias al ámbito del ELSJ se debe más a una necesidad que a una virtud política. Vid. FONSECA MORILLO, F. J.: “Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en C. ARANGÜENA FANEGO, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*. Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 20 y 23.

En la actualidad nos encontramos en un momento crucial para el procedimiento penal en la UE, como organización internacional con personalidad jurídica, y en sus Estados miembros. MARTÍN DIZ, F., op. cit., pág. 62. Caminamos de forma progresiva hacia el Derecho Procesal Comunitario por la existencia de otras vías y formas de prevención delictiva, investigación y enjuiciamiento de determinados delitos graves de dimensión transfronteriza. FIGUEROA BURRIEZA, A., “Proceso Penal Europeo y garantías jurisdiccionales de los derechos de la Europa unida”, en L. M. BUJOSA BADELL (director), *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares, Granada, 2008, pág. 98.

La UE es la organización o institución internacional más prolífica en el establecimiento de políticas de prevención y producción normativa contra las formas graves de delincuencia. RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza”, en L. M. BUJOSA VADELL, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2008, pág. 281.

<sup>8</sup> Reunión de los ministros de Justicia e Interior de los Estados miembros, en el ámbito de la Cooperación Política Europea, para poner en común cuestiones de estos ámbitos, con singularidad la materia de orden público. Se invitaba a la Comisión europea. Vid. MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., op. cit. Pág. 89.

Como decimos, en la década de los ochenta se dan grandes logros en la cooperación judicial, utilizando principalmente Convenios (estos son relativos a materias tales como el terrorismo, el principio *non bis in idem*, el traslado de personas condenadas, la extradición entre Estados miembros, coordinación entre Estados en asuntos penales, deudas alimentarias, ejecuciones penales)<sup>9</sup>, entre los Estados miembros y fundando estructuras de cooperación. Pero fueron los acuerdos de Schengen<sup>10</sup>, de supresión de fronteras y de adopción de medidas para regular y hacer posible ese acontecimiento y esa nueva realidad, los más importantes. La ausencia de fronteras interiores, y la conversión de las exteriores de cada Estado miembro, en fronteras comunes, supuso un nuevo escenario que debía ser regulado. Especial atención se debió prestar al hecho de que al ser libre la circulación de personas en el denominado territorio Schengen era, asimismo, libre la circulación de delincuentes, lo que propiciaba la labor de las grandes organizaciones criminales. Se tenía que dar una respuesta conjunta, una contestación europea al nuevo fenómeno<sup>11</sup>.

El *acervo Schengen* es el conjunto de normas, prácticas administrativas y mecanismos que regulan eminentemente el cruce de fronteras, peticiones de asilo, la cooperación policial y judicial, el Sistema de Información y la protección de datos de carácter personal relativo a este conjunto. Con el Tratado de Ámsterdam<sup>12</sup> el denominado acervo Schengen se incorpora a la Unión Europea y con ello al ELSJ mediante una operación no exenta de complicaciones de regímenes diversos dependiendo de los Estados. Especial laboriosidad ha supuesto, la aplicación del acervo Schengen a los últimos

---

<sup>9</sup> Como podemos observar estas materias en muchos casos, con posterioridad, han sido desarrolladas por directivas o por Decisiones marco.

<sup>10</sup> El modelo se instaura inicialmente, en 1985 y se completa en 1990, aunque el nuevo Tratado de aplicación, no tiene vigencia, sino hasta 1995. Lo componen Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Francia y Alemania, desde 1985. Con posterioridad se adhieren Italia, España (vid. BOE de 30 de julio de 1991, de 13 de marzo de 1997 y 5 y 9 de abril de 1993), Portugal, Grecia, Austria, Dinamarca, Finlandia y Suecia, además de Islandia y Noruega, que no forman parte de la Unión Europea.

<sup>11</sup> “La permeabilidad de los límites territoriales entre unos y otros Estados, por motivos especialmente de orden político mucho más acentuada en determinadas regiones mundiales como puede ser la correspondiente a la formada por los Estados miembros de la Unión Europea ha sido aprovechada muy positivamente por la delincuencia organizada para desarrollar sus actividades ilegales propagándolas a más de un Estado. El poro fronterizo europeo abierto casi de par en par internamente, merced a la aplicación de las libertades comunitarias básicas como son la libre circulación de servicios, personas, mercancías y capitales, ha tenido un efecto perverso hacia los propios ciudadanos que se favorecen de estas libertades al “abrir la puerta” a la delincuencia organizada transfronteriza en el seno de la Unión Europea para moverse con “libertad” y buscando la impunidad de sus actuaciones con el continuo trasiego de uno estado a otro, u operando simultáneamente en varios de ellos, pero chocando, paradójicamente y simultáneamente, con la dificultad penal y procesal de perseguir cada fenómeno de delincuencia organizada transfronteriza grave por cada uno de los Estados miembros más allá de esa “inexistente” frontera nacional que si se erige como muro infranqueable en este caso. Ahora bien, no pasa desapercibido de que nos estamos moviendo en el núcleo duro de la identidad estatal nos estamos enfrentando, y ofreciendo nuevos planteamientos, a cuestiones que afectan la soberanía nacional de los Estados como son las relativas a su norma penal o, más acentuadamente, a su jurisdicción.” MARTÍN DÍZ, F.: “La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea”, en BUJOSA VADELL, L. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares, Granada, 2008, pág. 25.

De la misma opinión FIGUERUELO BURRIEZA, A., op. cit., pág. 101 y BUJOSA VADELL, L. M. “Proceso penal europeo y enjuiciamiento de menores”, en L. M. BUJOSA VADELL, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2008, pág. 105. Para RODRÍGUEZ GARCÍA, N. “Cooperación judicial penal en la Unión Europea: algunas experiencias orgánicas para hacer frente a la delincuencia grave con dimensión transfronteriza”, en L. M. BUJOSA VADELL, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*, Comares, Granada, 2008, pág. 273, en la actualidad toda lucha contra la delincuencia transfronteriza grave tiene que dotarse de la colaboración entre Estados. Si la delincuencia es transnacional, también lo ha de ser la respuesta contra la misma.

<sup>12</sup> Protocolo 2.

Estados que se han incorporado a la UE.<sup>13</sup> Es de destacar que Reino Unido, arrastrando además a Irlanda y Dinamarca<sup>14</sup> son Estados reticentes a la supresión de controles en fronteras interiores<sup>15</sup>. Para los trece Estados miembros entonces plenamente integrados en el sistema Schengen, se opta por la alternativa de la cooperación reforzada, para dar forma jurídica a la integración del sistema en el Derecho originario<sup>16</sup>. Desde entonces todos los Estados que se incorporen al proceso de integración tienen la obligación de aceptar el acervo Schengen, sin posibilidad de introducir matices o reservas<sup>17</sup>.

Con el **Tratado de Maastricht** se incorpora a la UE los asuntos de Justicia e interior<sup>18</sup>. Del Título VI del TUE formaban parte fundamentalmente las materias referentes a asilo, cruce de fronteras, política de inmigración y nacionales de terceros Estados, lucha contra la toxicomanía y el fraude internacional, cooperación judicial civil y penal y aduanera y policial<sup>19</sup>. En principio la CAJI estaba excluida del medio comunitario, parecía que se encontraba más allá de su perímetro. Pero en realidad de una manera análoga a la PESC, las Instituciones y normas comunitarias no estaban al margen de la CAJI. Así había una formación del Consejo, compuesta por Ministros de Justicia e Interior, la Comisión y el Parlamento Europeo, que se pronunciaban sobre estas materias. La exclusión mayor se daba, por los recelos de cesión de soberanía de los Estados miembros en materias tan sensibles y del núcleo duro de la concepción clásica de las competencias estatales, como la seguridad pública, el Derecho Penal y de Ejecución de Penas, la inmigración, etc., con respecto al Tribunal de Justicia, ya que se mantenía al margen<sup>20</sup>.

---

<sup>13</sup> La adhesión a las entonces Comunidades Europeas de los países de la órbita de la Unión Soviética, tiene una influencia muy marcada en el ELSJ, ya que incluso en la actualidad el Estado de Derecho no es plenamente homologable con los otros Estados de la UE que en el momento de su incorporación ya eran miembros. Este hecho está detrás de alguna de las reticencias para el reconocimiento automático de ciertas resoluciones judiciales en lo referente a la cooperación judicial penal.

El Consejo Europeo de Copenhague de 1993, les impuso como condición para el ingreso, premisas tales como que su sistema político garantizara la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. La Comisión hizo un esfuerzo enorme para que estos países cumplieran el programa marcado por Bruselas. Finalmente, aunque las condiciones no se cumplieron exactamente como se les exigía, sólo se está a la espera de la adhesión de Croacia y Macedonia.

<sup>14</sup> Vid. Protocolos 19, 20, 21 y 22 sobre el acervo de Schengen, según la incorporación al Tratado de Lisboa.

<sup>15</sup> Estos Estados miembros se rigen por el sistema *opt-in/opt-out*, vigente en la actualidad. Es decir, pueden participar en los mecanismos que estimen procedentes. Se reclama una mayor lealtad entre Estados en la toma de decisiones en cuanto a la confianza mutua. Vid. FONSECA MORILLO, F. J., op cit., págs 26. En los casos de Islandia y Noruega, se debieron hacer dos Acuerdos: uno con Reino Unido y Dinamarca y otro con los otros trece Estados miembros. Vid. MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2010. Sexta edición. Pág. 115. Es evidente el recelo de los Estados miembros para el ejercicio de soberanía en esta materia pero las ventajas son superiores a los inconvenientes. FIGUERUELO BURRIEZA, A., op. cit., pág. 99; PÉREZ DE LAS HERAS, B., *Hacia un derecho común en la Unión Europea*. Madrid, 2003.

<sup>16</sup> Asimismo, el sistema orgánico de Schengen se incorporó al sistema institucional de la UE y, además desde mayo de 1999, provisionalmente, los actos derivados de Schengen, fueron suplidos por actos comunitarios, formando parte del Tercer Pilar (Título VI TUE), publicándose de este modo en el Diario Oficial. Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., op. cit. Págs. 115 y 166.

<sup>17</sup> Con Suiza y Liechtenstein se celebran sendos Convenios, en 2004 y 2006, respectivamente, para la aplicación del acervo Schengen en su territorio.

<sup>18</sup> Vid. ALVES COSTA, A.: "La creación de la fiscalía europea", en C. ARANGÜENA FANEGO, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*, Lex Nova, Valladolid, 2010, págs. 88 y 89.

<sup>19</sup> Una de las principales dificultades era la controversia acerca del tratamiento de la competencia, comunitaria o como cooperación reforzada. Vid. MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., op. cit. pág. 91.

<sup>20</sup> Los instrumentos jurídicos de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (posiciones y posiciones comunes), pronto se revelaron insuficientes; siendo los Convenios entre Estados miembros, parsimoniosos y poco ágiles. Ciertos Convenios, dotaron de competencia al entonces TJCE, suponiendo esto un paso adelante en el sistema de garantías, que será casi pleno una vez transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., op. cit. pág. 92.

Hasta el 2 de diciembre de 2009, cuando entra en vigor el Tratado de Lisboa, el **Tratado de Ámsterdam**<sup>21</sup> de 1997, es el texto del Derecho originaria que más determina el ELSJ. Además lo establecido en el Tratado de 1997, seguirá estando vigente en el período transitorio de cinco años que impone el Tratado de Lisboa, salvo que se hagan las modificaciones conforme ya a la nueva legislación. Es decir, podemos decir, que en su mayor parte, que este es el marco jurídico vigente en la actualidad. El Protocolo 36, establece el sistema jurídico de las disposiciones en vigor, anteriores al 1 de diciembre de 2009, relativas al ELSJ. Así se mantienen sus efectos y normas hasta que no sean actualizadas por el nuevo sistema de fuentes. Se va a pasar de un espacio dominado por las Decisiones marco a las directivas<sup>22</sup>. No obstante, las Instituciones de la UE han de emplearse a fondo para adaptar el ELSJ al nuevo marco normativo (Declaración anexa 50). Una ventaja de las directivas con respecto a las Decisiones marco, es su aplicabilidad directa en determinados casos de no transposición o cuando la misma es incorrecta conforme al texto de la norma europea, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no tienen las Decisiones, ni las Decisiones marco, no obstante, la matización producida por la sentencia en el caso *María Pupino*<sup>23</sup>.

Se parte de la idea, quizá algo escuálida, de configurar y crear el ELSJ para garantizar la libre circulación de personas<sup>24</sup>; o sea, la del espíritu estrictamente económico sigue estando presente. Se garantizan unos derechos para posibilitar la libre circulación. Entendemos que es más correcto garantizar unos derechos, los derechos básicos y fundamentales de la persona porque ha de ser así, porque es más importante el patrimonio jurídico que la creación de un espacio y estructura económica, que tiene una enorme importancia, claro está, pero uno lo es más que la otra. Es un asunto de enfoque del problema. Aunque la realidad, pensamos, ha obligado a cambiar la idea. Vemos en el Tratado de Lisboa una potenciación del ELSJ, superando el pensamiento estrecho de servir este para asegurar los derechos, principalmente económicos conseguidos. Un ejemplo de lo que decimos, lo encontramos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el nuevo rango jurídico que tiene tras el 1 de diciembre de 2009, aunque sea de una manera indirecta.

En Ámsterdam, el ELSJ pertenece tanto al ámbito comunitario, como al intergubernamental. Como indica LIÑÁN NOGUERAS<sup>25</sup>, es un objetivo transpilar, comunitario e intergubernamental. Se *comunitariza* (Título IV TUE), con mayor o menor intensidad, las medidas para la eliminación de los controles en frontera, el cruce fronteras exteriores y los visados, el asilo, la inmigración, la cooperación civil y la cooperación administrativa inherente a estas materias. Otros asuntos permanecen fuera de la órbita estrictamente comunitaria (Título VI TUE, “Cooperación Policial y Judicial Penal”), aunque menos que la PESC. Estas materias fueron la prevención y lucha contra la delincuen-

<sup>21</sup> En el Tratado de Niza, son mínimas las innovaciones que se hacen en el ELSJ. Vid. ALVES COSTA, A., op. cit., pág. 89. En el Tratado de Ámsterdam origen del ELSJ, se sentaron las bases para la confianza mutua y avance entre los Estados miembros en la cooperación judicial penal y policial. MARTÍN DIZ, F., Op. cit., pág. 51.

<sup>22</sup> Corolario de lo que comentamos podemos destacar, entre otras, la directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derechos a la información en los procesos penales (DOUE de 1 de junio de 2012).

<sup>23</sup> Vid. *infra* comentario a la sentencia *María Pupino* y el efecto directo de las Decisiones marco.

<sup>24</sup> Así el art. 2 TUE, establecía como un objetivo, el mantenimiento y el desarrollo de la UE como un ELSJ, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

<sup>25</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., op. cit. Pág. 93.

cia, la cooperación entre policías de los Estados miembros y Europol, cooperación entre ministerios y autoridades judiciales y, si fuera procedente, la aproximación de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros. La CPJP, aunque en cierta medida, permanecía fuera de la Comunidad, el avance con respecto al Tratado de Maastricht era importante, ya que se proporcionan mejores instrumentos jurídicos, especialmente la Decisión marco, y se implicaba a las instituciones de la Comunidad Europea, como el Tribunal de Justicia, el Parlamento Europeo y la Comisión.

La habilitación que hace el Tratado de Ámsterdam, tiene reflejo en el **Consejo Europeo de Tampere** de octubre de 1999<sup>26</sup>, Programa de Tampere, y en la cumbre del 4 y 5 de noviembre de 2004, por el que se aprueba, para el periodo 2005-2009, el **Programa de La Haya sobre consolidación de la libertad, la seguridad y la Justicia en la Unión Europea**. Con posterioridad el Consejo Europeo de diciembre de 2009, da luz verde al **Programa de Estocolmo (una Europa abierta y segura que sirva de protección al ciudadano)**, en el que se hace un programa para los años 2010 a 2014<sup>27</sup>. En el Programa de Estocolmo, entre otras, se incluye la necesidad de que el Derecho de la UE garantice unos niveles elevados de derechos de las personas privadas de libertad en las cárceles sitas en la UE<sup>28</sup>. Hemos de destacar que el marco jurídico del Tratado de Ámsterdam, no ha sido el más acabado que se hubiera podido conseguir, pero en base a este se han aprobado gran cantidad de normas, en su mayoría Decisiones marco, que están construyendo y en la actualidad son la base para el nuevo desarrollo que habilita el Tratado de Lisboa.

Como es bien sabido con el nuevo **Tratado de Lisboa** todo el ELSJ, podemos decir, que se *comunitariza*, aunque ya no debemos hablar de Comunidad Europea, sino sólo de Unión Europea: ya ha desaparecido la estructura en pilares. En el actual art. 2 Tratado de la Unión Europea, con cierta solera en el Derecho de la Unión, se expresan con claridad lo que deben ser las bases de la actuación de la UE. Es muy importante el que la dignidad humana sea un principio rector de lo que pretendemos construir con el proceso de unificación en Europa. El art. 3.2 TUE<sup>29</sup> sigue fijando al ELSJ como un objetivo de la UE<sup>30</sup>. El respeto y la consecución de los **valores supremos** de la Unión Europea que se enuncian en el artículo 2 del

---

<sup>26</sup> Antes de este Consejo Europeo, incluso sin haber entrado en vigor el TA, se aprobó el Plan de Acción de Viena (DO C 19, de 23 de enero de 1999), por el Consejo de Justicia e Interior de 3 de diciembre de 1998, relativo a la mejor manera de aplicar las disposiciones del TA relativas a la creación del ELSJ, en el que se puso en valor la vis expansiva de la materia. Vid. ALVES COSTA, A., op. cit., págs. 89 a 91. Para este autor la criminalidad organizada ha cambiado en la última época: se ha organizado o estructura de forma regional o mundial; se dotan de una estructura similar a las de las empresas; emplea medios tecnológicos modernos; se asesoran en ámbitos técnicos y jurídicos; usan paraísos fiscales para el provecho de su capital e inversiones.

<sup>27</sup> Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: “Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y el Programa Estocolmo”. *Revista La Ley*, nº 74, septiembre de 2010.

<sup>28</sup> Vid. FONSECA MORILLO, F. J.: “Algunas reflexiones sobre las perspectivas de la cooperación judicial penal en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en C. ARANGÜENA FANEGO, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia*. Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 22.

<sup>29</sup> La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un ELSJ sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

<sup>30</sup> El espacio que se consagra en este precepto y a lo largo del articulado del Tratado de Lisboa, quizá hubiera debido empezar por llamarse de Justicia, luego libertad y, finalmente, seguridad. Siendo consciente que la seguridad es un valor y un derecho importantísimo, no debió, con el objeto de evitar suspicacias y críticas, anteponerlo a la justicia y la libertad. Aunque, estimo, no se debe dar especialmente relevancia o significación a este hecho. Quizá la expresión “espacio de libertad, seguridad y justicia”, podría haberse simplificado con el término justicia.

Tratado de la Unión Europea<sup>31</sup>, como está redactado tras el 1 de diciembre de 2009, es una obligación jurídica reivindicable ante los órganos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia de la Unión, en sus distintas formaciones, y para los Jueces y Tribunales internos de todos los Estados miembros, para las instituciones de la Unión y para los países miembros.

Los objetivos de la UE, los encontramos en el artículo 3 del TUE, que ya no son sólo económicos, sino también políticos y sociales, entre los que están el de la propia construcción del ELSJ<sup>32</sup>. Estos objetivos generales, los debemos diferenciar de los objetivos concretos que se pretendan conseguir en un ámbito específico en el que tenga competencia e intervención la UE. Incluso, como indica MANGAS MARTÍN<sup>33</sup>, se podría impugnar la legalidad de una disposición si tuviera un efecto negativo sobre los objetivos del artículo 3 y de los artículos 7 a 17 del TFUE. Los principios por los que se ha de regir la UE y con los que se deberán articular el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, y que se muestra en todo el articulado de los Tratados son: democracia, sumisión en la actuación a los derechos humanos, igualdad de los ciudadanos y los Estados miembros, respeto a la identidad de estos, cooperación leal, solidaridad, transparencia y proximidad<sup>34</sup>. Novedad, igualmente del Tratado de Lisboa, es la inclusión de un Título específico para la introducción de principios democráticos en la UE (arts. 9 a 12)<sup>35</sup>.

Sin lugar a dudas una aportación fundamental del Tratado de Lisboa es la elevación al mismo rango jurídico y fuerza de obligar, a la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**<sup>36</sup>, aunque la forma sea criticada, en un texto separado de lo que es propiamente el articulado, tendrá uno de sus hábitat principales para dejar sus efectos en el ELSJ y el *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>37</sup>. Consideramos, aunque sea de forma indirecta, el mecanismo de seguridad o cierre del sistema más político que jurídico, con el objeto de proteger los derechos humanos, que establece el art. 7 del Tratado de la Unión Europea, puede tener sobre el ELSJ. Por esto mismo, por ser un mecanismo político, no hay intervención alguna, ni siquiera emitiendo dictamen, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>38</sup>. Se prescribe

<sup>31</sup> Estos valores son los parámetros desde los que los Estados miembros y los propia UE, tiene que tomar referencia para sus acciones y políticas. Esto son el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho, los derechos humanos, los derechos de las minorías; el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la Justicia, la solidaridad, la igualdad y la igualdad entre hombres y mujeres. Tanto la redacción, como el contenido 2 del TUE, recuerda al art. 9 de la Constitución española.

<sup>32</sup> Art. 3.2 TUE.

<sup>33</sup> MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 2010. Sexta edición. Pág. 54.

<sup>34</sup> Cfr. arts. 6 y 7 TUE.

<sup>35</sup> Entre estos, podemos destacar: el principio de igualdad entre ciudadanos de la Unión, la democracia representativa, con la mención de partidos políticos a escala europea; la iniciativa legislativa popular, canalizada mediante la Comisión; y, finalmente, el mayor protagonismo de los Parlamentos nacionales, dotando así, a nuestro entender, de mayor legitimidad aún de la normas que se aprueben en la UE.

<sup>36</sup> La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es objeto de estudio en esta investigación en el Capítulo 2 del trabajo.

<sup>37</sup> También se hace obligatoria la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual, sin duda, supondrá una garantía más en la protección de los derechos más importantes de los seres humanos. Esta confluencia de sistemas de protección puede que genere ciertas dificultades de encaje, ya que se da la protección nacional de los derechos fundamentales, la propia de la Unión, con cada vez más intervención, afortunadamente en la materia, y la propia de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>38</sup> El mecanismo se pone en marcha a propuesta motivada de un tercio de los Estados miembros, del Parlamento Europeo o de la Comisión, el Consejo, por mayoría de cuatro quintos de sus miembros y previa aprobación del Parlamento Europeo, si se constata la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2.

también en la reforma la demandada **adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950**<sup>39</sup>. Lo que seguro será un reforzamiento de los derechos humanos en Europa. También desaparece la estructura de pilares, integrándose la cooperación policial y judicial plenamente en las políticas de la UE, no siendo ya una materia intergubernamental<sup>40</sup>.

El **concepto de ciudadanía** europea es clave para entender el ELSJ; aunque no se han de desconocer derechos y libertades de esta a ciudadanos no europeos que estén bajo la influencia de su Derecho. De este modo<sup>41</sup>, la Unión deberá respetar en todas sus actividades, el principio de la igualdad de sus ciudadanos<sup>42</sup>, que se beneficiarán por igual de la atención de sus Instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. Hay una interdicción a la discriminación por razón de la nacionalidad en el art. 18 TFUE, de esta manera el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. Muy importante, consideramos este artículo para el proceso de unificación europea, ya no cabe, salvo casos muy excepcionales, la discriminación entre ciudadanos de los Estados miembros, es decir, entre ciudadanos de la UE. Se debe hacer una labor de profilaxis con todas las normas anteriores y posteriores al nacimiento del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, para hacer efectivo este principio. Así muchas de las Decisiones marco aprobada en la primera década del siglo XXI, tienen entre sus objetivos, la supresión de esta ya injustificada diferenciación entre nacionales de uno y otros países miembros. El concepto de extranjero para los ciudadanos de los Estados miembros, prácticamente desaparece con la ciudadanía europea.

El haz de derechos que a todos los ciudadanos de los Estados miembros de la UE otorga la ciudadanía de la UE da fuerza y potencia la utilidad al ELSJ y al *Espacio Penitenciario Europeo*, ya que una persona que esté siendo juzgada, que hubiera sido condenada, o que esté cumpliendo condena en un Estado miembro, tiene una serie de derechos que protege y condiciona los efectos que esas situaciones ejercen sobre esta persona. Aunque alguno de los derechos de ciudadanía regulado en los Tratados, consideramos que son verdaderos derechos fundamentales, como el principio de igualdad, a diferencia de estos, los derechos fundamentales, los derivados de la ciudadanía de la UE, sí se incluían expresamente en los textos que componían el Derecho originario.

---

<sup>39</sup> La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos es un tema recurrente en relación a la determinación de cuál es la última instancia jurisdiccional en la protección de los derechos humanos en la UE. JIMENO BULNES, M., op. cit., pág. 46.

<sup>40</sup> De esta manera se podrán aprobar actos legislativos, procedimiento legislativo ordinario y mayoría cualificada en la generalidad de los casos, pero con el “freno de emergencia” de los Estados miembros en caso de innovaciones que afecten al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y el establecimiento de reglas mínimas para la definición de infracciones y sanciones. Vid. GIRÓN LARRUCEA, J. A., op. cit. Pág. 38. La cooperación judicial y policial muda todo su contenido del antiguo Tercer pilar al Título V del TFUE como ELSJ, “asumiendo idénticos instrumentos y procedimientos legislativos al igual que, con carácter exclusivo y excluyente, la jurisdicción del Tribunal de Justicia”. JIMENO BULNES, M., op. cit., pág. 42.

<sup>41</sup> Vid. art. 9 Tratado de la Unión Europea.

<sup>42</sup> En el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, arts. 8 y 10, se prescribe que en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad y que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

La regulación concreta se hace en el Título V de la Parte Tercera (artículos 67 a 89) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, intitulado “**Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia**”, en cuyo pórtico el art. 67, se configura como un espacio público europeo<sup>43</sup> con objetivos tales como: la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y el desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A este respecto, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países.

Asimismo la UE deberá garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales<sup>44</sup>. Se propiciará la tutela judicial, garantizando el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extra-judiciales en materia civil. Como cierre del sistema el precepto número 72, indica que el título V, se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al **mantenimiento del orden público** y la **salvaguardia de la seguridad interior**<sup>45</sup>. Además, los Estados miembros tendrán la posibilidad de organizar entre ellos y bajo su responsabilidad formas de cooperación y coordinación en la medida en que lo estimen apropiado, entre los servicios competentes de sus Administraciones responsables de velar por la seguridad nacional. Es una cláusula de salvaguarda de las competencias nacionales en lo referente al orden público y la seguridad interior, no obstante, la existencia del espacio de Justicia que estamos creando en la Unión. En el proceso de integración europeo, nunca se ha dado, ni se ha pretendido un proceso constituyente. No debemos olvidar, que aunque en su forma más evolucionada, la Unión Europea es una organización internacional de integración.

En el ELSJ en la mayoría de los casos nos encontramos con competencias de naturaleza compartida, regidas por los principios de primacía del Derecho de la Unión, com-

---

<sup>43</sup> La Unión constituye un ELSJ dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Art. 67.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El ELSJ es la política que “aparentemente” se beneficia más de los avances del Tratado de Lisboa, ya que se limita el perfeccionamiento integral del sistema. La misma rúbrica “espacio” es criticable por confusa; el empleo de los tres sectores como libertad, seguridad y Justicia, es inoportuna. Asimismo se produce una Europa a varias velocidades, como se materializan en los Protocolos 21 y 22 sobre la posición del Reino Unido y Dinamarca en el ELSJ. JIMENO BULNES, M., op. cit., pág. 49.

<sup>44</sup> La pregunta que nos viene a la mente tras el artículo es clara, si para construir un espacio de Justicia y una verdadera cooperación judicial penal y civil, basta con el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Estimamos que es necesaria la aproximación de las legislaciones civiles y penales, tanto materiales como adjetivas, aunque esto vendrá con el tiempo. Probablemente, las reticencia de los Estados, o mejor dicho, de los Gobiernos, menos europeísta, a la cesión de competencias tan sensibles como son las de materia de Justicia, especialmente la penal y en Derecho de familia, que afectan al núcleo duro de la soberanía, sea la causa por la que no se indica claramente que la Unión realizará una aproximación de las legislaciones penales, al menos, en determinados delitos y garantías procesales.

<sup>45</sup> Esta cláusula de salvaguarda de en materia de orden público y de seguridad pública, ha restringido la efectiva aplicación del sistema de cooperación judicial. MARTÍN TALAVERA, A., “¿Porqué no es posible la cooperación judicial en materia penal en el seno de la Unión Europea?”, *Revista Ciencias sociales y Jurídicas*, nº 2, 2007.

pensado con los principios de subsidiariedad<sup>46</sup> y proporcionalidad<sup>47</sup>. La UE asume las competencias que los Estados miembros le atribuyen en los Tratados (principio de atribución)<sup>48</sup>; no puede haber cesión de competencias en el Derecho derivado. A diferencia de los Estados, la Unión no tiene competencias originarias. Se atribuye, mediante los Tratados el ejercicio de la competencia, no la titularidad de la soberanía, que pertenece a la ciudadanía y a los Estados miembros. Esta interpretación concuerda plenamente con el tenor literal del artículo 93 de la Constitución Española: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. [...]”

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad limitan la actuación de la UE, ya que como hemos visto anteriormente, en relación a las competencias compartidas la Instituciones europeas sólo actuarán, de forma proporcional, cuando sea más eficaz que la acción individual de los Estados miembros. Así en lo que respecta a la cooperación penal determinadas garantías procesales penales, sólo si se regulan de una forma uniforme o armonizada por la Unión, va a darse una eficaz protección a todos los ciudadanos europeos en todos los Estados, independientemente de que no sea el suyo de residencia. Por ejemplo, la posibilidad de prestar declaración con traductor cuando la lengua oficial de Estado en el que se le esté tramitando un procedimiento penal, sea desconocida para el inculpado, debe ser dictada por normas de la Unión y que sean de obligado cumplimiento en todos los Estados miembros.

También tomando como referencia el principio de atribución, y el texto del Tratado de la Unión Europea, toda competencia que no hubiera sido atribuida a la Unión corresponderá a los Estados. No obstante, se ha de tener presente las competencias implícitas. Competencia compartida es aquel ámbito de actuación en el que tanto los Estados, como las Instituciones confluyen con el objeto de regular una materia de la forma más eficaz, pero respetando el ordenamiento jurídico de la UE y de los Estados miembros. Así, no siempre la eficacia es un elemento determinante para atribuir la competencia a Europa. Cuando la Unión, en base a una competencia compartida estima que debe actuar, no hay una exclusión total de los Estados miembros, sino que se da una confluencia de actuaciones. Las Instituciones europeas, deberán siempre respetar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Como sucede con la gran mayoría de las competencias de la Unión Europea, las propias del ELSJ, han debido ser ordenadas y clarificadas por el Tratado de Lisboa con el objeto de facilitar la tarea a los operadores jurídicos y a los ciudadanos en general. De esta manera resultan las materias en las que se divide este Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dedicado al ELSJ, además de unas disposiciones generales son: controles de fronteras, asilo e inmigración; cooperación judicial civil; cooperación judicial penal y cooperación policial.

---

<sup>46</sup> El Plan de Acción para implementar el Programa de Estocolmo 2009-2014, destaca que es necesario fijar una estrategia en materia de Justicia penal con pleno respeto del principio de subsidiariedad. Vid. FONSECA MORILLO, F. J., *op. cit.* pág. 22.

<sup>47</sup> Se debe puntualizar que el Protocolo 23 y la Declaración 36, establecen que los Estados miembros son competentes para negociar o celebrar acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales, respecto del cruce de fronteras exteriores, cooperación judicial y policial, siempre conforme al Derecho de la UE y los acuerdos internacionales.

<sup>48</sup> Artículo 7: “La Unión velará por la coherencia entre sus diferentes políticas y acciones, teniendo en cuenta el conjunto de sus objetivos y observando el principio de atribución de competencias”.

Aunque el nuevo Tratado ha intentado clarificar las competencias y los mecanismos de toma de decisiones en la UE, en el ELSJ sigue siendo demasiado complicado y dúctil, debido a las reticencias de los Estados a ceder soberanía, no debiendo ser tan complejo una materia en la que los derechos humanos se pueden ver tan afectados, como es el Derecho Penal sustantivo y procesal y la ejecución de penas y el resarcimiento de las víctimas.

En lo que hace referencia a la **cooperación judicial civil**<sup>49</sup>, la clave de bóveda es el reconocimiento de mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, desapareciendo el exequátur; siendo en esta materia mayor la armonización legislativa que en la cooperación penal. Asimismo, tiene repercusión en este ámbito el traslado de documentos transfronterizos, los conflictos de leyes y de jurisdicción y la obtención de pruebas. Incluso podría darse una aproximación de las legislaciones civiles y se potenciará la resolución de conflictos por un cauce extrajudicial.

La **cooperación judicial penal** va a tener un impulso capital con el Tratado de Reforma, donde la clarificación de fuentes y competencias de la que hablábamos antes, es muy necesaria, junto con la potenciación de los mecanismos de garantías de los derechos fundamentales que tan afectados se ven por la materia penal<sup>50</sup>. El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, sigue siendo la palanca con la que se mueve el mundo de la Justicia penal en la UE<sup>51</sup>. La armonización o aproximación de las legislaciones, se subordina a las necesidades que pudieran ir apareciendo en el camino de la integración en la materia<sup>52</sup>. Aunque creemos que la aproximación de las legislaciones es algo inevitable para que exista un fluido reconocimiento mutuo. Mediante el procedimiento legislativo ordinario, se podrán introducir medidas para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; prevenir y resolver los conflictos de juris-

<sup>49</sup> El art. 81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, enumera las materias de este ámbito: el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; la notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales; la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; la cooperación en la obtención de pruebas; una tutela judicial efectiva; la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

<sup>50</sup> Tras cincuenta años de existencia de cooperación penal en la UE, las principales preocupaciones en este campo son la represión penal, en la que se incluye la investigación, el enjuiciamiento y la ejecución penal, y la garantía de los derechos fundamentales. ALVES COSTA, A., op. cit., pág. 96. Para MARTÍN DIZ, F.: “La conveniencia de procesos penales supranacionales: el caso de la Unión Europea”, en BUJOSA BADELL, L. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares. Granada, 2008, pág. 24, la cooperación en asuntos de Justicia penal cada vez es más conveniente pues por la evolución de las nuevas formas de delincuencia, hay una delincuencia *multisectorial*. Las soluciones internas ya no son suficientes.

<sup>51</sup> Así se estableció en el Consejo Europeo de Tampere y es recordado en casi todos los Considerandos de las Decisiones marco relativos a la materia penal.

<sup>52</sup> Por primera vez, salvo el caso del Tratado Constitucional, se tipifican en los Tratados los principios de reconocimiento mutuo y aproximación de las legislaciones en materia penal y procesal penal. JIMENO BULNES, M., op. cit., págs. 54 y 55. Para MARTÍN DIZ, F., op. cit., págs. 55 y 56, la “comunitarización” de normas legales penales y procesales penales tiene como uno de sus obstáculos la heterogeneidad de los distintos Ordenamientos jurídicos penales en los Estados miembros, “más acentuada con las sucesivas ampliaciones de la Unión y las consiguientes incorporaciones de países del antiguamente denominado “bloque del Este”, situando en un mismo espectro Estados cuyo régimen constitucional se encuentra totalmente consolidado junto a otros recién aterrizados a la vida democrática y en libertad”. Esta situación se agrava por el desconocimiento de los operadores jurídicos a la hora de trabajar con esta diversa gama de normas que no han sido armonizadas, sin contar con los eventuales problemas lingüísticos.

dicción entre los Estados miembros; apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones<sup>53</sup>.

El art. 83 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, habilita la aprobación de directivas, procedimiento legislativo ordinario, referentes al Derecho Penal sustantivo. En especial cuando la actividad delictiva tenga una dimensión transfronteriza y la actuación de la Unión Europea resulte imprescindible o más eficiente que la actuación individual de cada Estado miembro. Pero en este mismo art. 83.3 y el 82.3, se hace una concesión a los Estados miembros menos dispuestos a ceder soberanía en el ámbito penal, así si un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva afecta a aspectos fundamentales de su sistema de Justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario<sup>54</sup>.

Objeto igualmente de crítica en el seno del ELSJ, no siendo un problema de nueva aparición, es el *sistema de los opt-in/opt-out* que, en buena medida se mantiene vigente e incluso agudizado. Se recoge en los Protocolos números 21 y 22 del Tratado de Lisboa con respecto a Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. En su virtud se da la posibilidad de que un Estado miembro se quede al margen de futuras medidas en un asunto dado, o bien, que pueda incumplir sus obligaciones con respecto a medidas ya aprobadas; pudiéndose incorporar en el futuro si lo estima procedente y con libertad a las medidas<sup>55</sup>.

Se refuerza asimismo EUROJUST<sup>56</sup>, siendo el verdadero referente en la política penal en la UE como coordinador de la cooperación en este ámbito. Puede ahora ini-

---

<sup>53</sup> Incluso, en base al apartado 2 de este art. 82 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a través de directiva, recordemos que con el Tratado de Lisboa se abandona definitivamente las Decisiones marco, por el procedimiento legislativo ordinario, se pueden adoptar normas, referentes a: admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; los derechos de las personas durante el procedimiento penal; los derechos de las víctimas de los delitos; otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

<sup>54</sup> Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

<sup>55</sup> Así por ejemplo el art. 7 del Protocolo 22, “en cualquier momento Dinamarca podrá, de acuerdo con sus normas constitucionales, informar a los demás Estados miembros de que ya no desea hacer uso del presente Protocolo en su totalidad o en parte”. JIMENO BULNES, M., op. cit., págs. 66 a 68.

<sup>56</sup> Que coadyuva a la coordinación y cooperación entre autoridades judiciales en lo referente a delincuencia transnacional grave, según las Decisiones del Consejo 2002/187/JAI de 28 de febrero, por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (Diario Oficial n° L 063 de 06/03/2002 p. 0001 - 0013), Decisión 2003/659/JAI del Consejo de 18 de junio de 2003 por la que se modifica la decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (Diario Oficial L 245/2003 de 29 de septiembre de 2003) y Decisión 2009/426/JAI de 16 de diciembre, por la que se refuerza Eurojust y se modifica la Decisión 2002/187/JAI por la que se crea Eurojust para reforzar la lucha contra las formas graves de delincuencia (DO 4.6.2009 L 138/14).

ciar procedimientos penales más allá de la protección de los intereses financieros de la UE (art. 85.1.a TFUE), con protagonismo en la resolución de los siempre difíciles conflictos de jurisdicción<sup>57</sup>. Se creará la Fiscalía Europea<sup>58</sup> para la persecución de delitos y otras infracciones contra los intereses financieros de la UE. Igualmente se intenta potenciar la Red Judicial Europea<sup>59</sup> y los magistrados de enlace<sup>60</sup>. En cuanto a la cooperación policial<sup>61</sup>, no hay una gran novación en la materia. Se ha de destacar la nueva forma jurídica de EUROPOL, que pasa a ser una agencia de la UE<sup>62</sup>.

Como reflejo de haber establecido al **Consejo Europeo** como Institución de la UE en el Tratado de Lisboa, en relación al ELSJ este según el art. 68 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa. En el ELSJ, tiene funciones concretas tales como: la posibilidad de ampliar las competencias de la Fiscalía Europea (artículo 86 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), pronunciarse en el caso de que un Estado miembro estime que una directiva va en contra de su ordenamiento jurídico penal y la armonización en caso de conflicto entre Estados la cooperación policial y las competencias referentes a los Tratados de Schengen que forman parte del ordenamiento de la UE.

La **Comisión**, tras la aprobación del Tratado de Lisboa, sufre también cambios en su diseño y configuración que tienen sin duda reflejo en el ELSJ. De esta manera la Comisión en el ELSJ ocupa un papel destacado en la evaluación de la actuación de los Estados miembros en estos ámbitos y, singularmente, en la valoración del grado de adaptación de las Decisiones marco y directivas a sus Derechos internos. Asimismo, como los actos legislativos, como norma general, sólo pueden aprobarse a iniciativa de esta Institución las futuras directivas en materia de Justicia, tendrán el

<sup>57</sup> JIMENO BULNES, M., op. cit., págs. 61 y 62. Para MARTÍN DIZ, F., op. cit., pág. 26, la concurrencia jurisdiccional de varios Estados sobre un mismo hecho delictivo es “una de las piezas de más difícil encaje en el rompecabezas contra la delincuencia organizada”. Destaca RODRÍGUEZ GARCÍA, N., op. cit., pág. 298, que Eurojust tiene personalidad jurídica propia como un órgano más de la UE.

<sup>58</sup> Su creación ha de hacerse por unanimidad en el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo por el procedimiento legislativo especial para el ámbito de aplicación y las competencias del art. 86 TFUE. Para MARTÍN DIZ, F., op. cit., pág. 60 la Fiscalía Europea ha de jugar un papel destacado en la lucha contra la criminalidad grave de dimensión transfronteriza. De crearse un procedimiento penal comunitario, sería la institución jurídica encargada de la fase de instrucción.

<sup>59</sup> La Red Judicial Europea (RJE) en materia penal tiene como fin a facilitar el auxilio judicial en la lucha contra la delincuencia transnacional. Se crea por una acción común adoptada por el Consejo el 29 de junio de 1998, que se sustituyó por la Decisión 2008/976/JAI del Consejo de 16 de diciembre, sobre Red Judicial Europea (DO L 348 de 24.12.08). La Red está formada por una serie de puntos de contacto a disposición de las autoridades judiciales de los Estados miembros y otras autoridades competentes que les permiten mantener contacto directo entre sí. Dichos puntos de contacto proporcionan la información jurídica y práctica necesaria para que las autoridades interesadas presenten de manera eficaz solicitudes de cooperación judicial. Tiene una relación privilegiada con Eurojust basada en la consulta y complementariedad. Igualmente hay una red judicial en materia civil y mercantil, basada en una Decisión del Consejo de 28 de mayo del 2001, que se inspira en la penal.

<sup>60</sup> Con el objeto de configurar los Magistrados de Enlace, el Consejo Europeo de 22 de abril de 1996 adoptó la Acción Común 96/277/JAI. Se pretende crear una eficaz red de puntos de contacto de autoridades judiciales, entendiéndose en sentido lato, para la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Pueden formar parte de esta red no sólo autoridades judiciales sino también altos funcionarios de Justicia y miembros del Ministerio Fiscal. Quién forme parte de la red magistrados de enlace no actuará en funciones jurisdiccionales, son agentes diplomáticos particulares, con el objeto de estar en contacto con las autoridades competentes del Estado miembro de acogida para el asesoramiento jurídico. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., op. cit., pág. 291.

<sup>61</sup> Arts. 87 a 89 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>62</sup> Vid. Decisión 2009/371/JAI del Consejo, de 6 de abril, por la que se crea la Oficina Europea de Policía (Europol) (DO L 121/37, 15.5.2009).

proyecto legislativo de la Comisión. Aunque en las materias propias del ELSJ también tienen la potestad de la iniciativa legislativa los Estados miembros. De la misma forma el poder ejecutivo de la Comisión se hace presente en la aprobación de actos ejecutivos, de actos legislativos delegados y por el ejercicio de otras funciones legislativas en materias propias del ELSJ. También como representante exterior de la UE, salvando las competencias del Alto Representante para la política exterior, la Comisión como representante de la UE en el exterior, tendrá un protagonismo destacado en las relaciones que emanan del Convenio Europeo de Derechos Humanos tras la adhesión de la UE a esta, como es el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la ejecución de sus sentencias.

Para el perfeccionamiento del sistema institucional en el ELSJ, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea da otras dos pautas: una, para verificar, el cumplimiento de las normas del “espacio” por los Estados miembros y, otra, para la creación de un Comité permanente en el **Consejo**. De este modo, sin perjuicio de los artículos 258, 259 y 260, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el Título V, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Se informará al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales del contenido y los resultados de esta evaluación. A propuesta de la Comisión, especialmente en el caso de que se observe que en una cierta materia, se está produciendo problemas por normas existentes, o precisamente por la inexistencia de éstas, se podrá indicar al Consejo, en su forma de ministros de Justicia e interior, los problemas y soluciones para potenciar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.

El *Comité permanente del Consejo* adoptará medidas para garantizar la cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros en los ámbitos a que se refiere el presente Título V, así como entre dichos servicios y la Comisión<sup>63</sup>. Este comité tendrá por objeto garantizar dentro de la Unión el fomento y la intensificación de la cooperación operativa en materia de seguridad interior. Sin perjuicio del artículo 240, dicho comité propiciará la coordinación de la actuación de las autoridades competentes de los Estados miembros. Podrán participar en sus trabajos los representantes de los órganos y organismos de la Unión afectados. Se mantendrá informados de dichos trabajos al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales.

El **Parlamento Europeo** entendemos va a tener un protagonismo esencial como garante de los derechos de los ciudadanos y de los principios de los Estados de Derecho en materias de Justicia. Precisamente la carencia de legitimidad democrática es una principales críticas, en algunos casos no faltas de fundamento, que se hacen al ELSJ<sup>64</sup>. Al tratarse de materias directamente relacionadas con derechos fundamen-

---

<sup>63</sup> Según el art. 74 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Consejo se pronunciará a propuesta de la Comisión, sin perjuicio del artículo 76, y previa consulta al Parlamento Europeo.

<sup>64</sup> Para el aumento de la legitimación democrática, “la integración de un modelo normativo penal y procesal penal en la Unión Europea de carácter supranacional y selectivo”, tendrá que venir obligatoriamente completado con la dotación al Parlamento Europeo de competencias legislativas en estas materias más allá de lo prescrito en los vigentes arts. 69 E y F del Tratado de Lisboa. MARTÍN DIZ, F., op. cit., págs. 64 y 65.

tales, la necesidad de un verdadero ordenamiento jurídico con garantías democráticas es más necesaria. La función legislativa puede ser realizada mediante el procedimiento legislativo ordinario, o bien, mediante el especial. El primero, también denominado codecisión por ejercerse por el Parlamento Europeo junto con el Consejo, se aplica a la mayor parte de los sectores en los que es competente la UE. Por el contrario, el procedimiento especial da intervención al Parlamento Europeo bien mediante una función consultiva, bien mediante la aprobación de decisiones del Consejo en materias en las que anteriormente no se daba intervención a la Cámara.

En una primera lectura puede parecer que el ELSJ se desarrollará por el procedimiento legislativo ordinario, aunque puede darse en esta materia una amalgama de procedimientos legislativos especiales se puede dar en este campo<sup>65</sup>. En la cooperación judicial penal, el sistema de aprobación por el Parlamento Europeo con unanimidad del Consejo, se dispone para la ampliación de los ámbitos para la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros, sustantiva y procesal, y para la creación de la Fiscalía Europea. Asimismo para la aprobación de normas mínimas de definición de infracciones y sanciones<sup>66</sup>, hay una remisión en el art. 83.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a la regulación del ámbito material concreto del Tratado. Y los arts. 82.3 y 83.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen lo que MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, califican bajo el peculiar nombre de *frenacelerador*. Por último, el procedimiento legislativo ordinario se altera, con la necesidad de que si la iniciativa proviene de los Estados miembros, estos deben ser como mínimo una cuarta parte del total.

Cuando sea necesario para lograr los objetivos enunciados en el artículo 67, en lo que se refiere a la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, prescribe el art. 75, el Parlamento Europeo y el Consejo definirán mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, un marco de medidas administrativas sobre movimiento de capitales y pagos, tales como la inmovilización de fondos, activos financieros o beneficios económicos cuya propiedad, posesión o tenencia ostenten personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales<sup>67</sup>. Se ha demostrado que para una eficaz lucha contra grandes organizaciones criminales transnacionales, especialmente el terrorismo, es necesaria una intervención financiera en éstas. Nos parece acertada la última frase del precepto, ya que

---

<sup>65</sup> MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., op. cit. pág. 108, llaman la atención de tener presentes en el nuevo sistema de producción normativa que surge de Lisboa, el art. 296 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el que se prohíbe los actos legislativos atípicos si los Tratados no establecen el tipo de acto que deba adoptarse, las Instituciones decidirán en cada caso conforme a los procedimientos aplicables y al principio de proporcionalidad. Los actos jurídicos deberán estar motivados y se referirán a las propuestas, iniciativas, recomendaciones, peticiones o dictámenes previstos por los Tratados. La posibilidad de delegación legislativa del art. 290 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hace posible que un acto legislativo pueda delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general, que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo. Y, finalmente, la posibilidad de la iniciativa legislativa popular del art. 11 TUE.

<sup>66</sup> Un ejemplo evidente de la influencia del Derecho de la Unión Europea en el Derecho Penal sustantivo español, lo encontramos en la reforma del Código Penal de 22 de noviembre de 2010. Por Ley Orgánica de 22 de junio de 2010, BOE de 23 de junio, con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010, se ha llevado a cabo la última reforma del Código Penal español. En ésta, especial incidencia tiene la armonización por directivas y especialmente Decisiones marco del Derecho Penal español.

<sup>67</sup> El Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, medidas para aplicar el marco mencionado en el párrafo primero, de este art. 75 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que además incluirán las disposiciones necesarias en materia de garantías jurídicas.

nos indica que no todo vale en la lucha contra el delito, incluso en sus formas más graves y preocupantes, sino que se debe realizar esta lucha incluyendo “las disposiciones necesarias en materias de garantías jurídicas”. Los actos contemplados en los capítulos 4 y 5, así como las medidas mencionadas en el artículo 74, del Título V, que garanticen la cooperación administrativa en los ámbitos a que se refieren esos capítulos, se adoptarán: a) a propuesta de la Comisión, o b) por iniciativa de la cuarta parte de los Estados miembros.

Como ya conoce el lector otra de las novaciones destacables del Tratado de Lisboa, es la participación que se le da a los Parlamentos nacionales<sup>68</sup> de los Estados miembros cosa que también tiene incidencia, como no podía ser menos, en el ELSJ, en los asuntos de Justicia penal y la ejecución de condena ya que son ámbitos de soberanía estatal clásico. Se tiene como fin principal reforzar la legitimidad democrática de los actos de las Instituciones de la UE, acercar el proceso de integración a la ciudadanía, así como contentar a los Estados miembros que ven con más recelo el protagonismo y el nivel de competencias que está alcanzando la UE. Se crea, por ello, en virtud del Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos nacionales en la UE, la Conferencia de los Órganos Parlamentarios Especializados en Asuntos de la UE y el denominado *sistema de alerta temprana* para el cumplimiento del principio de subsidiariedad, debiendo pronunciarse los Parlamentos nacionales de los proyectos legislativos que pretenden ser aprobados por la UE. Así en relación con las propuestas e iniciativas legislativas presentadas en el marco de los capítulos 4 y 5, del Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Parlamentos nacionales velarán por que se respete el principio de subsidiariedad, de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, teniendo incluso un derecho de veto cuando se contravenga el principio de subsidiariedad. De esta forma se da más legitimidad a las normas que se aprueben referentes al ELSJ, ya que no debemos olvidar que estas en muchos casos afectan a derechos fundamentales, como son las sanciones penales y las garantías penales, que para ser legítimas han de ser aprobadas mediante mecanismos democráticos y de Derecho.

Igualmente participarán los Parlamentos nacionales en el marco del ELSJ, en los mecanismos de evaluación de la aplicación de las políticas de la Unión en dicho espacio, de conformidad con el artículo 70 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y estarán asociados al control político de Europol y a la evaluación de las actividades de Eurojust según lo dispuesto en los artículos 88 y 85 de dicho Tratado.

Una situación lacerante, era la limitación de la posibilidad de recurso al **Tribunal de Justicia**. Nos parece contradictorio que, precisamente, en el ELSJ de la Unión Europea estuviera enormemente limitado el acceso al mismo. Con el Tratado de Lisboa la situación se normaliza, pero siempre, una vez transcurrido cinco años del sucedáneo de *vacatio legis* que ya hemos señalado que expira el 1 de diciembre de 2014. El Tribunal de Justicia incrementa sus competencias en el ELSJ<sup>69</sup>, pero no podrá enjuiciar

---

<sup>68</sup> En el Plan de Acción del Programa de Estocolmo 2009-2014 se llama a la cooperación en asuntos de Justicia penal entre el Parlamento Europeo, los Parlamentos nacionales y el Consejo. Vid. FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., pág. 22.

<sup>69</sup> Para MARTÍN DIZ, F., op. cit., págs. 68 y 69, ante la eventual creación de un “proceso penal comunitario”, debería instituirse un Tribunal o Corte Penal en la UE ex art. 225 A del TFUE y como Tribunal especializado. Tendría la competencia de enjuiciar los delitos penales comunitarios; residenciándose la segunda instancia ante el Tribunal General.

el ajuste a Derecho, ni la proporcionalidad de los cuerpos de seguridad nacionales, el mantenimiento del orden público, ni la seguridad interior<sup>70</sup>. Quizá necesitamos más años y más integración para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse sobre estos asuntos. Como decimos, hasta transcurridos cinco años desde la entrada en vigor de Tratado de Lisboa no tendrá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea plenas competencias de enjuiciamiento sobre las disposiciones del antiguo tercer pilar, siempre que no hubieran sido modificados por la nueva regulación del Tratado de Lisboa.

Sí tiene competencia para pronunciarse sobre los recursos interpuestos en las condiciones contempladas en el párrafo cuarto del artículo 263 del TFUE y relativos al control de la legalidad de las decisiones adoptadas por el Consejo en virtud del capítulo 2 del título V del TUE<sup>71</sup> por las que se establezcan medidas restrictivas frente a personas físicas o jurídicas. Un avance importante, acorde con el aumento de las competencias del Tribunal, supone el que en el artículo 267 del TFUE se establezca un sistema preferente y rápido en los procedimientos prejudiciales en el caso de causas con preso, con el objeto de dar respuesta a la cuestión planteada en el menor tiempo posible. Así cuando se plantee una cuestión prejudicial en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad. Actualmente el procedimiento prejudicial urgente, se rige por los arts. 23 bis del Estatuto del Tribunal de Justicia y el art. 104 ter del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, en vigor desde el 1 de marzo de 2008<sup>72</sup>. Es un elemento más que configura, como se intenta demostrar en esta investigación, el *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>73</sup>.

Con respecto a los otros procedimientos ante el Tribunal de Justicia con relevancia en el ELSJ, podemos destacar el recurso de incumplimiento por el que se pueden atacar los actos de los Estados miembros en esta materia que fueren contrarios a los Tratados y el Derecho derivado, siempre que no hubiera sido excluido expresamente esta posibilidad por los Tratados. La *excepción de ilegalidad*, que amplía la legitimidad activa de los legitimados no privilegiados y se interpondrá como incidente procesal, si en un litigio se cuestiona un acto de alcance general del ELSJ que hubiere sido aprobado por una Institución de la Unión Europea por alguno de los motivos del art. 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por el contrario, entendemos que en el ELSJ los restantes recursos ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de *inactividad* y *responsabilidad extracontractual*, tengan poca aplicación práctica.

En lo que hace referencia al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, la Unión Europea ha aprobado por el momento, afectando todas, en mayor o menor medida al *Espacio Penitenciario Europeo*, varias normas. Como decimos el mayor número de estas datan del bienio 2008-2009, ante la previsible entonces entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Así encontramos la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de

<sup>70</sup> Art. 276 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

<sup>71</sup> Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

<sup>72</sup> En este sentido MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, op. cit. pág. 462; JIMENO BULNES, M., op. cit., pág. 64.

<sup>73</sup> Las medidas penales en el ámbito penal que la UE está tomando en los últimos años obedecen a un “encuadramiento coherente y estratégico”, dando lugar a una verdadera “política criminal europea”; aunque no podemos hablar de un cierto *ius puniendi* de la UE. ALVES COSTA, A., op. cit., págs. 96 y 97.

2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008); Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008); Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008); Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L350 de 30.12.2008); Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350 de 30.12.2008); Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009); Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros<sup>74</sup>; Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DO L 294 de 11.11.2009).

Con anterioridad se aprueban varias Decisiones marco, habiendo sido ya la mayoría transpuestas por los Estados miembros a su Derecho interno, entre las que podemos destacar la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22.3.2001)<sup>75</sup>; Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5.7.2001); Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L190 de 18.7.2002); Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, rela-

---

<sup>74</sup> Cfr. Igualmente, Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM (2005) 63 final). Versión revisada: Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM (2006) 8 final).

Informe de la Comisión basado en el artículo 14 de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (COM (2008) 885 final).

Informe de la Comisión basado en el artículo 20 de la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias (COM (2008) 888 final).

<sup>75</sup> Norma modificada y ampliada de forma sustancial por la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos y por la que se sustituye la Decisión marzo 2001/220/JAI del Consejo.

tiva a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003); Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68 de 15.3.2005); Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005); Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006).

## 1.2. La configuración del Espacio Penitenciario Europeo como una necesidad para los ciudadanos y los Estados miembros

La capacidad ambulatoria de los ciudadanos europeos, derivada eminentemente del derecho a la libre circulación y residencia en la UE, como ya hemos destacado, el desarrollo de los medios de comunicación y el abaratamiento de los desplazamientos, junto a razones laborales, de estudio, turísticas, etc, ha hecho que la comisión de delitos en Estados miembros distinto del que se es nacional o del que se reside, aumente en el último tercio del siglo XX<sup>76</sup>. Como es lógico, de la misma forma que se eleva la delincuencia en la que el sujeto activo es un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro, se incrementa la presencia de los mismos en la cárceles, con los que problemas que esto conlleva: el eventual cumplimiento de una pena privativa de libertad en un Estado en el que no se tiene vinculación alguna.

Piénsese en el caso del turista español que en Manchester comete un delito de lesiones graves utilizando un vehículo a motor que previamente había alquilado, y que se le condena a varios años de cárcel a cumplir en los centros penitenciarios británicos. Lo razonable, a nuestro juicio, no es que cumpla esa condena en el Estado miembro de comisión del delito, sino en España. Reflexiónese sobre la menor posibilidad de relacionarse, si desconoce el idioma, con los demás internos y los propios funcionarios de prisiones y de comprender las normas penitenciarias y sus derechos; las dificultades y el coste de sus familiares y allegados para visitarlo; la propia angustia del cumplimiento de la condena en un país que desconoce; el coste para la propia Administración Penitenciaria británica, etc.

Si esta persona es trasladada para el cumplimiento de su condena privativa de libertad el sistema se racionaliza; sin embargo, pueden aparecer otros inconvenientes como el decomiso de efectos e instrumentos provenientes del delito y los eventuales derechos que puedan tener las víctimas de su delito. En especial hablamos de las indemnizaciones que derivarían del hecho delictivo, ya que entendemos que el traslado no puede dar lugar a una dis-

---

<sup>76</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit. Pág. 275. MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, I. *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw-Hill. Madrid, 2001, pág. 1, consideran que el traslado de personas condenadas para el cumplimiento de la pena en su país de origen es un es de las "manifestaciones" más urgentes del Derecho Penal moderno. "[...] se trata de disminuir el daño de la pena permitiendo que el condenado cumpla la misma cerca de su medio social y familiar". Se estiman que queda un largo camino por recorrer en este particular en "una senda plagada de obstáculos", ya que impera la idea de que *ius puniendi* es materia exclusiva de la soberanía de los Estados.

minución de las garantías de los perjudicados u ofendidos por el delito, sino todo lo contrario. Asimismo, si junto a la pena de prisión se ha impuesto de forma principal o accesoria una de multa, el Estado británico va a querer garantías de la satisfacción de la misma.

En este mismo supuesto, de haberse iniciado el proceso penal contra el ciudadano español, si se le decreta algún tipo de medida cautelar personal que le obligue a permanecer en Inglaterra, cosa habitual cuando se trata de extranjeros presuntos responsables de hechos delictivos incluso tratándose de delitos menores, se perjudicará seriamente su vida ya que repercutirá probablemente en su actividad profesional, familiar, estado anímico y en la misma forma de afrontar el proceso judicial en el que está implicado. Es una realidad que no tiene sentido en una Unión Europea en la que los ciudadanos circulan por su interior casi sin límites. Por lo que es necesario arbitrar mecanismos jurídicos para que no sea necesaria la privación cautelar de libertad, si en el mismo supuesto a un ciudadano británico no se le habría sometido a la misma medida.

La enumeración de situaciones en las que es necesario dotarnos de nuevos instrumentos para afrontar la realidad eficazmente es enorme. Téngase igualmente presente la necesidad de que los antecedentes penales sean conocidos por las autoridades de los Estados miembros con objeto de llevar a cabo una razonable política de seguridad pública y penitenciaria. Pero a la vez, la puesta en común de esta información tan sensible se tiene que efectuar con una serie de garantías en defensa de los derechos relativos al honor, la intimidad y protección de datos.

De esta manera el propio proceso de integración en Europa está implicando cambios de enorme transcendencia de ahí el incremento de las competencias de la UE como en sanidad alimenticia, financiera, de consumidores y usuarios... y, en lo que nos interesa en asuntos de Justicia y seguridad<sup>77</sup>. El Derecho y las Instituciones de la Unión Europea no pueden permanecer al margen de esta nueva realidad y por ello han de entrar a regular materias que afectan a ámbitos penales y penitenciarios, o sea, lo que intentaremos demostrar en esta investigación como *Espacio Penitenciario Europeo*. Es decir, el territorio físico y, a la vez, las normas jurídicas procedentes de las Instituciones de la Unión Europea, que con respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y las normas de los Estados miembros relativas a la ejecución de las sanciones penales y administrativas sancionadoras, tiene como fin principal el cumplimiento de las condenas, con respeto de los derechos humanos tanto de condenados como de las víctimas. En esta definición entrarían materias propias del Derecho Penal Público, el Derecho de Ejecución de Penas, Derecho Penitenciario<sup>78</sup>, Derecho Internacional y Derecho de la UE.

Seguramente, con la puesta en marcha del *Espacio Penitenciario Europeo* y, con este del sistema que regulan las Decisiones marco 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, en

---

<sup>77</sup> Para MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, I., op. cit., pág. 2, la idea de soberanía estatal está pasando por una profunda crisis, ya que gran parte de su contenido clásico ha pasado a manos de organismo a transnacionales.

<sup>78</sup> Para TÉLLEZ AGUILERA "Derecho penitenciario es aquella rama del Derecho público conformada por el conjunto de normas que regulan la ejecución que la Administración penitenciaria, bajo supervisión del Juez de Vigilancia, lleva a cabo de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad as. como de la prisión y detención preventiva, impuestas a quienes quedan as. vinculados jurídicamente con aquélla por una relación jurídica que perdura hasta la extinción de las mismas"; no siendo, por tanto, Derecho Penitenciario la ejecución de medidas alternativas a las penas privativas de libertad y que serán objeto de estudio en el capítulo 5 del trabajo. TÉLLEZ AGUILERA, A. "Novelli y su tiempo: una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho Penitenciario". *Revista de Estudios Penitenciarios*. Nº 255-2011, págs. 29 y 30.

ciertos casos, la opinión pública de los Estados miembros, no entenderá y criticará el traslado de una persona condenada por un grave delito en su país, al país de residencia o del que es nacional el delincuente. Probablemente se verá como un beneficio inmerecido a una persona que ha ofendido gravemente a la sociedad. Quizá con el objeto de evitar estas distorsiones en la opinión pública europea, sea necesario una labor de divulgación de los sistemas penitenciarios, el coste de los mismos y la razón de ser del ELSJ, en general y, en concreto, del *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>79</sup>.

Aunque aún estamos en la Unión Europea poniendo los sillares de este Espacio, podemos decir que las Decisiones marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008) y la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008), son la argamasa del sistema. La motivación principal de estas dos Decisiones marco, según se indica en las mismas es facilitar la reinserción social del condenado<sup>80</sup>. No obstante, esta motivación oficial, aún siendo cierta, como veremos más adelante también pesan razones lógicas de política criminal y penitenciaria, sin olvidar razones humanitarias<sup>81</sup>.

Estas normas se completan con otras Decisiones marco, tales como la 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005); la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006); la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22.3.2001; la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos; la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L350 de 30.12.2008) y, prácticamente, todas

---

<sup>79</sup> En la actual sociedad postindustrial es común la sensación de inseguridad ciudadana difundida por los medios de comunicación de masas o fábricas del miedo (sociedad del miedo); son tener presente las limitaciones y funciones del Derecho Penal con respecto a dar una respuesta omnicompreensiva a la pretensión social de seguridad. TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Edisofer. Madrid, 2005, págs. 55 y 56. Abogados por un tratamiento responsable y veraz de la información de la Justicia y de los procedimientos penales en los medios de comunicación de masas. Entendemos muy perjudicial para los intereses generales de la sociedad la transmisión de una información sesgada y que muestra una situación de inseguridad que no es real. Aunque estamos convencidos que la tarea es difícil y va contra corriente, han de ser las Administraciones y los representantes públicos los que han de mostrar a los ciudadanos la realidad basada en datos objetivos. Igualmente para evitar una opinión pública contraria al traslado generalizado de personas condenadas en el *Espacio Penitenciario Europeo*, se han de cuidar y garantizar los derechos de las víctimas, que el traslado de los condenados, que aumenta los derechos de los mismos, no sea a costa de las indemnizaciones y otros derechos de los que han sufrido una daño físico, psíquico o patrimonial.

<sup>80</sup> Cfr. Considerando 9 y art. 3.1 de la DM 909 de 2008.

<sup>81</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2003. Pág. 275.

las Decisiones marco en la cooperación penal hacen referencia a alguna materia con incidencia en materia penitenciaria<sup>82</sup>.

Este *Espacio Penitenciario Europeo*, se encuadra en el más amplio y ya analizado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en concreto en las normas de cooperación judicial en materia penal<sup>83</sup>. El ELSJ de la Unión Europea, se caracteriza por el respeto de los derechos fundamentales y los sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros. Se garantizará un elevado nivel de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, mediante la coordinación y cooperación de autoridades judiciales y policiales y otras autoridades competentes, entre las que se pueden incluir las autoridades penitenciarias. Para ello, se propiciará el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y, si es necesario, se aproximarán las legislaciones penales<sup>84</sup>.

Entendemos que se pueden incluir la materia penitenciaria, sin duda, en estas medidas “que impulsen y apoyan la actuación de los Estados miembros en la prevención de la delincuencia<sup>85</sup>”.

### 1.3. El efecto directo de las Decisiones marco en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea y el ámbito penitenciario

De singular interés para el *Espacio Penitenciario Europeo* creemos tiene el efecto directo de las Decisiones marco y de las directivas, especialmente en el período transitorio de cinco años que establece el Tratado de Lisboa para su plena vigencia, y los efectos beneficiosos que la doctrina que se deriva de la resolución que en primer lugar se refiere al mismo, la sentencia *Pupino*, pueda ejercer sobre los ciudadanos de los Estados miembros que no han adaptado en tiempo y forma sus ordenamientos jurídicos internos. Transcurridos estos cinco años, como ya se ha destacado, la norma fundamental en el ELSJ y del *Espacio Penitenciario Europeo* serán las directivas.

Partiendo de la concepción *institucionalista* de SANTI ROMANO, el ordenamiento jurídico no es sólo una suma de normas, con más o menos fuerza de obligar; sino que este se configura más allá de las normas que lo forman, ya que se ven condicionadas por el sistema en el que se insertan<sup>86</sup>. En los ordenamientos jurídicos, continúa

---

<sup>82</sup> Vid. *infra* Capítulos 5 a 7.

<sup>83</sup> Según MARTÍN DIZ, F., *op. cit.*, pág. 70 (con cita de VIDAL FERNÁNDEZ), en caso de establecer un *procedimiento penal europeo* “no sería necesario la creación de establecimientos penales comunitarios sino que perfectamente podría cumplirse condena en establecimientos penitenciarios de cualquiera de los Estados miembros -suponemos que en principio en aquellos de su nacionalidad, y para los nacionales de terceros Estados en aquellos de su elección o bien mediante designación directa del órgano judicial sentenciador”.

<sup>84</sup> La aproximación de las legislaciones penales, en principio, parece que está reservada para la lucha contra la delincuencia grave transfronteriza.

<sup>85</sup> Cfr. con el art. 59.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que establece que el tratamiento penitenciario pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de respetar la Ley penal. Para TÉLLEZ AGUILERA, con el que coincidimos, el abandono de la orientación de la pena de prisión a la reinserción social del condenado a pena de prisión se debe a factores tales como la falta de concreción de los fines del tratamiento; la falta de cientificidad e infantilismo de alguno de los tratamientos que se ponen en práctica en las prisiones y la no correcta evaluación de los resultados conseguidos. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A. *Las Nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa (Una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer. Madrid, 2006.

<sup>86</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. *La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo*. Revista de Administración Pública, nº 39, 1962, págs. 39 a 78.

diciendo el autor, no sólo hay normas y principios, también encontramos en las organizaciones mecanismos y circunstancias que son relevantes para la producción de los efectos de las normas. Por ello, el ordenamiento jurídico de la UE está muy condicionado por el contexto en el que se inserta, y por las especialísimas características del proceso de integración en Europa, ya que no sólo hay que considerarlo individualmente, sino que también las normas de la UE se aplican conjuntamente con los distintos ordenamientos de los Estados miembros.

Sin duda las normas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea con más incidencia en el ELSJ son las Decisiones marco y las directivas<sup>87</sup>. Las **directivas** que una vez transcurridos los cinco años de moratoria que el Tratado de Lisboa establece para algunas materias del ELSJ, será la norma de más aplicación en este ámbito. Siendo los destinatarios de los mismos sólo los Estados miembros según el art. 288 del TFUE, pueden estar dirigidas a uno, varios o todos estos. Obligan como es sabido en cuanto al resultado, debiendo los Estados miembros, conforme a su Derecho interno, aprobar las normas y actos necesarios para su transposición, de manera que puedan producir plenos efectos jurídicos con los fines y objetivos dispuestos por las Instituciones de la UE que lo han aprobado. Si tienen como destinatarios a todos los Estados miembros, se publican en el DOUE, entrando en vigor en la fecha en que se indique, o en caso de omisión, a los veinte días de esta publicación. Es el instrumento jurídico más problemático del ordenamiento europeo. Su principal razón de ser es la función armonizadora de las legislaciones de los Estados miembros, siendo los propios Estados los que deben elegir los medios para el cambio en sus ordenamientos internos. Se impone una obligación de resultado que tiene que ser cumplida en un plazo determinado.

Para el Tribunal de Justicia, las directivas pueden llegar a producir efectos jurídicos, examinando cada caso concreto, la naturaleza, la estructura y la propia directiva, en caso de incumplimiento de los Estados miembros, de la obligación de transposición de la norma a su Derecho interno y de su obligación general de cooperación y no obstaculización de los actos procedentes de las Instituciones de la UE. Así no todas las directivas pueden producir efectos directos. Sólo ocurrirá esto, si hay incumplimiento por los Estados miembros, si la directiva no está sujeta a ninguna condición y es lo suficientemente precisa para poder ser directamente aplicable y, con ello, se beneficie y no perjudique a los particulares en sus relaciones con el Estado, no en las relaciones *inter privatos*<sup>88</sup>. Late la idea de que los ciudadanos, en la medida de lo posible, no tengan que soportar el incumplimiento de los Estados. Así, el Tribunal de Justicia en sentencia de 19 de enero de 1982, asunto *Úrsula Becker c. Finanzamt Münster-Innenstadt*, ha indicado que “[...] en todos los casos en que las disposiciones de una directiva parecen ser, desde el punto de vista de su

<sup>87</sup> Son más eficaces las directivas que las Decisiones marco, aunque la sentencia Pupino matiza esta afirmación. Se efectuará una sustitución de las Decisiones marco por las directivas, de forma análoga a lo ocurrido en la cooperación judicial civil que sustituyó los actos anteriores por reglamentos. Sería conveniente que en el período transitorio las actuales Decisiones marco fueran sustituidas por directivas. JIMENO BULNES, M., op. cit., págs. 57 y 58; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “Réquiem por las Decisiones marco: a propósito de la orden de detención europea”, *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, nº 14, 2007, <http://www.reei.org>.

<sup>88</sup> De producir efectos entre los particulares, una directiva no transpuesta, se penalizaría la conducta de quien cree actuar conforme a Derecho, ya que las directivas van dirigidas a los Estados miembros. Vid. GIRÓN LARRUCEA, op. cit. pág. 297 y 298.

contenido, incondicionales y suficientemente precisas, dichas disposiciones si no se han adoptado dentro del plazo prescrito medidas de aplicación, pueden ser invocadas contra cualquier disposición nacional no conforme a la directiva o, en la medida en que definen derechos que los particulares pueden alegar, frente al Estado[...]" Es el denominado *efecto útil* de la directiva<sup>89</sup>, para proteger los intereses y derechos de los particulares, como indicó la Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de abril de 1979, Ratti, 148/78. P. 1642. Por el contrario, los Estados miembros, no pueden invocar una directiva no transpuesta, o adaptada de forma incorrecta, frente a los particulares.

Las **Decisiones marco**<sup>90</sup>, normas propias del antiguo Tercer Pilar comunitario, que en base al régimen transitorio de cinco años, prescrito por la Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, permanecen en vigor y mantienen sus efectos hasta su modificación, anulación o derogación<sup>91</sup>, se aprueban con el objeto de la aproximación de las legislaciones en las materias de la Cooperación Policial y Judicial Penal. Tienen una regulación equivalente a las directivas, pero en un principio, como indicaba el Derecho originario anterior al Tratado de Lisboa (art. 34.2.b) TUE)<sup>92</sup>, carente de eficacia directa alguna, aunque con la sentencia del caso *María Pupino*<sup>93</sup> esta afirmación, como se estudiará está siendo matizada. Ha supuesto un instrumento de primer orden en la construcción de la cooperación judicial penal. Como decimos las directivas y las a extinguir Decisiones marco, presentan grandes similitudes, por lo que el efecto directo y el útil de unos y otras es de gran utilidad e importancia en el ELSJ y el *Espacio Penitenciario Europeo* por el provecho que de los mismos pueden hacer los particulares en caso de no transposición debida<sup>94</sup>.

En materia penal el efecto directo de las directivas tiene especial importancia. Así en el asunto *Ratti*, relativo a la aplicación de la directiva 73/173, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea prescribe que un Estado miembro no puede imponer su ley penal interna tras la expiración del plazo de transposición si esta es contraria a la norma de la UE. Asimismo declara el Tribunal de Justicia que para que una directiva pueda ser aplicada en base a la teoría del efecto directo tiene que: haber expirado el plazo de transposición; deficiencia en la adaptación al Derecho interno,

<sup>89</sup> El Tribunal de Justicia según MANGAS MARTÍN, A. Y LIÑÁN NOGUERAS, debió reconducir un abuso de esta doctrina en las sentencias *Faccini Dori* de 14 de julio de 1994 y en el caso *El Corte Inglés* de 7 de marzo de 1996.

<sup>90</sup> Cfr. BLANCO CORDERO, I. "EL Derecho Penal y el primer pilar de la Unión Europea" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Nº 6, 2004; MANES, V. "La incidencia de las Decisiones Marco en la interpretación en materia penal: perfiles de derecho sustantivo. (Comentario de la sentencia de 16 de junio 2005 -Causa C-105/03 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Caso Pupino)" en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*. Nº 9, 2007; PUENTE PASCUAL, F. de la. *Glosario jurídico-político de la Unión europea*. Tecnos. Madrid, 2002.

<sup>91</sup> Vid. Declaración anexa nº 50 del Tratado de Lisboa, en la que se insta a las instituciones de la UE, a que en este período transitorio se modifiquen estas normas.

<sup>92</sup> La aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros obligan a estos, dejando a las autoridades nacionales la elección de las formas y los medios.

<sup>93</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de junio de 2005. (C.105/03, p. I-5285).

<sup>94</sup> Para MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Quinta edición. Tecnos, Madrid, 2008, págs. 398 a 421, en principio, ni las directivas ni las Decisiones marco, afectan al patrimonio jurídico de los particulares. No tienen efecto directo si los Estados las transponen en tiempo y forma. Dependiendo de la materia y los efectos las directivas pueden ser desarrolladas y ejecutadas por los Estados, las Comunidades Autónomas e incluso, en un litigio dado, a los Jueces y Tribunales. El efecto directo no tiene obligatoriamente que comprender a toda la directiva, puede sólo circunscribirse a una parte de la misma.

que la directiva, o bien parte de la misma, sea precisa e incondicional. Se basa este efecto directo en el carácter obligatorio del Derecho de la UE para los Estados miembros; en el principio de cooperación leal y en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

Con respecto a los particulares, el efecto directo supone que las directivas pueden generar derechos de estos frente a los Estados (efecto vertical), pero no surgen obligaciones para ellos, ni entre ellos, es decir, no hay un efecto horizontal. Aunque la noción de Estado en relación a esta materia ha sido ampliada de tal manera que una directiva mal, o no transpuesta, ha podido ser oponible a particulares, aunque esta doctrina está actualmente en revisión. Así un Estado no puede oponer una directiva no transpuesta para exigir comportamientos u obligaciones a los particulares. Tampoco puede un Estado seguir aplicando una norma interna si es contraria a la directiva. Sin perjuicio de la eventual sanción que puedan imponer las Instituciones de la UE por el incumplimiento. En la noción de Estado se incluyen todas las Administraciones públicas, sea en calidad de Administración o cuando actúen como particular, independientemente de su forma jurídica (vid. sentencia de 12.7.1990, *Foster*, C-188/89, fundamentos 20 y 22). De la misma forma el concepto de particular se amplía enormemente, habiéndose llegado incluso a que un Ayuntamiento fuese considerado frente a la Administración central como particular para hacer valer una directiva (sentencia de 17.10. 1989, *Comune di Carpaneto*, 231/87 y 129/88, fundamento 33). Pero se ha de dejar sentado que para hacer valer el efecto directo son los particulares los que lo tienen que invocar, no pudiendo una autoridad judicial aplicarlo de oficio.

No obstante, la no aplicación de oficio de las directivas no transpuestas o adaptadas de forma incorrecta, sí entiende el Tribunal de Justicia que los Jueces y Tribunales de los Estados miembros tienen la obligación de interpretar el Derecho interno a las normas de la UE, incluidas las directivas. Con esta doctrina entendemos que se está muy próximo a la aplicación directa de oficio de las directivas no transpuesta o adaptadas de forma defectuosa. Como límites el mismo Tribunal de Justicia obliga a que no se haga una interpretación conforme a la directiva en caso de que existan en el Derecho interno en cuestión otras normas que produjeran el mismo efecto final (sentencias de 19.11.1991, *Francovich*, C-6/90 y C-9/90; de 16.12.1993, *Miret Wagner*, C-334/92; de 14.7.1994, *Faccini Dori*, C-91/92). No obstante, se dan casos en los que no se puede dar interpretación alguna conforme a la directiva a la luz de la ley nacional, cabiendo únicamente en ese caso la indemnización de daños y perjuicios a los particulares. De ninguna manera hay efecto directo en una directiva si se agrava la responsabilidad penal o administrativa de los particulares (sentencias de 8.10. 1987, *Kolpinghuis Nijmegen "aguas minerales"*, 80/86; de 26.9.1996, *Arcao*, C-168/95). A la vista de esta situación se produce cierta inseguridad jurídica muy perniciosa cuando nos encontramos ante materias referentes a derechos fundamentales como sucede en el ELSJ, que debiera ser corregida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En la evolución de la cooperación judicial penal en la UE el asunto *Pupino*, sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 16 de junio de 2005<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, 16 de junio de 2005, María Pupino, (DO: C-8209; 105/03; 22/07/2005).

supone el incremento de la velocidad de cruce en el proceso de integración, ya que se hace más penetrante el Derecho Penal, adjetivo y sustantivo, que proviene de las Instituciones europeas. No obstante, como seguidamente veremos, con la desaparición de la estructura de pilares y, con ella, la adopción de la directiva como norma arquetípica del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, los efectos de la sentencia *Pupino*, no son tan innovadores<sup>96</sup>. Pero es necesario tener presente, que en materia de cooperación judicial penal, el nuevo Tratado de Lisboa, no tendrá plenos efectos, sino transcurridos cinco años desde su aprobación<sup>97</sup>.

Esta resolución del Tribunal de Justicia se produce en el seno la instrucción de un proceso penal en Italia, en el que se acusa a una profesora de infligir malos tratos y causar lesiones a sus alumnos menores de cinco años. La norma ritual italiana da la posibilidad de que este tipo de víctimas puedan no tener que testificar en el plenario, en el juicio oral, cuando nos encontremos ante delitos relativos a la libertad o indemnidad sexual de menores. Es decir, esta protección a la víctima menor de dieciséis años, sólo es posible, en aplicación de la legislación italiana si las pesquisas penales se dan en referencia a estos delitos. Por el contrario, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>98</sup>, da una más amplia protección a las víctimas que el ordenamiento italiano<sup>99</sup>. Pero cuando se enjuician los hechos, la disposición europea tendría que haber sido ya transpuesta al Derecho interno italiano, lo cual no había ocurrido. Por este motivo, se

---

<sup>96</sup> Para CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. “Réquiem por las Decisiones marco: a propósito de la orden europea de detención”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. [en línea] n° 14. 2007. Disponible en Web: [http://www.reei.org/reei%2014/Carrera Hernández \(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/Carrera%20Hernández%20(reei14).pdf), pág. 23, los problemas que derivan de las Decisiones marco, desaparecen con la extinción de la estructura de pilares de la UE, con la entrada en vigor del TL, pasando a ser simplemente una “anécdota más del devenir histórico del proceso de integración europeo”.

<sup>97</sup> Protocolo 36.- Sobre disposiciones transitorias Título VII. Disposiciones transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los Títulos V y VI del TUE antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Artículo 9: “Los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen en tanto dichos actos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados. Lo mismo ocurre con los convenios celebrados entre los Estados miembros sobre la base del Tratado de la Unión Europea.”

Artículo 10: “1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea.

2. La modificación de un acto contemplado en el apartado 1 conllevará que se apliquen, respecto del acto modificado y en relación con los Estados miembros a los que vaya a aplicarse el mismo, las atribuciones de las instituciones mencionadas en dicho apartado que establecen los Tratados.

3. En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”.

<sup>98</sup> España ha entendido que conforme a su ordenamiento jurídico no debe hacer novaciones legislativas para trasponer esta Decisión marco. No obstante, la Comisión, en informe de evaluación de 3 de febrero de 2004, ha estima que España es deficiente en algunos puntos relativos a la protección a las víctimas. Hemos de advertir que la protección de las víctimas de hechos delictivos está nuevamente siendo objeto de revisión por el “legislador” europeo para dar una mayor protección a las mismas.

<sup>99</sup> En el punto 4 de la exposición de motivos de la norma, se indica: “Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.”

*Continúa*

plantea cuestión prejudicial<sup>100</sup> ante el Tribunal de Justicia, con el objeto de que clarifique si es aplicable o no la Decisión marco al caso en cuestión.

El reconocimiento del efecto interpretativo que condicione el resultado de un caso concreto, significa la posibilidad de aplicar la Decisión marco cuando el legislador nacional no se hubiera pronunciado o exista posibilidad de interpretación. El asunto *Pupino* puede suponer futuras resoluciones que obliguen al juez nacional a aplicar directamente una Decisión marco, en contra de lo dispuesto “aparentemente” en los Tratados, de forma análoga a lo que es ya una jurisprudencia consolidada por el Tribunal de Justicia en relación al efecto directo de las directivas, iniciado por la sentencia *Von colson y Kamann*<sup>101</sup>. A nuestro juicio, el verdadero “nudo gordiano” de la cuestión se produce en el hecho de la validez de la declaración prestada en la fase de instrucción por los menores de 16 años, entonces presuntas víctimas de malos tratos, como prueba anticipada en el proceso y con plena validez en el plenario. Se anticiparía o se *preconstituirían* las declaraciones con el fin de no perjudicar la estabilidad psicológica de los menores y luchar contra la *victimización* secundaria<sup>102</sup>. Por el contrario, en cualquier proceso penal las declaraciones y pruebas a practicar se producen, por regla general, tanto en la fase de instrucción, con el objeto de que el Juez instructor y el Ministerio Fiscal estimen si hay indicios de delito y ejerzan acusación, como en la fase de juicio oral que es donde efectivamente se tiene que probar la culpabilidad de la persona enjuiciada<sup>103</sup>.

---

En el 5, se prescribe: “Es importante concebir y tratar las necesidades de la víctima de forma integrada y articulada, evitando soluciones parciales o incoherentes que puedan acarrear una victimización secundaria.” (el subrayado es nuestro).

En el 8: “Es necesario armonizar las normas y prácticas en lo que respecta al estatuto y a los principales derechos de la víctima, prestando especial atención al respeto de su dignidad, a su derecho o declarar y ser informada, a comprender y ser comprendida, a ser protegida en las diversas fases de las actuaciones y a que se tenga en cuenta la desventaja de residir en un Estado miembro distinto del de la comisión del delito”.

<sup>100</sup> El artículo 35 del entonces TUE disponía en su punto primero que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de las Decisiones marco...

<sup>101</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. La aplicación del principio de interpretación conforme a las Decisiones marco: ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso *Pupino*. *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla La Mancha*, [en línea]. 2006. Disponible en Web: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/marta%20munoz%20de%20morales.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/marta%20munoz%20de%20morales.pdf)

<sup>102</sup> Indica FLORS MATÍES, J. en MONTERO AROCA, J. y otros. *Contestaciones al Programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. 3ª Edición. Valencia. Tirant Lo Blanch, 2010. Páginas 448 a 452, que no es lo mismo prueba anticipada y prueba preconstituida. La primera es la que tiene lugar en la fase de juicio oral, pero antes de iniciarse sus sesiones; por el contrario, la anticipada es la posibilidad de dar validez a actos de instrucción, practicado con las prescripciones legales oportunas, pero que son válidas si se reproducen en el plenario (artículo 730 LECRIM). La prueba puede ser anticipada por varios motivos, así las declaraciones hechas por testigos en la instrucción que por varios motivos no pueden ser reproducidos en el juicio oral. Esta prueba se debe efectuar en presencia del tribunal, en audiencia pública de las partes y el Secretario Judicial. Deben confluír los principios propios y garantistas del proceso penal español: publicidad, oralidad, inmediatez y contradicción. Lo que resulte de su práctica será incorporado al acta, que será leída por el Secretario en el plenario.

<sup>103</sup> Según ARAGONESES MARTÍNEZ, S. *Derecho Procesal Penal*. Octava edición. 2007. Madrid. Editorial Universitaria Ramón Areces. Págs. 352 a 354, una posibilidad para fomentar a la obligada cooperación con la Administración de Justicia y la protección de testigos, se nos da mediante la Ley Orgánica 19 de 1994 de 23 de diciembre de protección de peritos y testigos en causas criminales, cuando se aprecie peligro para su persona, libertad, bienes o su propia familia. *Continúa*.

En la cuestión prejudicial planteada, el problema tiene que ser examinado confrontando los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión marco 2002/220/JAI, con la legislación interna italiana. La respuesta del Tribunal de Justicia a la duda formulada supone un cambio de rumbo de mucha relevancia práctica, ya que se equipara una norma del Tercer Pilar, como son la Decisiones marco con las directivas. Para ver con claridad la profundidad de la sentencia que estudiamos, se debe partir del artículo 34.2.b) del entonces TUE, que categóricamente en su versión anterior indicaba que las Decisiones marco no tendrán efecto directo<sup>104</sup>. Igual de explícito es el Tribunal de Justicia en su resolución, al confrontar la regulación de las directivas del artículo 249 del TCE y la reglamentación de las Decisiones marco del artículo 34 TUE, al entender que la fuerza de obligar de las dos normas es la misma<sup>105</sup>.

El Gobierno francés que hace alegaciones en el caso que nos ocupa, en el fundamento 24, sostiene que si se aplicara la Decisión marco, en defecto de la nacional, se empeoraría la situación personal de un particular en un proceso penal. El Tribunal de Justicia contradice este planteamiento indicando que “[...] las disposiciones objeto de la presente petición de decisión prejudicial no se refieren al

---

En el contexto de esta norma se podría dar validez a las declaraciones practicadas en la instrucción de proceso; también se podrá ocultar su identidad y disponer efectivos policiales para la protección. Pero como indica Aragonese, el TEDH, en SS de 20 de noviembre de 1989 y de 27 de septiembre de 1990, indica que las condenas penal, fundamentadas en testimonios anónimos, limita el derecho de defensa y elimina la contradicción. Así, como también prescribe el TS, sólo excepcionalmente se puede dictar sentencia condenatoria en base a pruebas que provengan exclusivamente de la instrucción.

En esta línea se expresa el artículo 4.5 de la LO 19 de 1994: “Las declaraciones o informes de los testigos y peritos que hayan sido objeto de protección en aplicación de esta Ley durante la fase de instrucción, solamente podrán tener valor de prueba, a efectos de sentencia, si son ratificados en el acto del juicio oral en la forma prescrita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por quien los prestó. Si se consideraran de imposible reproducción, a efectos del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, habrán de ser ratificados mediante lectura literal a fin de que puedan ser sometidos a contradicción por las partes”. Otra posibilidad con el objeto de proteger a testigos y víctimas en procesos penales, es la de efectuar las declaraciones mediante videoconferencia.

<sup>104</sup> Art. 34. 2. B) TUE (DO C 325/24, 24.12.2002): “[...] Las Decisiones marco obligarán a los Estados miembros en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. No tendrán efecto directo”.

<sup>105</sup> SARMIENTO, D. Un paso más en la *constitucionalización* del Tercer Pilar de la Unión Europea La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones marco. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* [en línea]. 2005, nº 10. Disponible en Web: <http://reei.org/reei%2010/> D. Sarmiento (reei10).pdf. ISSN 1697-5197. Los artículos de la Decisión marco que lleva al planteamiento de la cuestión prejudicial, que tienen que ser objeto de comparación con la legislación interna de cada Estado miembros son: artículo 2 “1. Los Estados miembros reservarán a las víctimas un papel efectivo y adecuado en su sistema judicial penal. Seguirán esforzándose porque las víctimas sean tratadas durante las actuaciones con el debido respeto a su dignidad personal, y reconocerán sus derechos e intereses legítimos en particular en el marco del proceso penal. 2. Los Estados miembros velarán por que se brinde a las víctimas especialmente vulnerables un trato específico que responda de la mejor manera posible a su situación.”

Artículo 3: “Los Estados miembros garantizarán a la víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.”

Artículo 8: “Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.”

En el fundamento jurídico 34 de la sentencia el Tribunal dice: “El carácter vinculante de las Decisiones marco, formulado en términos idénticos a los del artículo 249 CE, párrafo tercero, supone para las autoridades nacionales y, en particular, para los órganos jurisdiccionales nacionales, la obligación de interpretación conforme del Derecho nacional.”

Continúa el Tribunal en el fundamento 38: “Dicha competencia se vería privada de la esencia de su efecto útil si los particulares no tuvieran derecho a invocar las Decisiones marco a fin de obtener una interpretación conforme del Derecho nacional ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros”.

alcance de la responsabilidad penal del interesado, sino al desarrollo del procedimiento y a las formas de practicar la prueba.”<sup>106</sup> No está plenamente conforme con este parecer de la resolución MUÑOZ DE MORALES<sup>107</sup>, que cree, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que la anticipación del interrogatorio, puede tener repercusiones en el fallo condenatorio o absolutorio; aunque no deja de tener presente el eventual interés de las víctimas. Parece entender que no se atenta al principio de legalidad, ni a la interdicción de la irretroactividad de las normas penales, el hecho de que se adelante el interrogatorio, puesto que no se vulnera derecho garantista de la imputada y, a mayor abundamiento, la Decisión marco estaba vigente en el momento de enjuiciamiento de los hechos, independientemente de que lo estuviera o no en el momento de la comisión del hecho delictivo. Por el contrario, el representante italiano (fundamento 25) alega que la Decisión marco y la directiva son fuentes de Derecho principalmente distintas, por lo que la Decisión marco, no impone una obligación de interpretación conforme al Derecho nacional.

La sentencia, habilita la posibilidad de que todo el cuerpo de doctrina del efecto directo de las directivas, se aplique a las Decisiones marco. Se incide en el efecto interpretativo que tienen las Decisiones marco, que seguirían así no teniendo efecto directo, de la misma forma que lo tienen las directivas, pero sí tendrían la Decisiones marco, por sus características y circunstancias, un poder jurídico muy similar con relevancia y efectos jurídicos<sup>108</sup>. Así continúa diciendo este autor, que la obligación de interpretación conforme a la directiva, que se formuló en la sentencia *Marleasing*, lo aplica el Tribunal de Justicia, para las Decisiones marco, en el fundamento 43 “[...] Al aplicar el Derecho nacional, el órgano jurisdiccional remitente que debe interpretarlo está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la decisión marco, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la decisión marco y de esta forma atenerse al artículo 34, apartado 2, letra b).” Con esta doctrina el Tribunal de Justicia compensa la falta de plenitud del Derecho comunitario con lagunas de los ordenamientos internos. Así donde un Derecho nacional puede ser interpretado o donde no hay una regulación taxativa, puede dejar sentir sus efectos las directivas y, a partir de *Pupino*, las Decisiones marco. De este modo, como la indemnización al particular por la desidia de los Estados a la hora de transponer el Derecho de la UE, no siempre es justo, puesto que obtienen las indemnizaciones tras largos procedimientos judiciales, la vía interpretativa puede ser más satisfactoria y, a la vez, un estímulo a incorporar directivas y Decisiones marco<sup>109</sup>.

<sup>106</sup> Fundamento 47 de la sentencia.

<sup>107</sup> MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M., op. cit. pág. 25

<sup>108</sup> Corrobora a nuestro parecer esta idea, el fundamento 36 de la sentencia que dispone que independientemente del grado de integración que en el entonces Tratado de Ámsterdam, tenía el Título VI, dado que nos encontramos ante una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, es lógico que los redactores del TUE dieran efectos jurídicos análogos al Tercer Pilar comunitario, que a los previstos en el TCE, para conseguir los objetivos de la Unión.

<sup>109</sup> SARMIENTO, D. op. cit, pág. 9

El Tribunal resuelve la cuestión planteada indicando que hay posibilidad de interpretar el artículo 392.1.bis<sup>110</sup> de la Ley de Enjuiciamiento italiana, ya que esta no nos da una lista de cerrada, sin posibilidad de ampliar vía interpretativa en base a la Decisión marco.

También el principio de cooperación leal tiene influencia en la equiparación de la cooperación policial y judicial, de las Decisiones marco y las directivas. Así todos los Estados miembros han de tomar medidas para cumplir sus obligaciones conforme al Derecho que emana de las instituciones europeas. Por ello, el Juez nacional tiene que hacer todo lo posible para hacer una interpretación de su Derecho nacional, en base a la Decisión marco. Pero esta capacidad interpretativa no es infinita, sino que tiene como fronteras los principios generales del Derecho, especialmente la seguridad jurídica y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables<sup>111</sup>; tampoco puede ser de aplicación cuando se llegue a un resultado absolutamente incompatible con el Derecho nacional<sup>112</sup>, incluyendo en este todo su ordenamiento jurídico, que engloba normas positivas y su interpretación jurisprudencial, correspondiendo al Juez en cuestión determinar si cabe o no la interpretación<sup>113</sup>. Igualmente la capacidad interpretativa, como no podía ser de otra manera, está limitada por los derechos fundamentales. En concreto el Tribunal hace referencia al artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la interpretación que del mismo hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> “En los procesos relativos a los delitos contemplados en los artículos 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, 609 ter, 609 quarter, 609 quinquies y 609 octies del Código Penal, el Ministerio Fiscal o el imputado podrán solicitar que se practique, mediante incidentes probatorios, la prueba testifical de una persona menor de dieciséis años, incluso fuera de los supuestos previstos en el apartado 1.”

Según modificación por el artículo 9.1.b) del D. L. 23 de febrero 2009, n. 11 este artículo queda redactado: “Nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 612-bis, 600, 600-bis, 600-ter, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601 e 602 del codice penale il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1.”

Vemos como en la redacción vigente del Código de Procedimiento Penal italiano, se introduce el artículo 572 del Código Penal, con la siguiente redacción: “572 Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

Se dal fatto deriva una lesione personale grave (c.p.583), si applica la reclusione da quattro a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima (c.p.583 n.2), la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte la reclusione da dodici a venti anni. (Maltrato en familia o a adolescentes. Aquel que fuera de los casos de los artículos precedentes, maltratará a una persona de la familia, o a un menor de catorce años, o a una persona sujeta a su autoridad, o a su cargo por razón de educación, instrucción o cuidado, vigilancia o custodia, o para el ejercicio de alguna profesión o arte, está castigado con la pena de uno a cinco años [...]), en el párrafo segundo se agrava la pena en caso de concurrir determinadas circunstancias.) *La traducción es nuestra.*

Por lo tanto, el legislador italiano, tras la sentencia María Pupino, ha modificado el precepto legal de la ley italiana introduciendo casos para ampliar la protección de las víctimas en el enjuiciamiento de procedimientos penales.

<sup>111</sup> Fundamento 44 de la sentencia María Pupino.

<sup>112</sup> Fundamento 47.

<sup>113</sup> En España sería de aplicación, entre otras disposiciones el artículo 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

<sup>114</sup> En el punto tercero de este artículo se indica: “Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] d) interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren a su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”.

Advierte MUÑOZ DE MORALES, que el conceder efectos directos a las Decisiones marco, cosa que está prohibida por el artículo 34 del TUE, utilizando el eufemismo de la interpretación conforme a las mismas del Derecho nacional de los Estados miembros, conlleva peligros, como la posible responsabilidad patrimonial de los Estados incumplidores, además de que por la vía de hecho, se está comunitarizando el Tercer Pilar, algo que no responde a la realidad de los Tratados. La posibilidad de ser resarcido patrimonialmente por el Estado en caso de no transposición de una directiva en tiempo y forma, incluso en el caso de relaciones entre particulares, es una línea jurisprudencial del Tribunal de Justicia, que parte de las sentencias *Franovich* de 1 de noviembre de 1991 (c-6 y 9/90), efecto que con el caso *Pupino* podría verse extendido a las Decisiones marco. De este modo, si el Derecho italiano, hubiera hecho imposible la aplicación de la Decisión marco 220 de 2002, existiría la posibilidad de ir contra el Estado italiano por el incumplimiento en su deber de adaptación al Derecho interno, en caso de causarse perjuicio. Este mecanismo garantista es esencial en la articulación de los ordenamientos nacionales y europeo<sup>115</sup>. Efectivamente es así, pues además de una garantía para el ciudadano es un estímulo a los Estados para cumplir con sus obligaciones que derivan de los Tratados. Felizmente el Tratado de Lisboa, hace desaparecer la estructura de pilares en la UE. Lo cual, entendemos reforzará de idea de la aplicación interpretativa de las Decisiones marco y la posibilidad de ser resarcidos los particulares por la no transposición o por transposición deficiente.

Al prácticamente equiparar, como hemos examinado, el Tribunal de Justicia los efectos de las directivas a los de las Decisiones marco, en aplicación de la sentencia *Inter-Environnement Wallonie*, en la que se indica que incluso antes del plazo de expiración para trasponer la norma europea al Derecho interno, los Estados estarían vinculados por estas desde la entrada en vigor de la norma de la UE. En este caso se planteaba una cuestión prejudicial ante del Tribunal de Justicia, en la que se solicitaba al Tribunal que se pronunciara, acerca de si un Estado miembro, habiéndose ya aprobado y publicado una directiva, puede promulgar normas o adoptar actos, en contra del contenido de la directiva. Son varios los pareceres que los comparecientes alegan en el proceso, así, destacamos que los gobiernos francés, belga y británico entienden que en el plazo de transposición los Estados son absolutamente libres para aprobar normas internas, no estando ni vinculados, ni obligados por las directivas<sup>116</sup>. El Gobierno holandés<sup>117</sup> cree que, en contra del criterio anterior, que los Estados “no pueden dar ningún paso que pueda dificultar la consecución del resultado” prescrito en la directiva.

---

<sup>115</sup> SARMIENTO, D., op. cit. Pág. 6 y 19. Para este autor, el caso *Pupino* marca un antes y un después en las fuentes del Tercer Pilar y ensalza la valentía del Tribunal de Justicia a la hora de dar carta de naturaleza al efecto directo, vía interpretación, de las Decisiones marco en una materia tan sensible a la soberanía de los Estados miembros. Sin embargo, destaca que esta posición se tendrá que enfrentar con las reticencias al aumento del espacio del Tercer Pilar. Vid. la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 18 de julio de 2005, que pone reticencias a la incorporación al ordenamiento alemán de la denominada *euro-orden*. Entiende que en el caso del Ordenamiento jurídico español la cuestión parece resuelta al amparo del artículo 93 de la Constitución, siempre que el Derecho de la UE tenga los mismos principios y valores del Derecho interno español, ya que este precepto constitucional prescribe que: “Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

<sup>116</sup> Vid. fundamento 38.

<sup>117</sup> Vid. fundamento 39.

Ahora bien, estima que no se puede asegurar que un Estado miembro haya infringido la normativa comunitaria<sup>118</sup>, pues no hay seguridad de que las normas y actos nacionales hubieren quebrantado la directiva en cuestión. El Tribunal de Justicia<sup>119</sup> para resolver el caso que se le plantea parte del artículo 191 del Tratado de la Comunidad Europea que prescribe: “Las Directivas y las Decisiones se notificarán a sus destinatarios y surtirán efectos a partir de tal notificación.” Por ello, continúa diciendo, las directivas producen efectos para los Estados desde su notificación<sup>120</sup>. Esta doctrina, desde el caso *Pupino*, podríamos aplicarlo a las Decisiones marco del Tercer Pilar.

En los fundamentos 45 y 46, entendemos que el Tribunal nos da la clave para resolver el problema. Así indica que aunque los Estados no están obligados a adoptar medidas antes de la expiración del plazo de transposición, indicado en la propia norma (artículo 5.2 Tratado de la Comunidad Europea), no es menos cierto, que en ese plazo, a la vista del artículo 189.3 Tratado de la Comunidad Europea, los Estados no pueden adoptar disposiciones o actos que impidan el resultado a que les obliga la directiva; siendo labor de los órganos judiciales nacionales enjuiciar si se da esta circunstancia en las leyes nacionales que tienen que examinar. En particular, los Jueces tienen que tener presente<sup>121</sup> “los efectos concretos de la aplicación de las disposiciones que no se ajustan a ésta y su vigencia en el tiempo.”

De este modo, haciendo una aplicación cruzada de las sentencias *Pupino* y *Inter-Environnement Wallonie*, para SARMIENTO<sup>122</sup> hay una “mutación del sistema de fuentes” en la UE, equiparándose los reglamentos, a las directivas y las Decisiones marco<sup>123</sup>. Según GONZÁLEZ ALONSO<sup>124</sup>, la posibilidad de introducir modificaciones en sus ordenamientos por los Estados miembros en el plazo de transposición, no está tan condicionado por la directiva, ya que los Estados miembros, pueden novar su Derecho, incluso en contra del texto de la directiva, siempre que no se comprometa gravemente el resultado mandado por la directiva.

Finalmente hemos de destacar que al tener la mayoría de la Decisiones marco vigentes un carácter sancionador, les afectaría la limitación de aplicación retroactiva y de interdicción del incumplimiento del principio de legalidad de los delitos y las penas<sup>125</sup>.

---

<sup>118</sup> En concreto los entonces vigentes artículos 5 y 189 del Tratado.

<sup>119</sup> Vid. fundamento 41.

<sup>120</sup> Para GONZÁLEZ ALONSO, L. N. “Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. 1998, nº 10, pág 11, la simple notificación supone “efecto de bloqueo”.

<sup>121</sup> Vid. fundamento 47.

<sup>122</sup> SARMIENTO, D., op. cit. Pág. 17.

<sup>123</sup> GONZÁLEZ ALONSO, L. N., op. cit. Pág 1, en la jurisprudencia del TJ referente a las directivas, actualmente también podemos incluir las Decisiones marco, nos encontramos en una especie de “realidad virtual en el que nada o, por no llevar la comparación hasta el extremo, casi nada es lo que parece”.

<sup>124</sup> GONZÁLEZ ALONSO, L. N., op. cit. pág. 13.

<sup>125</sup> SARMIENTO, D., op. cit. Pág. 21. Este autor hace referencia a las siguientes disposiciones, en relación a la protección de las víctimas: Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la lucha contra el terrorismo. DO L 164 de 22.6.2002, modificada por Decisión marco 2008/919/JAI. DO L 330 de 9.12.2008. Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. DO L 203 de 1.8.2002. (Esta norma ha sido sustituida por la directiva 2011/36/JAI, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de la víctimas.). Decisión marco 2004/68/JAI, del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. DO L 13/44 de 20.1.2004. *Continúa*

Aunque, no obstante, existen un conjunto de Decisiones marco, que tienen un carácter más procedimental o que su aplicación retroactiva beneficia al condenado. Especialmente hemos de destacar las Decisiones marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008); la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008) y la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DO L 294 de 11.11.2009), que son objeto específico de este trabajo. Estas normas dan claramente una serie de garantías a las personas condenadas a penas privativas de libertad, que le han sido o no sustituidas por otras, que tendrán un efecto retroactivo, al ser beneficiarias para el condenado y que les será de aplicación los efectos derivados de la sentencia *Pupino* y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación a las directivas.

#### **1.4. Algunas disfunciones vigentes del Espacio Penitenciario Europeo en su aplicación en España**

##### **1.4.1. Resoluciones jurisdiccionales referentes a la prisión provisional en procedimientos de extradición**

Con el objeto de exponer lo que consideramos ciertos desarreglos en la actual situación y que un perfeccionamiento del sistema que se pretende instaurar mediante el *Espacio Penitenciario Europeo* y como ejemplo de su necesidad, comentamos las sentencias del Tribunal Constitucional 5/1998, de 12 de enero de 1998 y 72/2000, de 13 de marzo, que consideramos paradigmáticas y bastante clarificadoras de la materia y algunas prácticas de la Audiencia Nacional. Se pretende destacar la diferente naturaleza jurídica de la prisión preventiva y de la pena de prisión en el proceso penal español, de la privación de libertad sufrida en cumplimiento de una solicitud de extradición. Entendemos que es necesaria esta distinción ya que, hasta el momento, se ha

---

Paliativas de la responsabilidad, encontramos: Decisión marco 2004/757/JAI, del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. DO L 335 de 11.11.2004. Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. DO L 328 de 05.12.02.

Con influencia en las garantías judiciales de las víctimas y los imputados, encontramos: Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. DO L 82 de 22.3.2001.(modificada por directiva 2012/29/VE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012).Decisión marco 2002/584/JAI de 2002, del Consejo de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. DO L 190 de 18.7.2002. Modificada por Decisión marco 2009/299/JAI, DO L 81 de 27.3.2009. Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003). Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005).

intentado resolver una nueva realidad, el aumento de los procedimientos de extradición y solicitudes de “euroorden” debido al incremento de la circulación de personas, con instituciones jurídicas, como es la prisión provisional de los artículos 502 y sigs. de la LECRIM, que no es plenamente aplicable a la materia, al menos tal y cómo está configurada en la actualidad. La adopción de una medida cautelar personal de privación de libertad en un proceso *extradicional* o de aplicación de “euroorden”, no se acuerda ante una eventual existencia de responsabilidad criminal en España, ni para la protección de posibles víctimas o la no alteración de pruebas, sino que lo que se intenta es garantizar el éxito de la solicitud de extradición u Orden Europea de Detención y Entrega. Por ello el Estado solicitante no está obligado a la prueba de indicios racionales de criminalidad.

Debido a esta realidad de la diferente naturaleza y efectos de una y otra medida cautelar personal y ante la necesidad de asegurar la entrega de la persona al Estado requirente, ya que en un proceso de entrega los plazos procesales son muy cortos, se han de configurar nuevas instituciones jurídicas, que con todas las garantías referentes a los derechos humanos, lleven al éxito de las solicitudes cursadas a las autoridades judiciales españolas. Muestra de la importancia de estas dos resoluciones, que entendemos como una llamada de atención del máximo interprete de la Constitución en España, a los Jueces y Tribunales contra un eventual abuso de las medidas cautelares personales, es la cita que de las mismas hacen la Instrucción 18/2005 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 21 de diciembre de 2005, relativa a normas sobre internos extranjeros derogatoria de la Instrucción 14/2001, que a su vez ha sido modificada por la Instrucción 5/2008, en su apartado 3<sup>126</sup>; y por la Instrucción 21/2011.

En primer lugar encontramos la **sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 5/1998, de 12 de enero**<sup>127</sup>, dictada en recurso de amparo contra auto de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional que, en apelación decretó la prisión provisional del recurrente incurso en expediente de extradición. Se alegaba vulneración del derecho a la libertad personal. Se fundamenta por el demandante de amparo que el auto que se recurre, viola los derechos del actor a la libertad y la tutela judicial efectiva, de los artículos de la Constitución española 17.1 y 24.1. A su juicio no se dan los requisitos necesarios para acordar una medida excepcional como es la prisión preventiva, estima que el proceso de extradición se puede garantizar con medidas alternativas a la prisión. No comparte este criterio el Tribunal Constitucional, así

---

<sup>126</sup> En el mismo se indica: “La prisión preventiva por un procedimiento de extradición no tiene “strictu sensu” la misma naturaleza jurídica que la prisión provisional establecida en el procedimiento penal, tal como establece la doctrina del Tribunal Constitucional -Sentencias 5/1998, de 12 de enero, y 72/2000, de 13 de marzo-: a los expedientes de extradición no le son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, hasta tanto pueda hacerse efectiva la extradición acordada por la Audiencia Nacional, el interno puede cumplir las causas penadas por Tribunales españoles de conformidad con el sistema de grados establecido en el artículo 72.1 de la LOGP, y las Juntas de Tratamiento procederán a proponer la clasificación que corresponda.

Con independencia de ello, deberán adoptarse todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de la resolución de extradición y evitar cualquier situación o salida que pudiera poner en riesgo la misma. Lógicamente, para cualquier eventual salida o permiso del interno deberá solicitarse autorización previa al órgano judicial que tiene decretada la prisión provisional en la causa de extradición”.

<sup>127</sup> STC 5/1998, de 12 de enero, publicada en el BOE nº37 de 12 de febrero de 1998.

en el fundamento jurídico cuarto, indica, en lo que a nosotros nos interesa, que el artículo 9.2 de la Ley española de extradición pasiva de 1984, al final de su artículo 9.2, establece la posibilidad de la puesta a disposición judicial del reclamado y a la vista de la información recibida, el Juez podrá acordar la prisión provisional del detenido. Aunque destaca en su sentencia el Tribunal Constitucional, que no obstante el artículo 10 de esta norma prescribir que el límite máximo de la prisión provisional del reclamado y los derechos que corresponden al detenido por causa de extradición se regirán, en lo no previsto en esta Ley, por los preceptos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>128</sup>, la privación cautelar de libertad, en cuanto a los efectos materiales, es idéntica en un proceso de extradición a la que se puede dictar en el proceso penal, pero con destacadas características que diferencian unos de otros<sup>129</sup>.

La prisión preventiva en un caso de extradición, tiene lugar en un proceso judicial dirigido exclusivamente a resolver sobre una petición de auxilio judicial internacional. No hay que dilucidar la existencia o no de responsabilidad penal, sino la adopción de las garantías previstas en las normas relativas a la extradición. No hay un enjuiciamiento de la implicación de la persona en cuestión de los hechos que motivan la solicitud de extradición. Tampoco es necesario el que el Estado solicitante acredite indicios racionales de criminalidad. Para el Tribunal Constitucional, y a nuestro juicio es la parte más destacada de la sentencia, “no son aplicables en bloque las normas materiales y procesales sobre la prisión provisional previstas en la LECrim, aunque el párrafo tercero del artículo 10 Ley de Extradición Pasiva se remita, subsidiariamente, a los preceptos correspondientes de la misma reguladores del límite máximo de la prisión provisional y los derechos que corresponden al detenido.” La adopción, mantenimiento y duración se establece expresamente en la Ley de Extradición Pasiva, estando exclusivamente encaminada a eliminar el “periculum in mora”, es decir, el riesgo de fuga de la persona sometida a extradición.

La prisión preventiva es el último recurso en el caso de una extradición, ya que se decreta sobre quien no quiere comparecer ante los tribunales que le reclaman; así, el proceso de extradición sólo continúa si el reclamado no accede voluntariamente a comparecer ante la autoridad que demanda la extradición.

En la **Sentencia 72/2000, de 13 de marzo del Tribunal Constitucional**<sup>130</sup>, relativa a la extradición de un ciudadano francés, reclamado en el año 1999, para ser juzgado por un presunto delito de robo con violencia, se trata de esclarecer si está ajustado a Derecho o no, la prolongación de la prisión preventiva más allá de los límites legales, incluso, sin haber procedido ha efectuar las preceptivas prórrogas. A diferencia de la resolución apenas analizada, la STC 5/1998, de 12 de enero, en esta el

<sup>128</sup> Arts. 502 a 519 de la LECRIM, modificados por Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre (BOE nº 257, de 27 de octubre), de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional.

<sup>129</sup> BARONA VILAR en “El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional”, en La Ley, 1987, 4, pág. 847, señala que el principio de proporcionalidad es el “principio rector y punto de partida de todo estudio sobre la prisión provisional y las restantes medidas cautelares del proceso penal, en cuanto va a servir para delimitar el punto y objetivo medio entre los derechos que entran en juego en la aplicación de una medida cautelar en el proceso penal”.

<sup>130</sup> Dictada en recurso de amparo contra auto de la Auto de 29 de abril de 1999, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el rollo de apelación 40/1999, sobre mantenimiento de situación de prisión provisional del recurrente. Publicada en BOE de 14 de abril de 2000.

tribunal deja clara la diferente naturaleza jurídica y efectos de la privación de libertad sufrida por una prisión preventiva o provisional y la pena de prisión. En el caso en cuestión el Juzgado Central de Instrucción y la Sala de lo Penal, estimaban que al estar cumpliendo simultáneamente con la prisión provisional condena de prisión, no son necesarias las preceptivas prórrogas, ni hay límites de duración de la prisión provisional, ya que la persona en cuestión está ya privada de libertad por el cumplimiento de la condena. El demandante de amparo, estima que se han violado sus derechos fundamentales, en base a los artículos 17,1 y 4 (derecho a la libertad) y 25.1 (principio de legalidad) de la Constitución Española. Para el Tribunal Constitucional haciendo referencia a otra resolución anterior sobre la materia, fundamento jurídico 6, el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional garantizada en el artículo 17.4 de la Constitución Española. De esta forma estima que la superación de los plazos legales establecidos, constituyen una limitación desproporcionada del derecho fundamental a la libertad.

Tomando como referencia la sentencia del Tribunal Constitucional 19/1999, el alto Tribunal considera que “los eventos ajenos a la propia medida cautelar de prisión provisional, no previstos en el artículo 504 LECrim, que es el precepto rector de la prisión provisional, no pueden ser tenidos en consideración para el cómputo del plazo máximo de duración de la misma, establecido en este precepto, so pena de desbordar el marco legal, conforme al cual puede establecerse la limitación del derecho fundamental a la libertad que tal medida comporta.” Continúa su razonamiento el TC, en el caso que nos ocupa, destacando que admitir que la prisión provisional pudiera ser indefinida, o cuanto menos hacerla depender “de un elemento incierto, como es el de si simultáneamente el preso extingue, o no, condena por otras causas y la cuantía de tales condenas”, es contrario a nuestro Ordenamiento jurídico.

Llama la atención el Tribunal de lo frecuente que es la situación de coincidencia de cumplimiento de pena de prisión y la prisión preventiva, sea en caso de extradición, o en cualquier otra materia. El hecho de que el legislador no hiciera ninguna previsión en el artículo 506 LECrim, nos deja claro que no cabe la interpretación que hace el Juzgado Central de Instrucción, ni la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el caso que nos ocupa. Además, la prisión provisional, imposibilita al penado para acceder al tercer grado, permisos de salida o la libertad condicional, en alguna de sus modalidades. Un preso preventivo, aunque esté cumpliendo una pena de prisión, no puede estar clasificado en grado alguno, o bien, en caso de estarlo, se le ha de suspender la clasificación, es decir, debe ser *desclasificado*, con el perjuicio que estos supone para su situación penitenciaria (artículo 104.1 y 2 del Reglamento Penitenciario<sup>131</sup>.) Por ello, argumenta el TC, va contra el derecho a la libertad personal el no cómputo del tiempo en que una persona sufre prisión preventiva, o el no respeto de los plazos legales de prórrogas o límites máximos de duración de ésta, aunque cronológicamente concurra con el cumplimiento de una pena de prisión, situación que

---

<sup>131</sup> “1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal. 2. Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas, quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo”.

ya se ve agravada por el no disfrute de determinados progresos en su tratamiento penitenciario (permisos, tercer grado, etc.) y beneficios penitenciarios (indulto particular y adelantamiento de la libertad condicional) en prisión, precisamente por estar sometido a esta medida cautelar.

Recuerda el supremo intérprete de la Constitución, que la prisión provisional del sometido a extradición, no es la única medida cautelar que habilita el Derecho procesal penal español, para asegurar la entrega al Estado reclamante, “sino que puede acordar la libertad del detenido y adoptar alguna o alguna de las siguientes medidas: vigilancia del domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin autorización del Juez, orden de presentar periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de fianza (artículo 8.3 Ley de Extradición Pasiva.) Prescribe el Tribunal, que si en un procedimiento de extradición se acuerda una prisión provisional, ésta debe estar rodeada de todas las garantías constitucionales, como la limitación temporal de la medida.

Finalmente, estima que el hecho que supone la futura entrega a un Estado de una persona en un procedimiento de extradición, aumenta el riesgo de fuga en caso de disfrutar de algún beneficio penitenciario. A nuestro juicio el Tribunal Constitucional hace referencia a “beneficios penitenciarios” de forma imprecisa, ya que éstos, según las normas penitenciarias son el indulto particular y el adelantamiento de la libertad condicional<sup>132</sup>; entendemos que el Tribunal Constitucional, se refiere a permisos de salida, al tercer grado penitenciario, una eventual aplicación del segundo grado flexible del artículo 100.2<sup>133</sup> del Reglamento Penitenciario, o a la libertad condicional, o cualquier otra circunstancia que habilite el Derecho Penitenciario español que pudiera propiciar una fuga, como una salida programada o el régimen del artículo 117 del Reglamento Penitenciario. En estos casos, dice el TC que debe ser la Administración Penitenciaria y los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, los que han de valorar la existencia de una futura entrega extraditacional, una vez que finalice el cumplimiento de la condena de prisión. Pero nunca estaría justificado el “mantenimiento de la prisión provisional durante toda la condena que se encuentre extinguiendo el extraditado.”

A la luz de estas sentencias, que creemos igualmente aplicables, si en vez tratarse de un proceso de extradición clásico, fuera una Orden Europea de Detención y Entrega<sup>134</sup>, se deja claro que para cumplimentar una entrega a un tercer país, se pueden adoptar medidas cautelares, entre las que destaca la más restrictiva, como es la prisión provisional. Pero, ésta, aún no responder a las mismas motivaciones y características que la dictada en un procedimiento penal, sí está investida de las mismas garantías, en cuanto a la duración y necesidades de prórroga que esta última.

---

<sup>132</sup> El artículo 202 del Reglamento Penitenciario, indica: “Concepto y clases. 1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento. 2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular”.

<sup>133</sup> “2. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad”.

<sup>134</sup> Vid. infra.

No estimamos, por el contrario, acertada ciertas **resoluciones de los Juzgados Centrales de Instrucción**<sup>135</sup>, en casos en los que el sometido a la euro-orden, además cumple condena de prisión en España<sup>136</sup>, en los que para cumplimentar una Orden Europea de Detención y Entrega, disponen: “Decretar la libertad provisional sin fianza, condicionada a que Instituciones Penitenciarias informe a este juzgado de cualquier modificación personal. Hágasele saber que el incumplimiento de estas obligaciones conllevaría su inmediata prisión provisional para asegurar la entrega al estado reclamante en la ejecución de la orden europea de detención y entrega.” Es decir, se decreta la libertad provisional sin fianza, pero parece que hay una especie de prisión provisional automática, si la Administración Penitenciaria, incumple la obligación que el Juzgado Central le ha impuesto, de comunicar “cualquier modificación personal.” Entendemos que cualquier modificación personal, supone el hecho de que al interno se le conceda algún tipo de permiso o situación que suponga un riesgo de fuga. No parece ajustado a Derecho, el que una restricción de derechos tan grave como es la prisión preventiva, dependa de que la prisión en que se encuentre el interno informe o no al Juzgado Central. No estimamos, como apuntábamos en la Introducción, legal una prisión preventiva suspensiva.

De forma diferente, y a nuestro juicio correctamente, resuelve la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en estos casos, en los que aún aprobando la entrega al Estado de la Unión Europea en cuestión, decreta que: “Se suspende la entrega hasta que extinga las responsabilidades que actualmente está cumpliendo, ..., poniendo en conocimiento del Centro Penitenciario la presente resolución, a fin de que se comunique a este Tribunal, con la antelación suficiente, la fecha en que el cumplimiento de la condena permitirá efectuar la entrega.” De este modo, en ningún caso se dicta prisión preventiva, ni medida cautelar alguna. En caso de concederse permisos o el régimen de *semilibertad*, deberá ser valorado el riesgo de fuga. Tampoco creemos ajustado a la legalidad del ordenamiento jurídico español la denominada por la Audiencia Nacional, *prisión instrumental*. Ésta consistiría en una especie de prisión provisional diferida en el tiempo, en el caso de que se tenga que ejecutar una OEDE, de persona que esté internada en un centro penitenciario de España, pero no cumpliendo condena de prisión, sino porque se le ha decretado prisión provisional por otra causa. Es obvio

---

<sup>135</sup> Destaca CONDE PUMPIDO, C. *La Orden de detención y entrega europea*, en publicaciones del Portal Iberoamericano de las ciencias penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha 2006. [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net), que el Legislador español ha optado por centralizar la competencia de ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega en la Audiencia Nacional. El criterio es diferente en cuanto a la competencia para emitir órdenes de detención europea, que se atribuye al Juez o Tribunal que conozca de la causa en la que proceda tal tipo de órdenes (art. 2 1º de la Ley 3/2003), es decir a cualquier órgano jurisdiccional penal. La razón formal de esta centralización se explicita en la exposición de motivos de la LO 2/2003, señalando que el art. 65 4º de la LOPJ atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional la competencia sobre los procedimientos judiciales de extradición pasiva, por lo que es procedente añadir a este precepto la competencia sobre el cumplimiento de las órdenes europeas de detención y entrega.

Sin embargo esta justificación es, en cierto modo, contradictoria con la filosofía de la nueva norma, reafirmada en la exposición de motivos al señalar que “puede afirmarse sin reservas que la extradición ha desaparecido en las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea”. Si la orden de entrega es realmente un instrumento de cooperación judicial penal interno de la Unión Europea, que supera la vieja figura de la extradición, no parece justificarse que se mantengan los antiguos clichés en materia de competencia.

<sup>136</sup> El primer país que ha procedido a cumplir con las obligaciones que la Decisión Marco establece paralos Estados miembros es España, a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea dedetención y entrega (Boletín Oficial del Estado de17/03/2003), y de la Ley Orgánica 2/2003, complementaria de la anterior.

que en estos casos existe riesgo de fuga, si se decreta la libertad de la persona que sufría prisión preventiva, no pudiéndose materializar la OEDE, por la que no se ha podido adoptar la privación de libertad ya que, en aplicación de la legislación española, ésta no podría ser superior a 10 o, en su caso, 20 días. Las resoluciones de los juzgados centrales de instrucción suelen ser del siguiente tenor: “Se decreta la prisión provisional instrumental de XXXX, cuyos demás datos ya constan, que se materializará a partir del mismo momento en que quede en libertad por las causas que tiene pendiente en España, debiendo, a partir de ese momento, quedar a disposición de la Sección 3ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, para la ejecución de la presente Orden Europea de Detención y Entrega hecho éste que en el momento en que se produzca deberá participarse inmediatamente a este Juzgado por el Centro Penitenciario donde se halle el citado reclamado.” Además se decreta, el mandamiento de los despachos oportunos para llevar a efecto la prisión acordada y la comunicación del auto al centro penitenciario en que se encuentra y al Juzgado de instrucción que ha dictado prisión provisional. No creemos válidos los razonamientos jurídicos de la resolución<sup>137</sup>, ni siquiera una modificación legal en la regulación de la prisión preventiva, creemos que pudiera habilitar a una medida cautelar tan automática o diferida, en nuestro ordenamiento jurídico, incluidas las normas europeas. No hay a nuestro entender texto positivo que habilite para acordar lo que se podría denominar como modalidad de prisión provisional.

No creemos que el artículo 17 de la ley 3 de 2003 sobre la orden europea de detención y entrega, dé esta posibilidad, ya que su primer precepto dispone: “En el curso de la audiencia a que se refiere el artículo 14, el Juez Central de Instrucción, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional adoptando cuantas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la plena disponibilidad

---

<sup>137</sup> “El Tribunal Constitucional, en su sentencia 95/2007, de 7 de mayo, al abordar la cuestión relativa a la suspensión de la entrega de personas reclamadas en virtud de una Orden Europea al tener pendiente en España un procedimiento penal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la L. O. 3/2003, reguladora de este procedimiento, vino a establecer que “ni en el citado precepto, ni en ningún otro de esta Ley se prevé la posibilidad de que la prisión provisional eventualmente adoptada puede prorrogarse durante el período de dicha suspensión”, por lo que en ningún caso el tiempo máximo de privación de libertad en una O. E. D. E, una vez tomada la decisión judicial de entrega, puede exceder de los 10 días, o en caso de prórroga, 20 días, que permite el artículo 20 de dicha Ley.

Esa decisión del Tribunal Constitucional ha dado lugar a que la Sala de lo Penal de esta Audiencia Nacional haya instrumentado un mecanismo que asegure la efectividad de la orden sin merma del respeto a los plazos legalmente establecidos para estos supuestos, y así, en su Auto de fecha de 25/02/08 (Sección 2ª), dispone: “Sobre las premisas que hemos formulado en el razonamiento jurídico anterior, y teniendo presente que, como dispone el artículo 17,2 de la Ley, el Juez resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y finalidad de asegurar la ejecución de la orden Europea”, o el artículo 19, apartado 4 que, entretanto no se pueda tomar la decisión de entrega, impone mantener las condiciones necesarias para que se lleve a efecto, se plante la cuestión de cómo solucionar los eventuales problemas que puedan surgir entre ese respeto a los plazos máximos de privación de libertad que el art. 20 de la Ley establece (10, en su caso, 20 días) tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, y la suspensión de la entrega por tiempo superior a dicho plazo.”

Como se refiere en dicha resolución, si se acuerda la libertad provisional, puede suceder, como de hecho ya ha ocurrido, que si el Juzgado que conoce de la causa pendiente en España decretara la libertad del reclamado, ello propicie la huida del mismo. De esta forma, si bien es cierto que mientras la persona reclamada se encuentre en situación de prisión provisional por otra causa el riesgo de fuga no existe, y en este caso sería el fundamento constitucional de tal medida; también lo es que deben adoptarse medidas precautorias dirigidas a evitar que ese riesgo pueda convertirse en real, si el reclamado es puesto en libertad provisional por la otra causa. Es por ello que la Sala de lo Penal no ve óbice legal, como tampoco lo aprecia este Juzgado, para acordar una medida de prisión provisional diferida en el tiempo, para cuando se den los presupuestos que, conforme a la L. O. E. D. E, han de tomarse para garantizar la entrega que ya viene acordada”.

de los afectados, y de modo especial las previstas a tal efecto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.” No se puede acordar una medida limitativa de derechos fundamentales, como es la prisión provisional, de forma diferida en el tiempo y casi de forma automática.

Juzgamos que lo correcto es la necesaria comunicación al juzgado que ha decretado la primera prisión provisional del procedimiento de OEDE que recae sobre la persona que está siendo enjuiciada, para que este órgano judicial comunique al Juzgado Central de Instrucción, antes de decretar la libertad, o la adopción de otra medida cautelar menos restrictiva y que pudiera suponer un riesgo de fuga, esta circunstancia, para que el Juzgado Central, decrete entonces sí, y a la vista de las circunstancias que concurran en ese momento, la prisión u otra medida cautelar. Quizá el que no exista un eficaz y seguro sistema de comunicación y alerta entre los propios órganos del Poder Judicial, lleva a dictar resoluciones, que puede que no se ajusten del todo a la legalidad vigente, ni al sistema de protección de los derechos fundamentales existentes en España y Europa.

#### **1.4.2. Efectos del art. 197.1 del Reglamento Penitenciario español a la luz del Derecho de la Unión Europea y las resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Audiencias Provinciales. Un ejemplo de la utilidad del Espacio Penitenciario Europeo**

##### **1.4.2.1. Planteamiento de la cuestión**

En este epígrafe se pretende hacer notar las diferencias de criterios de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y Audiencias Provinciales, a la hora de conceder la libertad condicional<sup>138</sup> para el disfrute de ésta en el país de residencia de un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea que cumpla condena de prisión en España, y la contravención del principio de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en la UE.

En primer lugar, hemos de partir del artículo 197.1 del vigente Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero): “En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de **españoles residentes en el extranjero**, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previs-

---

<sup>138</sup> BURGOS PAVÓN, F. *Derecho Penal. Carrera Judicial y Fiscal*. Págs 20-13 a 20-15. Madrid, 2001, destaca que parte de la doctrina opina que es un beneficio penitenciario que consiste en la posibilidad de cumplir en libertad el último periodo de la condena. Pero se sigue cumpliendo la condena, aunque se esté en libertad. Otro sector, cree que es únicamente un medio alternativo al cumplimiento tradicional, junto con la suspensión y la sustitución de la ejecución de las penas privativas de libertad.

tas en la legislación interna.” En este precepto reglamentario de importantes repercusiones prácticas encontramos dos supuestos de aplicación, según su tenor literal, primero a extranjeros no residentes legalmente en España, circunstancia que no puede concurrir en la inmensa mayoría de los casos en los ciudadanos de los Estados miembros de la UE, ya que en España y en la práctica tienen siempre residencia legal. En segundo lugar, es aplicable a españoles residentes en el extranjero, condenados en España.

De la misma forma, quien pretenda beneficiarse del precepto tiene que cumplir los demás requisitos necesarios para el disfrute de la libertad condicional. Esto es lo prescrito en los artículos 90 y siguientes del Código Penal, destacando la clasificación en tercer grado penitenciario; el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena, o menor porcentaje en casos excepcionales<sup>139</sup>; buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social. Debe tratarse de un condenado en cuya sentencia no exista limitación de la cuantía de la condena, como las del artículo 78 del Código Penal. El denominado expediente de libertad condicional tiene que formarse según los trámites establecidos en los artículos 192 y sigs. del Reglamento Penitenciario. Asimismo el Juez de Vigilancia Penitenciaria tiene que autorizar las medidas de control específicas que garanticen la salida y habrá que poner en conocimiento del Delegado o Subdelegado del Gobierno para que haga efectivas estas medidas. Finalmente, ha de quedar constancia de la solicitud e intención del reo de que quiere disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia, que puede no ser el de su nacionalidad u origen<sup>140</sup>.

Bajo nuestro criterio el texto legal habilita, aunque no lo indique expresamente, al disfrute de la libertad condicional a ciudadanos de la Unión Europea que extingan condena de prisión en España, a que disfruten la libertad condicional en su país de residencia. No tiene razón jurídica alguna el que dicha norma pueda aplicarse a los españoles no residentes en España y que se excluya exclusivamente su aplicación a los ciudadanos de un país de la Unión Europea no residentes en España, sólo por el hecho de que, a diferencia de los no europeos, puedan circular sin limitación ninguna por territorio español. Para hacer esta afirmación, nos debemos fijar en la referencia que hace a los “españoles residentes en el extranjero” para disfrutar la libertad condicional en su país de residencia cuando cumplan condena de prisión en España. A nuestro juicio, si se da la posibilidad de que un español pueda cumplir su libertad condicional en su país de residencia, en el estado actual del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sería discriminatorio el no hacer la misma aplicación a los ciudadanos de la UE que cumplan condena en España, y que cumplan la libertad condicional en su país de residencia, especialmente, si es un Estado miembro de la Unión, ya que existen mecanismos jurídicos suficientes, en base a la cooperación judicial penal y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Sería el caso del ciudadano español, residente en Alemania, que por motivos familiares, vacacionales o de cualquier tipo se traslada temporalmente a España y comete una grave imprudencia de tráfico que causa la muerte de varias personas. Resultando

<sup>139</sup> Vid. art. 91 del Código Penal.

<sup>140</sup> Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento Penitenciario Comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Editorial Mad. Alcalá de Guadaíra (Sevilla) 2008, pág. 352.

condenado a pena de prisión, en aplicación literal del art. 197.1 del RP, podría disfrutar de la libertad condicional en su país de residencia, en este caso Alemania. Sin embargo, la interpretación restrictiva de la norma no permitiría el disfrute de la libertad condicional en Alemania a un ciudadano alemán y residente en este país, que fuera condenado en España por el mismo delito.

#### 1.4.2.2. Fundamentos jurídicos de la interpretación del precepto

El no hacer la interpretación que propugnamos sería ir contra las normas que prescriben la libre circulación de personas en la Unión (art. 45 CDFUE), los principios de igualdad (art. 20 CDFUE) y no discriminación (art. 21 CDFUE) de nacionales ciudadanos de los Estados miembros y otros preceptos del vigente Tratado de Lisboa. Hemos de recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales desde el 1 de diciembre de 2009, fecha que en entró en vigor el Tratado de reforma, tiene el mismo valor jurídico y fuerza de obligar que los Tratados y, por lo tanto, es Derecho aplicable por todos los Jueces y Tribunales de la Unión<sup>141</sup>, salvo el caso de algunos Estados miembros que han hecho objeciones en principio contrarias a la aplicación en su territorio de la Carta.

Prescribe el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como no podía ser de otra manera, que todas las personas son **iguales ante la ley**. Esta disposición que a primera vista puede parecer sencilla, en el momento de ser aplicada al caso concreto, es cuando pueden aparecer los problemas, eminentemente interpretativos. Análogamente la legislación española ratifica este precepto de la Carta en el art. 3.4 del Real Decreto 240/2007, que regula la entrada, la Libre Circulación y la Residencia en España de ciudadanos de la UE<sup>142</sup>. La mayoría de las Constituciones de los Estados miembros no establecen una igualdad de todos los individuos, sino la igualdad de sus ciudadanos. Ha sido la jurisprudencia constitucional la que en muchos casos ha estrechado las diferencias entre ciudadanos nacionales y no nacionales. En España encontramos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, referente a los derechos fundamentales de los extranjeros en España. En los Tratados de la Comunidad, hasta el de Ámsterdam, no se introdujo un principio colectivo de no discriminación. La Carta, en su artículo 20, va aún más allá de los anteriores Tratados y establece la igualdad, además de un derecho subjetivo, como un principio universal de todos los seres humanos, europeos o nacionales de terceros países<sup>143</sup>.

Para el Tribunal de Justicia es un principio básico del Derecho de la Unión, que garantiza a los ciudadanos de esta el derecho a tener el mismo trato, si se encuentran en

---

<sup>141</sup> Vid. *infra* Capítulo 8 en la que se describe y destaca la influencia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la configuración del *Espacio Penitencia Europeo*.

<sup>142</sup> Todos los ciudadanos de la Unión que residan en España conforme a lo dispuesto en el presente Real Decreto gozarán de igualdad de trato respecto de los ciudadanos españoles en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Este derecho extenderá sus efectos a los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente.

<sup>143</sup> Para SÁNCHEZ YLLERA, I. “Extranjeros en prisión: doble condena”. *Jueces para la Democracia*. 10 de septiembre de 1990, pág. 65, en el extranjero encarcelado se de un doble perjuicio, el propio de la condena impuesta por el delito cometido y el propio hecho de la extranjería en prisión. Estima igualmente, que la condición de extranjero hace más gravosa la pena de prisión de lo que ya es de por sí.

la misma situación, como entendemos que concurre en el art. 197.1 del RP entre españoles y el resto de ciudadanos de la UE. Creemos que es un derecho-principio que además de fundamental, es una útil herramienta para el proceso de construcción, especialmente en lo que hace referencia al concepto de ciudadanía europea. Así, por ejemplo, el ciudadano español que antes comentábamos en el ejemplo, que trabaje y viva en Alemania, al ver que tiene un estatus jurídico similar al de los ciudadanos alemanes, tomará conciencia de los beneficios que le reporta la Unión Europea. El Tribunal de Justicia ha utilizado este principio-derecho para enjuiciar si la normativa interna de los Estados miembros, no incurren en contradicción con el Derecho de la UE. Ya han sido varios los pronunciamientos del Tribunal en materia propia del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en concreto en la Orden Europea de Detención y Entrega. En la sentencia de 3 de mayo de 2007, se apela al artículo 20 de la Carta contra la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo. En su resolución el Tribunal indica: “Procede señalar que el principio de igualdad y no discriminación exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y que las situaciones diferentes no sean tratadas de igual manera, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.”

Tras una primera lectura del artículo 21 de la Carta, sugiere, además de la cláusula genérica de interdicción de la prohibición clásica de discriminación, destacando ciertas circunstancias como más propicias para un trato injustamente desigual, como el sexo, el patrimonio, etc.; llama la atención, decimos, el que el segundo apartado, se dedique exclusivamente la discriminación por razón de la nacionalidad. Este sería el caso del supuesto de hecho del art. 197.1 del RP de aplicación a los españoles condenados en España, pero residentes en el extranjero y no los nacionales de Estados miembros de la UE que cumplen condena en España y pretenden el disfrute de la libertad condicional en su país de residencia. Son conscientes los redactores de la Carta que en el seno de la Unión, en el estadio de construcción de la Unión en que nos encontramos, aún existen numerosos casos en los que no se dispensa el mismo trato sin razón legal, a nacionales de los Estados miembros, en las mismas situaciones. Por ello, era necesaria una redacción separada y clara en la Carta sobre el particular. Es un precepto, este punto dos, muy importante con el objeto de ir depurando las discriminaciones que existen en las legislaciones nacionales de los Estados miembros, con respecto a los ciudadanos de la Unión, a los que en un determinado momento les es aplicable el Derecho de un Estado miembro, y que no reciben el mismo trato que los nacionales de ese Estado sin justificación para ello<sup>144</sup>.

Para MAPELLI CAFFARENA<sup>145</sup>, es acertada una inclusión específica en la nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas<sup>146</sup>, de una prohibición de actos discrimi-

<sup>144</sup> Valga como ejemplo sentencia del Tribunal de la AELC, de 17 de diciembre de 2010 (DOUE de 19.5.2011; C 148/6), en la que se declaran discriminatorias ciertas cauciones para costas ante tribunales nacionales. Declara que, en el caso concreto en Liechtenstein, de exigirse una caución, no pedida a los nacionales, para costas procesales a los no residentes, se cae en una discriminación injustificada. Para que la discriminación esté ajustada a Derecho, ha de ser necesaria y no excesiva. Así, la caución no ha de ascender a un importe desproporcionado, ni exigible en un plazo muy breve, entre otras circunstancias, que deben ser apreciadas por el órgano judicial que estén conociendo del caso.

<sup>145</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. Una nueva versión de las normas penitenciarias europeas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología [en línea]. 2006, núm. 08-r1, p. r1:1- r1:44. Pág. 6. Disponible en Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

<sup>146</sup> Las nuevas *Reglas Penitenciarias Europeas* del Consejo de Europa, (Recomendación REC(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros).

minatorios, diferenciada de la interdicción de discriminación que hay implícita en la primera Recomendación que obliga a tratar a los privados de libertad con respeto a los Derechos del Hombre. Estima que ha de ser así, dada la situación actual de gran presencia de internos de diferentes etnias o nacionalidades, que pueden dar lugar a decisiones o resoluciones discriminatorias<sup>147</sup>.

Esta situación de necesidad de *filtrado* en las legislaciones nacionales, en el ámbito de aplicación de los Tratados y su influencia es similar, estimamos, a la que ocurrió en España tras la aprobación de la Constitución de 1978, con la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas anteriores a la entrada en vigor a la Carta Magna y que no se ajustaban a ella. Fue necesario, por los Jueces y Tribunales españoles, de oficio o a instancia de parte, la no aplicación o el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. Por ello, en situaciones como en las que describimos a colación del artículo 197.1 del RP, sería necesaria una labor de depuración de los operadores jurídicos que coadyuven a la aplicación del Derecho de la UE y, de esta manera al proceso de integración.

Como ocurre con otros preceptos de la Carta, esta prohibición de discriminación, en la UE ampara no sólo a los ciudadanos de la Unión, sino a todos los seres humanos que se encuentren en su territorio o les sea aplicable su Derecho. Lo que sí es destacable, es que hay ciertos derechos de los que sólo son titulares los ciudadanos europeos, ampliable, en ciertas situaciones por Tratados internacionales, a ciudadanos de terceros países. Esto es algo criticado por parte de la sociedad civil, aunque hemos de indicar que en el desarrollo de la Carta, son muchos los derechos que protegen a ciudadanos de nacionalidades diferentes a los de los Estados miembros, y cada vez son menores las diferencias. El veto a la discriminación en la Carta es general, pero la Unión, en aplicación de los Tratados tiene una competencia más específica, como sería la discriminación de los ciudadanos de la UE en aplicación del Derecho originario, el derivado y el nacional cuando caiga en el ámbito de la aplicación de los Tratados (artículo 19 del TFUE.) Los Estados miembros, son los competentes y obligados, en general, para la lucha contra las discriminaciones<sup>148</sup>. Este derecho a la igual-

---

<sup>147</sup> Las nuevas *Reglas Penitenciarias Europeas* del Consejo de Europa, (Recomendación REC(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros), en concreto la Regla 13, prescribe que las Reglas deben ser aplicadas con imparcialidad, sin discriminación alguna basada en el sexo, la raza, el color, la lengua, la religión, las opiniones políticas u otro tipo de opiniones, la procedencia nacional o social, la pertenencia a una minoría nacional, las condiciones económicas, el nacimiento y, finalmente, mediante fórmula abierta a otras circunstancias o hechos, cualquier otra situación.

Esta idea de no discriminación se repite, para la no discriminación por razón de sexo, en la Recomendación 26.4, para distribuir las modalidades de trabajo en las prisiones y, a la vez, en la Recomendación 40.3, que impide la discriminación en el acceso a los servicios de salud penitenciarios, por motivos de su situación jurídica.

<sup>148</sup> Las discriminaciones se pueden producir de derecho o de hecho, que quizá son las más difíciles de destacar y de luchar contra ellas. En el caso de los extranjeros en prisión, su condición de no nacional le lleva a un aislamiento progresivo del exterior ya que suele carecer de contactos o allegados que le hagan mantener el vínculo, lo cual es base para la denegación de visitas o de permisos ordinarios de salida.

Por ello, la barrera del idioma, la ausencia de contactos con el exterior, la desasistencia jurídica por la falta del turno de oficio en el ámbito penitenciario, su indocumentación y su carencia de medios económicos, hace muy difícil, además de muy injusta, el cumplimiento de la condena de prisión orientada a la reeducación y reinserción social. Vid. SÁNCHEZ YLLERA, I. "Extranjeros en prisión: doble condena", Jueces para la Democracia. 10 de septiembre de 1990, pág. 66.

dad entre los ciudadanos de la Unión, ha reducido a lo mínimo el concepto de extranjero entre nacionales de Estados miembros<sup>149</sup>.

Igualmente coadyuva a la interpretación que propugnamos del art. 197.1 del RP el art. 41 de la Carta. **El derecho a la buena Administración** como proclamación de derecho fundamental según GONZÁLEZ ALONSO<sup>150</sup>, supone una novedad absoluta en relación a otros textos protectores de los derechos fundamentales. Aún siendo conscientes de que la Administración Penitenciaria, perteneciente a la Administración civil, ya en ningún Estado de la UE es Administración militar como sucedía en el pasado, y la Administración de Justicia tienen particularidades les es aplicable este precepto relativo al derecho a la buena Administración. Es más, se debe estar especialmente vigilante para en estos ámbitos, donde intervienen de forma enfatizada los derechos humanos, para adoptar prácticas de buena Administración.

Se debe destacar la atención y vigilancia de los derechos de los internos que, sin duda, siguen siendo ciudadanos en las prisiones. La situación puede ser más penosa, si interviene un ciudadano en un país que no es el suyo, con problemas de adaptación, idioma, conocimiento del medio, etc. De este modo, la Recomendación 50 de las nuevas RPE<sup>151</sup>, garantiza, salvo que existan motivos de buen orden o seguridad, que los internos puedan discutir cuestiones relativas a sus condiciones generales de detención y deben ser estimulados a comunicarse con las autoridades penitenciarias. Estimamos que cuando exista un factor “comunitario”, deben darse normas unificadoras de las Instituciones de la Unión, para amparar al ciudadano europeo<sup>152</sup>. Por ello, tampoco desde el punto de vista de la reinserción social, que consideramos un aspecto específico e irrenunciable de la buena Administración en el ámbito penitenciario, tiene razón de ser el privar a una persona del disfrute de la libertad condicional en su país de residencia, como defiende la interpretación estricta del art. 197.1 RP, ya que la posibilidad de éxito de la reeducación será mayor en este que en un tercer Estado en el que no pretende residir nunca<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> Aunque creemos que esto sucede en las normas de mayor rango, como los Tratados o leyes fundamentales en los Estados miembros, pero no en normas anteriores a los noventa, no en muchas normas de desarrollo que concretizan la aplicación de derechos, en los que se pueden incurrir en discriminaciones. Quizá también es necesaria una labor de concienciación de los funcionarios públicos, jueces, operadores jurídicos y ciudadanos en general, llamados a aplicar el derecho o con posibilidades de reclamar derechos, del concepto de ciudadanía europea y los beneficios que le puede reportar su aplicación.

<sup>150</sup> GONZÁLEZ ALONSO, L. N. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Fundación BBVA, 2008. Primera edición, pág. 665.

<sup>151</sup> Nuevas *Reglas Penitenciarias Europeas* del Consejo de Europa, (Recomendación REC(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros).

*In fine*, este artículo 41, da el derecho a toda persona a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados, misma lengua en la que ha de recibir respuesta. Garantizar una atención en diferentes idiomas en las prisiones de la Unión Europea, va a ser una de las claves en el futuro de la Administración Penitenciaria. Valoramos como muy acertada la prueba de idiomas obligatoria para acceder al Cuerpo Superior de Técnicos en la Administración Penitenciaria española.

<sup>152</sup> Por esta senda parece ir, entre otras normas, la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho a la información en los procesos penales (DOUE de 1 de junio de 2012).

<sup>153</sup> Cfr. Considerandos de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008), que será objeto de estudio en el Capítulo 5.

No cualquier disfunción en la tramitación administrativa de los asuntos, o en la atención al ciudadano, aún siendo mala administración, puede calificarse siempre de ilegal. Pero el no ser ilegal no significa que no ha de ser corregido. En el modelo de Administración democrática de todos los Estados miembros y, en general, todo el Estado de Derecho ha de poner como valor principal al ser humano y por ello al ciudadano. A esto responden conceptos como la imparcialidad, la equidad, el cumplimiento de plazos razonables en la tramitación, la corrección en el trato, la facilitación y reducción de trámites burocráticos, derecho de la persona a ser oída antes de que se dicte un acto administrativo que pudiera perjudicarlo, etc. También hay un derecho a obtener una reparación, conforme a los principios generales del Derecho de los Estados miembros, en caso de sufrir daños causados por las Administraciones de los Estados, o bien, la Administración de la Unión, o sus servidores públicos en el ejercicio de sus funciones. Sin duda los ciudadanos europeos pueden reclamar indemnizaciones a las Administraciones Penitenciarias de los Estados miembros por los daños sufridos por la no aplicación del Derecho de la UE. Sería precisamente el supuesto del ciudadano alemán que poníamos como ejemplo si no se le concede la libertad condicional incurriendo en discriminación conforme a las normas del ordenamiento de la UE. Debemos destacar, el derecho de los administrados a conocer con exactitud la motivación, incluidos los fundamentos de Derecho, de las resoluciones administrativas. Un caso concreto es la especial motivación de los actos desfavorables o restrictivos de derechos, como las denegaciones a las solicitudes de los internos en prisiones, que creemos deben estar espacialmente fundadas y de forma comprensibles a éstos<sup>154</sup>. De este modo en un supuesto de denegación de libertad condicional del supuesto del art. 197.1 RP tiene que estar suficientemente motivado para no contravenir el art. 41 de la Carta, pudiendo dar lugar al correspondiente recurso jurisdiccional.

Como cierre del sistema y, probablemente, con el deseo de potenciar medidas extrajudiciales para solventar problemas, la Carta también da la posibilidad de acceder al Defensor del Pueblo Europeo<sup>155</sup> y el Derecho de petición<sup>156</sup>. El acceso al primero, se regula como un derecho de toda persona, física o jurídica, que resida en un Estado miembro, entendemos que la naturaleza jurídica de la residencia, legal o ilegal, no es determinante para el acceso a esta Institución. Se habilita para casos de *mala administración*<sup>157</sup>, concepto jurídico indeterminado, que se concreta en las normas que regulan al Defensor del Pueblo Europeo, en la acción de las Instituciones u órganos de la UE. En el caso de ciudadanos extranjeros que cumplan condena en un Estado de la UE que no es el de su residencia podrían beneficiarse de esta Institución,

---

<sup>154</sup> En relación a la motivación de las resoluciones administrativas en materia penitenciaria, vid. RÍOS MARTÍN, J. C.: "Realidad penitenciaria: la Justicia penal vista desde las consecuencias", en J. L. De Castro Antonio, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, págs. 505 a 523.

<sup>155</sup> Vid. Decisión del Parlamento Europeo 94/262/CECA, CE, EURATOM, de 9 de marzo de 1994, sobre el estatuto del Defensor del Pueblo y sobre las condiciones generales del ejercicio de sus funciones y modificaciones por las Decisiones de 14 de marzo de 2002 (DO L 92 de 9.4.2002, p. 13) y de 18 de junio de 2008 (DO L 189 de 17.7.2008, p. 25).

<sup>156</sup> El derecho de petición se circunscribe al Parlamento Europeo. Hubiera sido de desear que se hubiera extendido a otras Instituciones y autoridades de la UE. Vid. art. 44 CDFUE.

<sup>157</sup> Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. *Código de Buena Conducta Administrativa*. (2005) [en línea]. Disponible en Web: <http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/code.faces>

solicitando, por ejemplo, la intervención del Defensor del Pueblo Europeo para la correcta aplicación del art. 197.1 del RP, o cualquier otro derechos o circunstancia en el ámbito penitenciario<sup>158</sup>.

Como indica MANGAS MARTÍN<sup>159</sup>, el derecho a la **libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE** del artículo 45 CDFUE<sup>160</sup>, confirma un derecho inherente al sistema económico que desde su inicio ha supuesto la integración europea. Actualmente, sólo se exceptúa y en casos muy justificados, a este derecho eventuales circunstancias de orden público, seguridad y salud pública. Se amplía la libertad de residencia y circulación a la familia del beneficiario, como un derecho fundamental de ambos. Analizando la historia de la Unión, el paso definitivo en relación a estas dos libertades se dio en el Tratado de Maastricht, al iniciar la regulación de la ciudadanía, que posteriormente, Tratado tras Tratado se iría completando con la configuración actual de la libertad de circulación y residencia, no vinculada a intereses económicos.

En última instancia, la libertad de residencia y circulación significa, como es fácil de ver en la interpretación que hacemos del art. 197.1 del RP, además de la posibilidad de entrar, salir, permanecer y trabajar en los Estados miembros, disfrutar de una serie de derechos, tipificados en el ordenamiento jurídico de la Unión, entre los que destaca el de no discriminación por razón de la nacionalidad entre los nacionales de los Estados miembros de la Unión. La única condición y reminiscencia del concepto clásico de extranjero, la encontramos en la necesidad de disposición de recursos económicos y de un seguro de enfermedad, por el titular del derecho y su familia. El objeto de esta medida es el no convertir a este ciudadano en una carga para el país que lo acoge. Como antes comentábamos, el concepto de ciudadanía europea, hace prácticamente desaparecer la condición de extranjero para los nacionales de Estados miembros en el territorio de la Unión, incluyéndose a los ciudadanos privados de libertad. Bajo nuestro punto de vista es un fenómeno, sin igual en la historia, aún más si tenemos presente que es una conquista alcanzada en aplicación de la política y el Derecho, sin haberse producido tras una victoria bélica.

La libertad de circulación y residencia como derecho fundamental y como derecho propio de la ciudadanía de la UE, también ha de tener su reflejo penitenciario, así la posibilidad de acceder a los representantes diplomáticos y consulares de todo internado en una prisión, la obligación de las autoridades penitenciarias de colaborar con estas representaciones y de facilitar información judicial a los detenidos y presos. Igualmente

---

<sup>158</sup> De esta forma, en el caso de que la *mala administración*, se verifique por las Administraciones de los Estados miembros en aplicación del ordenamiento de la UE, a priori, no será competente el DPE, sino las figuras análogas que existan en los Estados miembros. No obstante, por la particular configuración de esta Institución, no sujeta a criterios formalistas, no es de descartar la intervención del DPE, incluso en actuaciones de los Estados miembros. Se excluye la actuación del Defensor del Pueblo, igual que ocurre en España, si el asunto está siendo visto por órganos judiciales. La Carta sólo hace referencia al Tribunal de Justicia y al de Primera Instancia, entendemos que se deben incluir los otros órganos judiciales de la Unión, que se han ido creando y los que se creen en el futuro.

<sup>159</sup> MANGAS MARTÍN, A. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Fundación BBVA, 2008. Primera edición. Pág. 719.

<sup>160</sup> Artículo 45: "1.- Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

2.- Podrá concederse libertad de circulación y residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro."

a todo extranjero se le debe dar la posibilidad de accionar los mecanismos legales, con el objeto de ser trasladado a otro país para el cumplimiento de la condena<sup>161</sup>. Del mismo modo, las prácticas de las distintas culturas, incluso en el caso de ser minoritarias, deben poder continuarse en prisión. Deben existir intérpretes y folletos editados en las lenguas que hablan los internos en las prisiones<sup>162</sup>. Para MAPELLI CAFFARENA, la población extranjera en las prisiones es un problema agudo en los centros europeos, para lo que no están preparados las Administraciones Penitenciarias de la UE, no hay respuesta adecuada. No tiene sentido intentar reinsertar en la sociedad a una persona que va a ser expulsado o va a abandonar el Estado de cumplimiento una vez sea excarcelado. Es necesaria una formación especializada en la materia de los profesionales penitenciarios<sup>163</sup>. Según MANGAS MARTÍN<sup>164</sup>, el objetivo de la ciudadanía europea es la de crear derechos que se puedan ejercer en cualquier Estado miembro, pero, además, “extender la esfera nacional de derechos a favor de los nacionales de los otros Estados miembros”, que se encuentren en la misma situación y en el territorio de aquél. ¿Cuál es el motivo entonces para que no se aplique esta conquista de la integración europea a los ciudadanos que cumplen condena en prisiones de Europa?<sup>165</sup>

Aunque se da la posibilidad, en el segundo apartado del artículo 45 de la CDFUE, de la extensión del derecho a la libre circulación y residencia a nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro, este derecho no es de la misma intensidad que el de los ciudadanos europeos. Estos ciudadanos de terceros países indefectiblemente, necesitan permiso de residencia y circulación para residir y circular en otro Estado miembro.

También se perjudicaría de no atender a esta interpretación del Reglamento Penitenciario a la luz del Derecho de la Unión Europeo, finalmente como ya hemos apuntado<sup>166</sup>, la propia reeducación y reinserción social de los penados, que prescribe

---

<sup>161</sup> Vid. las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas que en su Recomendación 37, disponen: “37.1. Los detenidos naturales de un país extranjero deben estar informados sin demora de sus derechos a ponerse en contacto con las autoridades diplomáticas y consulares y beneficiarse de medios razonables para establecer esa comunicación.

37.2. Los detenidos naturales de Estados que no tengan representantes diplomáticos o consulares en el país así como los refugiados y los apátridas deben beneficiarse de las mismas facilidades y estar autorizados a comunicarse con el representante diplomático del Estado encargado de sus intereses o con otra autoridad nacional o internacional cuya misión sea proteger dichos intereses.

37.3. Las autoridades penitenciarias deben colaborar estrechamente con los representantes diplomáticos y consulares en interés del extranjero encarcelado que pueda presentar necesidades particulares.

37.4. A los extranjeros detenidos debe suministrárseles información relativa específicamente a la vida judicial.

37.5. Los detenidos extranjeros deben estar informados de las posibilidades de solicitar el traslado a otro país para continuar allí la ejecución de su pena.”

<sup>162</sup> Vid. nuevas Reglas Penitenciarias Europeas, Recomendación 38.

<sup>163</sup> MAPELLI CAFFARENA, B. Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2006, núm. 08-r1, p. r1:1- r1:44. Pág. 28. Disponible en Web: <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

<sup>164</sup> MANGAS MARTÍN, A., op. cit. Pág. 727.

<sup>165</sup> Una situación que puede ser de aplicación a internos ingresados en centros penitenciarios de la Unión, especialmente para ejercer el derecho de visita de familiares y allegados de presos, es el que regula la directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 229/35 de 29.6.2004), relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. En esta norma se otorga el derecho a la familia extranjera de un ciudadano de la Unión, a entrar y salir del territorio de un Estado miembro y a que se le den visado, sin coste alguno.

<sup>166</sup> Vid. *infra* Capítulo 5.

el artículo 25.2 de la Constitución española<sup>167</sup>: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social del penado y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulos, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...”

#### 1.4.2.3. Posibles soluciones legales a las interferencias entre sistemas penitenciarios en la Unión Europea

Estimamos que esta situación, de contradicción de resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria y de acuerdos de las Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios de España, se clarificará, cuando sea adaptada a la legislación española la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de ejecución en la Unión Europea y la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que será objeto de comentario en epígrafe aparte<sup>168</sup>.

Especialmente clarificador a este respecto, es el auto de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de junio de 2006. En esta resolución judicial se revoca un auto del Juez de Vigilancia de Burgos por no aplicar el artículo 197.1 del RP, dejando de conceder así la libertad condicional a un nacional holandés que cumplía condena de prisión en España, a disfrutarla en Holanda<sup>169</sup>. El JVP en cuestión alegaba para no aplicar el precepto que esto no hace referencia a los ciudadanos de la UE, al no existir un control de frontera entre Estados miembros, vaciando de contenido la expulsión, que a su criterio supone el artículo 197.1 RP. A nuestro juicio, en lo que respecta a ciudadanos de la UE, el artículo 197.1 RP y por lo tanto la libertad condicional a cumplir en el país de residencia, no es una expulsión, sino una libertad condicional, con las mismas características que la que se puede aprobar a un español para disfrutar en España. La única diferencia estaría en la necesidad de aplicar medios de control,

<sup>167</sup> MORALES PRATS, F., en QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal...*, admite que dentro de la actual forma de Estado social y democrático de Derecho anida una contradicción: “de un lado, se contempla a la persona como entidad ética (dignidad humana y los derechos garantías que le son inherentes) no gregaria de los valores del Estado, pero por otro lado, se le otorga a la pena un fin resocializador que constituye una manifestación más de la autoafirmación del Estado y de su orden de valores en el estricto momento de la imposición y ejecución de las sanciones penales”.

<sup>168</sup> Para MARTÍNEZ, P. M.: *El derecho de extranjería en la Institución Penitenciaria*. Boletín de la Asociación de Técnicos de II. PP. nº 2, año 2005. Los extranjeros pueden ser expulsados como sustitución del procedimiento penal o de la pena, pero son muchos los casos en los que las autoridades judiciales no autorizan tales medidas, por lo que los extranjeros deben permanecer en España durante el proceso y el cumplimiento de la pena. Durante ese período, su situación se ve afectada por la legislación penal y penitenciaria y por la de extranjería; la confluencia de normas que obedecen a principios distintos da lugar, a veces, a situaciones contradictorias e injustas.

<sup>169</sup> MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, I., op. cit., pág. 1, entienden que la ignorancia de las resoluciones penales nacionales en el ámbito internacional contrasta con lo que se da en el orden civil. Esto es así pues el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en Derecho Internacional privado se ha consolidado sin grandes dificultades.

apoyándose en la cooperación judicial penal y el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, que estamos tienen mecanismos suficientes, en cumplimiento del Derecho de la UE, para ejercer un eficaz y efectivo control de cualquier libertad condicional. No creemos que pueda ser, la falta de control o el efectivo planteamiento de plan de seguimiento por los servicios sociales penitenciarios, al JVP, a la hora de aprobar una libertad condicional, motivo suficiente para no concederla. Quizá un órgano judicial, dispone de mecanismos más potentes a la hora de activar la cooperación judicial entre Estados miembros de la UE, que los servicios sociales de una prisión.

El Tribunal Constitucional, ha dispuesto a colación de la libertad condicional en sentencia de 6 de mayo de 1998, que aunque la concesión de ésta no es un derecho subjetivo y menos aún un derecho fundamental, por su estrecha vinculación con el artículo 17 CE, las resoluciones judiciales sobre la concesión o no de libertad condicional, tienen que estar especialmente motivadas. La falta de diligencia para encontrar medidas de control, que el ordenamiento jurídico arbitra, no pueda ser la causa para denegar una libertad condicional.

En el auto del JVP de Burgos se argumenta que: “el artículo 197 del Reglamento Penitenciario no resulta de aplicación a los ciudadanos europeos por su condición de “extranjeros privilegiados”. También se alega que: “España no es parte en ningún convenio internacional para el seguimiento recíproco de libertades condicionales puesto que el Convenio 51 del Consejo de Europa, de supervisión de sentencias condicionales y libertad condicional de 30 de septiembre de 1964, no ha sido suscrito por nuestro país.” Igualmente se considera en el auto denegatorio de la libertad condicional, que el artículo 197.1 RP, sólo es aplicable a los extranjeros sin residencia legal en España y a los españoles que residan en el extranjero, pero no a los ciudadanos europeos comunitarios los cuales cuentan con un estatus jurídico especial derivado del acervo comunitario que les convierte en “extranjeros privilegiados”.

Estima la Audiencia Provincial de Burgos, en su auto, que no se alcanza a comprender a qué privilegio se refiere el JVP, indicando: “Entiende esta Sala que, una correcta interpretación de este precepto impone que, el mismo sea aplicado al condenado que está cumpliendo condena en un Centro Penitenciario español y tenga su residencia legal en otro Estado, ello con independencia de cual sea su nacionalidad. Esto es, el criterio para la aplicación de este precepto es que se tenga la residencia legal y efectiva en el extranjero. Carece absolutamente de sentido que dicha norma pueda aplicarse a los extranjeros y a los españoles no residentes y que se excluya exclusivamente su aplicación a los ciudadanos de un país comunitario no residentes en España, sólo por el hecho de que, a diferencia de los no comunitarios, puedan circular libremente por territorio español. Dicha interpretación además conculca el más básico principio de “igualdad” en la aplicación de las leyes recogido en el artículo 14 de la Constitución Española y, así mismo, el principio básico de interpretación y aplicación de las normas de acuerdo con los preceptos constitucionales. En definitiva, la interpretación de este artículo debe llevarnos a conceder al ciudadano comunitario el mismo estatuto que al español.”

A nuestro parecer el razonamiento de la Sala de la Audiencia de Burgos es muy preciso, pero, estimamos que no se debe hacer recaer el principio de igualdad y no discriminación entre españoles y ciudadanos de la UE, en el artículo 14 de la

Constitución española, que prescribe la igualdad ante la ley de los españoles, no de los ciudadanos de los Estados miembros de la UE, no obstante, cierta jurisprudencia correctora del Tribunal Constitucional al interpretar este artículo 14; sino que juzgamos esta no discriminación entre ciudadanos de la UE, se fundamenta jurídicamente en los artículos expuestos anteriormente de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el resto del Derecho originario.

Continúa argumentando el tribunal refiriéndose a la libertad condicional: “En consecuencia, el penado recupera una situación de libertad con plena posesión de sus derechos, incluyendo entre ellos el de libre desplazamiento, derecho que para los españoles se recoge en el artículo 19 de la Constitución Española, y con el cual están equiparados los europeos por el principio comunitario de libre circulación, eso sí, con las limitaciones que puedan imponerse al amparo de los artículos anteriores.” Estos artículos son el 90.2, el 83.1 y el 96.3 del CP, que establecen las reglas de conducta o medidas que pueden imponer los Jueces de Vigilancia, cuando aprueben una libertad condicional. En el auto, se destaca que “Por tanto, salvo que se le imponga al penado determinadas prohibiciones, tales como la obligación de residir en un lugar determinado, la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o la prohibición de acudir a determinados lugares o territorios; ningún impedimento existe para que se ausente del territorio español y circule libremente por el territorio comunitario.”

Las objeciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuanto a las deficiencias del control en caso de aprobar el cumplimiento de la libertad condicional en Holanda, la Audiencia resuelve finalmente recordando el Convenio de Traslado de Personas Condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, el Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas, hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987, el Convenio de Asistencia Penal Judicial en materia Penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000, el Convenio Europeo sobre asistencia judicial en materia penal de 20 de abril de 1959 y el Protocolo Adicional al Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial en materia Penal de 17 de marzo de 1978. A estos acuerdos internacionales, se la han de añadir actualmente, las normas aprobadas por las Instituciones de la UE, en la mayoría en forma de Decisiones Marco, en desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y, en concreto, la cooperación judicial penal.

En base a lo anterior, la Audiencia Provincial de Burgos, dispone: “En consecuencia, procede a REVOCAR la referida resolución en todos sus pronunciamientos, ACORDANDO conceder el beneficio de la libertad condicional al penado así como autorizar que el cumplimiento de la misma se lleve a cabo en su país de residencia (Holanda), con la condición de no delinquir durante el tiempo que dure la misma, así como el cumplimiento de la medida prevista en el artículo 96.3 del Código Penal, a cuyos fines deberá señalar su lugar de residencia habitual quedando fijado en ese lugar su obligación de residir. A tal fin la Autoridad judicial encargada de velar por dicho cumplimiento podrá utilizar los instrumentos internacionales de cooperación judicial que resulten oportunos.”

Marcos Baras González

## CAPÍTULO 2.

### LA INFLUENCIA DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO

La razón de ser de la protección de las personas privadas de libertad está en la condición de personas de los internos en centros penitenciarios. Este estatuto no se pierde por el hecho de haber sido objeto de una sanción penal, sea o no privativa de libertad, por la comisión de un hecho delictivo<sup>170</sup>. O como dice el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, la actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena. La cárcel ha de ser el *reino del Derecho*, donde el Estado de Derecho se muestra más evidente, ya que el Estado ejerce en los centros penitenciarios un poder casi absoluto. Pero aún hoy es en ocasiones el reino de la discrecionalidad, ya que el reconocimiento formal de los derechos de los internos no ha transformado de forma radical la sustancia de la vida de estos en el interior de las prisiones<sup>171</sup>. Comenzamos el epígrafe con estas reflexiones con el objeto de llamar la atención de la necesidad de determinar la medida en que nuevos instrumentos jurídicos como la Carta de Derechos Fundamentales<sup>172</sup> de la Unión Europea, que ahora analizamos, pueden ser aplicables al nuevo ámbito penitenciario que se está creando en la Unión Europea, el *Espacio Penitenciario*

---

<sup>170</sup> ASTROZA SUÁREZ, P. Y RUDNICH VIZCARRA, C.; “Protección internacional de los derechos humanos de los reclusos”, en D. CESANO y REVIRIEGO PICÓN, F., *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de F. Buenos Aires- Montevideo, 2010, pág. 7.

<sup>171</sup> SANTORO, E.: “Prólogo. ¿Hombres o detenidos? El Estado de Derecho más allá de los muros de la cárcel”, en D. CESANO y REVIRIEGO PICÓN, F., *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de F. Buenos Aires- Montevideo, 2010, págs. XXI a XXIII.

<sup>172</sup> Los *derechos humanos* y los *derechos fundamentales*, se conciben en ocasiones como sinónimos, no obstante, tienen ciertas diferencias. Los derechos fundamentales son los derechos positivados a nivel interno; mientras que los derechos humanos, son los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales y las exigencias básicas relacionadas con la dignidad, la libertad y la igualdad que no tienen aún un estatuto jurídico positivo. A la vez las *libertades públicas*, están formadas por los derechos tradicionales de signo individual que garantizan la autonomía subjetiva. PÉREZ LUÑO, A. E. “*Los Derechos Fundamentales*.” Colección Temas Claves de la Constitución Española. Tecnos. 9ª edición. Madrid, 2007, págs. 44 y 51.

*Europeo*. Analizaremos cómo el texto es de aplicación limitada en relación a la ejecución penal y penitenciaria, materias en las que la Unión está adquiriendo competencias de gran impacto en el patrimonio jurídico de las personas.

Como es bien sabido, en el inicio de las Comunidades Europeas, es decir, tras la II Guerra Mundial, años cincuenta del siglo pasado, el objetivo prioritario de esta no era la defensa de los derechos fundamentales. Quizá en la mente de los redactores de los Tratados constitutivos y de los primeros Estados miembros, estaba el dejar la tarea específica de la lucha por estos derechos, que tan brutalmente habían sido violados por los regímenes totalitarios y por todos los países participantes en la contienda mundial, a otras organizaciones internacionales como el Consejo de Europa, y más específicamente dentro de este y en aplicación y desarrollo del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y sus Protocolos<sup>173</sup>, a la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el proceso global de integración europeo se quería orientar a las Comunidades Europeas en el ámbito económico, dejando otras materias como la política o los derechos fundamentales, a otras organizaciones o movimientos políticos también europeístas. No obstante esto, con la evolución de las tres Comunidades, especialmente, con la Comunidad Económica Europea<sup>174</sup>, que tenía un sentido más generalista que la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>175</sup> y la Comunidad Europea de la Energía Atómica<sup>176</sup>, pronto se vio la necesidad de incidir tanto en la producción normativa, como en el actuar, en la defensa de los derechos fundamentales<sup>177</sup>. No era razonable que en una organización internacional en la que todos sus miembros son Estados democráticos y que han contraído obligaciones, mediante Tratados internacionales en defensa de los derechos humanos, no tuvieran éstos un papel muy destacado y fuera objeto principal de su actividad.

En base a este necesario y justo interés, y gracias, principalmente, a la toma de conciencia del entonces Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea<sup>178</sup>, desde mediados de los años setenta (caso Nold<sup>179</sup>), se fue creando una protección jurisdiccional de los

---

<sup>173</sup> Con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1953. El Convenio fue ratificado por España el 29 de septiembre de 1979, entrando en vigor en nuestro país el 4 de octubre de 1979. Además del texto original hemos de hacer referencia a 14 protocolos. Vid. BOE de 6 de mayo y 12 de junio de 1999.

<sup>174</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) firmado en Roma el 25.3.1957, con entrada en vigor el 1.1.1958.

<sup>175</sup> Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), firmado en París el 18.4.1951, con entrada en vigor el 24.7.1952 y que expiró el 23.7.2002.

<sup>176</sup> Tratado Euratom, firmado en Roma el 25.3.1957, con entrada en vigor el 1.1.1958.

<sup>177</sup> No obstante, en los Tratados fundacionales encontramos ciertas referencias a los derechos fundamentales, como la igualdad de retribución salarial entre hombres y mujeres (art. 119 TCEE). Este precepto sirvió al TJCE para aplicar el principio de igualdad más allá del caso concreto de del respeto a la competencia leal entre empresas. MANGAS MARTÍN, A. (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Fundación BBVA, 2008. Primera edición, pág. 32.

Como ejemplo del mal enfoque inicial de las Instituciones europeas respecto a la protección de los derechos fundamentales podemos citar las sentencias del TJCE de 4 de febrero de 1959, *Stork c. Haute Autorité*, Rec. 1958-59 y sentencia de 15 de julio de 1960, *Comptoirs de vente du Charbon de la Ruhr c. Haute Autorité*.

<sup>178</sup> Para FIGUERUELO BURRUEZA, A.: “Proceso penal europeo y garantías jurisdiccionales”, en BUJOSA BADELL, J. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares. Granada, 2008, pág. 90, todo sistema jurídico-constitucional tiene entre sus objetivos la garantía de los derechos fundamentales con el fin de garantizar la igualdad y la libertad de las personas. Por ello indica que: “En el origen del constitucionalismo clásico están las Declaraciones de Derechos y la Unión Europea en su intento de avanzar en la unión política se dio en 2004 un Tratado Constitucional que incluyó la Carta de Derechos...”.

<sup>179</sup> Sentencia del TJCE de 14 de mayo de 1974, *Nold c. Comisión*, 4-73.

derechos humanos en la Comunidad. Se ha calificado esta inicial protección, tomando como referencia la Roma clásica, de **sistema pretoriano de protección de los derechos fundamentales**. De esta forma ya no se dejaría sólo a los Estados miembros y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos la labor de protección de los derechos fundamentales, sino que también la Comunidad pasaba a ser, como habían objetado los Tribunales constitucionales alemán e italiano, un referente importante para estos derechos. De este modo, aún sin una norma positiva propia de la Comunidad, desde los años setenta, sus Instituciones y organismos, se han visto vinculadas por los derechos fundamentales y exigidos estos por el Tribunal de Justicia, bajo la amenaza de la nulidad radical y de pleno Derecho. Para ello, se han tomado como referencia, las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y los sistemas internacionales de protección a los que pertenecen los países europeos<sup>180</sup>. Estimamos que con el estado actual del ordenamiento de la UE, el Tribunal de Justicia ha desarrollado y hará una tarea de protección de los derechos fundamentales capital en la Unión. Podemos citar materias en las que el Tribunal de Justicia ha tenido pronunciamientos relativos a los derechos fundamentales, tales como: la no discriminación por la nacionalidad entre ciudadanos miembros de la UE; la libertad religiosa, la dignidad humana; la igualdad entre hombres y mujeres; libertad de expresión; tutela judicial efectiva; vida privada, familiar y reagrupación familiar; inviolabilidad del domicilio y derecho de propiedad; secreto médico; derechos fundamentales en el ámbito social y del Derecho laboral, etc.

En los años noventa, se fueron introduciendo en los Tratados referencias a los derechos fundamentales, que establecían a estos como principios comunes de la UE y de los países miembros. Así, encontramos, el Tratado de Maastricht y el de Ámsterdam, artículo 6 del TUE. Además se constituyó el respeto a los derechos fundamentales, como condición obligatoria para el ingreso y permanencia de los Estados en la UE<sup>181</sup>. Estas reformas no se consideraron suficientes, demandándose una relación de derechos que se debían incluir en los Tratados y la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>182</sup>. El sistema se ha ido perfeccionando con la evolución de los Tratados, pero la asignatura pendiente eran los derechos fundamentales, una Carta de Derechos y un sistema de protección, para poder calificar al Derecho Originario europeo de Constitución material.

Un paso decisivo en el sentido que apuntamos se ha dado con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, superando el fracasado proceso de ratificación del Tratado

---

<sup>180</sup> Tanto las Constituciones de los Estados miembros, como los instrumentos internacionales de protección de los derechos fundamentales configuran sistemas de garantías de derechos muy complejos. Por este motivo los artículos 51 a 54 de la Carta establecen el acoplamiento de sus normas en los sistemas de protección vigentes en Europa. Vid. FIGUERUELO BURRUEZA, A., op. cit., pág. 91; RUBIO LLORENTE, F.: "Mostrar los derechos sin destruir Europa", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 64, 2002.

<sup>181</sup> Desde el inicio del proceso de integración, los Tratados constitutivos, son un ejemplo de precisión e ingenio político, así: "la paridad institucional, el sistema de contrapesos, la iniciativa exclusiva en manos de una institución independiente, la moción de censura sobre la Comisión, la confluencia de varias instituciones en el poder ejecutivo y legislativo, el diálogo y más tarde el *triálogo* entre Instituciones, un órgano judicial, etc. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., pág. 56.

<sup>182</sup> Vid. *Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2010, sobre los aspectos institucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales* (2009/2241(INI). DOUE (2001/C 161 E/12), en la que el PE destaca que, partiendo de las sentencias del TJUE *Internationale Handelsgesellschaft de 17 de diciembre de 1970* y *Nold, de 14 de mayo de 1974*, los derechos fundamentales son parte de los principios generales del Derecho garantizados por este Tribunal.

“constitucional”, otorgando el mismo valor jurídico a la Carta que a los Tratados<sup>183</sup> y haciendo obligatoria la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>184</sup>. Con el aumento de competencias de materias propias del ELSJ que se produce con el Tratado de Lisboa, y en lo que a nosotros nos interesa en el *Espacio Penitenciario Europeo*, tiene que hacerse una imbricación de instrumentos procesales y penales para el castigo de las actividades criminales y el cumplimiento de las condenas especialmente las privativas de libertad. Pero esta nueva realidad en la UE generará conflictos que habrán de resolverse sin el menoscabo de los derechos fundamentales con la excusa de la seguridad pública. De esta manera ya que según el art. 82.1 del TFUE la cooperación judicial penal, en la que se incluye el *Espacio Penitenciario Europeo*, se basa en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y ya que las legislaciones de los Estados miembros de la Unión no son uniformes ni lo van a ser a corto plazo, este reconocimiento mutuo se tendrá que basar en la confianza para lo que de forma obligada los derechos fundamentales en el ELSJ tienen que estar protegidos de forma análoga en todos los Estados<sup>185</sup>.

Como es notorio la actual Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue firmada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, por los presidentes de las tres principales Instituciones de la Unión: el presidente del Parlamento Europeo, el de la Comisión y el del Consejo. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, se gesta, tras el Consejo Europeo de Tampere de 1999, mediante un innovador instrumento, la Convención, diferente de las tradicionales Conferencias Intergubernamentales. Se trataba de establecer el capital de derechos y valores de Europa, con el objeto de servir de guía a las futuras normas y políticas en la Unión Europea<sup>186</sup>. El texto es fácil de entender para cualquier persona con un mínimo de formación, incluso lega en Derecho. Para los operadores jurídicos las “Explicaciones” que se incluyen en el texto, no comprensibles a no expertos en Derecho, aportan un mayor material interpretativo<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> Art. 6.1 TUE “ La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. [...], por tanto valor obligatorio.

<sup>184</sup> Así el art. 6.2 TUE prescribe que la UE se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Con esta adhesión se garantiza el control judicial externo del respeto a los derechos fundamentales en aplicación del Derecho de la UE.

<sup>185</sup> Según el informe “sobre el funcionamiento práctico de la metodología para un control sistemático y riguroso del respeto de la Carta de los Derechos Fundamentales” (COM 2009/2005 final), de 29 de abril de 2009, advierte de que “es la creciente importancia, en términos de actividad legislativa, del área de justicia, libertad y seguridad lo que, inevitablemente, ha focalizado la atención en el hecho de que la Comunidad y la Unión tocan cada vez más ámbitos que afectan de forma muy directa a temas de derechos fundamentales.”

<sup>186</sup> En el momento en que dejan de promoverse los derechos, empiezan a debilitarse. El cumplimiento y el perfeccionamiento de los sistemas de garantías de derechos, depende del compromiso diario de los poderes públicos y los ciudadanos. Hay que estar atentos a “los nuevos desafíos que plantea el desarrollo social, económico y tecnológico”. Vid. GOBIERNO DE ESPAÑA. *Plan de Derechos Humanos*. Aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008. [en línea]. Disponible en Web: <http://www.maec.es/es/MenuPpal/Asuntos/DerechosHumanos/Documents/PLAN%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20Gobierno%20de%20España%2012XII08.pdf>. Pág. 5

<sup>187</sup> La Carta es sólo en apariencia un texto sencillo, pero que en realidad es el fruto de una construcción jurídica y jurisprudencial enorme, lo suficientemente precisa y rigurosa como para colmar las exigencias de los que demandaban un texto que garantizara de forma definitiva los derechos humanos en la Unión Europea. La Carta no es simplemente una relación de derechos que ampara a los ciudadanos de la Unión, sino que en muchos casos, algo loable con el objeto de hacer extensible el espacio de libertades que pretendemos construir en Europa, se protege a todo ciudadano, aunque no sea nacional de un Estado miembro, sea residente legal o ilegal, que se encuentre en algún Estado miembro o bajo los efectos de la aplicación del Derecho de la Unión Europea, como ocurre en el caso de la reagrupación familiar. *Continúa*

Al fracasar la reforma de los Tratados y tener que dejar a un lado el deseo de aprobar un texto con el nombre de constitucional, aunque realmente estuviera lejos de ser una Constitución, se convoca por el Consejo Europeo de Bruselas de 2006, una Conferencia Intergubernamental para la confección de un Tratado de reforma. Hemos de destacar que desgraciadamente con esta CIG no se repite la fórmula, a nuestro entender más transparente, de la Convención, sino que, quizá por razones de premura histórica y por no caer en un nuevo fracaso se retorna al modelo clásico de las Conferencias. Pues bien, como no podía ser de otra manera, en la Conferencia, se hace referencia a la situación de la Carta. Se decide que la Carta no va a ser incluida, propiamente, en el Tratado, pero que ha de tener el mismo valor jurídico que el nuevo Tratado. A la vez, se señala que deben hacerse ciertas modificaciones en el capital artículo 6 del Tratado de la UE.

Finalmente el artículo 6 del TUE, versión de Tratado de Lisboa queda de la siguiente manera<sup>188</sup>:

- “1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enumerados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, principios y libertades enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo previamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.”

---

Pero hemos de dejar claro que en materia de derechos fundamentales en la UE, no sólo se debe acudir a la Carta de Niza y sus “Explicaciones”, en segunda redacción del Tratado de Lisboa, sino que hemos de atender a las Constituciones de los Estados miembros, los textos internacionales de protección de los derechos humanos, ratificados por los Estados miembros y los que pueda ratificar la UE, al tener personalidad jurídica internacional, a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, además de a la evolución y aprobación de nuevos derechos que se puedan calificar de fundamentales o humanos. La redacción de la Carta, que se califica de “revelación de derechos existentes” y a la que sólo se le puede objetar la no aplicación en el Reino Unido y Polonia, se puede calificar de aparente sencillez, con el objeto de hacerla comprensible a todos los ciudadanos. Se hace una ampliación del contenido en las “Explicaciones”. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 69 y 70.

<sup>188</sup> Por su importancia reproducimos de forma completa este precepto.

De esta forma, excepto para Polonia y el Reino Unido, siempre que se aplica el Derecho de la Unión<sup>189</sup>, se tendrá que hacer teniendo como guía la Carta de Derechos Fundamentales<sup>190</sup>. Pero como indicábamos, el segundo gran avance del Tratado de Lisboa en relación a los derechos fundamentales, están en la adhesión al CEDH, con el objeto de garantizar un control judicial externo de estos derechos. Para cumplir esta obligación, se dan directrices en el Protocolo 25 y en la Declaración número 2 del Tratado de Lisboa<sup>191</sup>. Con respecto al valor jurídico de la Carta es importante indicar, como ya se ha destacado, que fue declarada en dos ocasiones: en Niza, en el año 2000 y en Estrasburgo en 2007. Uno y otro texto son prácticamente idénticos, la única diferencia, de enorme importancia, es el valor vinculante desde el punto de vista jurídico, que ya tiene el texto desde el 1 de diciembre de 2009, fecha en que entra en vigor el Tratado de Lisboa.

Valorando el **Preámbulo**, podemos decir que efectivamente forma parte de la Carta y que es una guía para interpretar y aplicar el resto de los preceptos de la misma. Es decir, nos señala los objetivos perseguidos por los “legisladores” europeos con esta relación de derechos. El Preámbulo, perteneciendo al Tratado, debe ser utilizado para interpretar la Carta, conociendo sus objetivos y sus fines. A la vez tiene una función axiológica, que condiciona toda la Carta y el proceso de integración en Europa. Se positivizan derechos subjetivos y principios programáticos, que necesitarán de desarro-

---

<sup>189</sup> La acomodación de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros, como Principios Generales del Derecho de la Unión, es una idea que se mantiene vigente (artículo 6 del TUE, redacción vigente del Tratado de Lisboa), no obstante la Carta tipifique los derechos o nos reenvía, en las explicaciones, a otros textos legales. Así, puntualiza: “El respeto a los derechos y libertades fundamentales como principio general del Derecho no tiene concreción, es indeterminado, por lo que permite una amplia apertura y utilización en vía judicial para inspirar su acción de control o freno al poder normativo sin poder derivar de esa identificación entre Derecho y principios Generales el apoderamiento de competencias.” Con esta interpretación, además de dar un impulso a la legitimidad del proceso de integración europeo, se salvan las objeciones puestas por los Tribunales Constitucionales alemanes e italiano, con respecto a la primacía de un Derecho, el de la Comunidad Europea, sobre su Derecho nacional, cuando no hay salvaguarda de los derechos fundamentales. De esta manera la validez de las disposiciones y actos de la Comunidad sólo será examinada con las normas comunitarias, que siempre, en cuanto principio general de su Derecho, respetará los derechos fundamentales de las constituciones de los Estados miembros y sus tradiciones constitucionales. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 35 y 37.

<sup>190</sup> Creemos que el hecho de incluir una lista de Derechos Fundamentales en el Tratado, aunque sea dando un rodeo, es decir, en un documento anexo, hace el Tratado de Lisboa, si no es un texto jurídico que podamos calificar de constitucional, es algo muy parecido. Incluso hay quien califica a los Tratados de la UE, como Constitución material.

El principal óbice que entendemos, podemos achacar a este elenco de derechos capitales, es el no haber tenido desde un inicio el máximo valor jurídico en el ordenamiento jurídico europeo. No obstante, hasta el año 2009, no podemos decir que la Carta no tuviera un protagonismo muy destacado en el Derecho positivo en la UE, y que ha sido en muchas veces tomada como referencia en las resoluciones de los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.

<sup>191</sup> Vid. asimismo el Protocolo 8 del Tratado de Lisboa, sobre la aplicación del apartado 2 del artículo 6 del TUE relativo a la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Esta modificación en los Tratados era necesaria ya que el Tribunal de Justicia de CE al ser preguntado sobre la posibilidad de esta adhesión había indicado en forma de Dictamen, el número 2 de 1996, que en el estado del entonces Derecho Comunitario, ésta no era posible al no tener la Comunidad competencia general referente a los Derechos Humanos. Por ello, para ratificar el CEDH, sería necesaria una reforma de los Tratados. Esta innovación ha llegado felizmente en el 2009, con el Tratado de Lisboa. La adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos no es una facultad habilitada por el artículo 6 del TUE del Tratado de Lisboa, sino que es una obligación, se indica en el texto “se adherirá al Convenio”. Es un mandato, una obligación del Tratado a las instituciones de la Unión. Con la adhesión al Convenio, nos garantizamos un control externo de las actuaciones de la Unión. Es una garantía más, muy destacada y cualificada, para la protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos en Europa.

llo, sin perjuicio de su valor interpretativo, para la concreción de su aplicación. El TJCE, en sentencia de 27 de junio de 2006 (c-540/03), indica SOBRINO HEREDIA, ha utilizado el Preámbulo como término interpretativo de la propia Carta. El segundo párrafo del Preámbulo, estimamos el más destacado para el trabajo que estamos realizando, ya que es donde se hace referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Creemos muy acertado el establecer a la persona humana en el centro de la actuación de la Unión. Es una prescripción que debe ser tenida en cuenta en todas y cada una de las actuaciones que tengan las Instituciones europeas y los Estados miembros. También se alude a la ciudadanía europea. De este modo, ciertos derechos positivados en la Carta, los menos, sólo son válidos para los ciudadanos de los Estados miembros. Destaca, asimismo, que en el Preámbulo se hable de respeto a la identidad de los Estados miembros, sus entes regionales y locales.

Con la proclamación de la Carta en Niza en el año 2000, y ya con ciertas modificaciones realizadas en el Derecho originario, observamos como determinados derechos o libertades económicas, sufren una mutación y se convierten en derechos fundamentales por la Carta. En el apartado cuarto, vemos como en la cabeza de los redactores del texto, está el que los derechos fundamentales, recogidos en la Carta, no queden congelados por ésta. Todo el ordenamiento jurídico y más aún los derechos fundamentales, por su importancia para la persona, deben ser dinámico y responder en cada momento histórico a la realidad de la sociedad europea y a los cambios que experimente: esta es una labor, pensamos, del legislador con las reformas positiva que sean procedentes y de la jurisprudencia. El Preámbulo también nos indica, como lo hace el artículo 54 del texto, la interdicción del abuso del derecho fundamental; que aún siendo derechos capitales para la persona humana, en la mayoría de los casos no son derechos absolutos. Así se indica: “responsabilidades tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las generaciones futuras.”

Para desentrañar el **ámbito de aplicación** de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea hay que partir del artículo 51. Así por lo indicado en este precepto la Carta es de aplicación a las Instituciones y organismos de la UE, además de a los Estados miembros en aplicación del Derecho de la Unión, incluidas sus excepciones o derogaciones. En este ámbito, naturalmente, está incluido el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en donde es tan sensible la aplicación de los derechos fundamentales. Este precepto supone positivar la consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, sobre estos derechos en la UE. Hemos de ser conscientes de que las competencias del Tribunal de Justicia en esta materia, es más amplia que la que tienen el resto de la Instituciones de la Unión en cuanto a la aprobación de normas. Esto es así ya que aunque las Instituciones no pueden regular materias que competan a los Estados, pero el Tribunal, sí puede controlar la actuación de los Estados en aplicación del Derecho de la Unión<sup>192</sup>. Este artículo 51 está acorde con el sistema de reparto de competencias entre

---

<sup>192</sup> Para PÉREZ LUÑO, los derechos fundamentales en España son un sistema de valores dotados de una unidad de sentido, representando la máxima expresión “del orden axiológico de nuestra sociedad y de la comunidad internacional a la que pertenecemos. Esta unidad de sentido, explica la grave afirmación constitucional de la dignidad humana en el pórtico del Título I de la Constitución Española. Esta unidad de sentido se repite con la obligación de interpretar los derechos y libertades constitucionales, conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU y los Tratados y acuerdos internacionales suscritos por España relacionados con los derechos fundamentales, entre los que sin duda, entiendo que se incluye la CDFUE. *Continúa*

la Unión y sus Estados miembros. Pero al ser la Carta un instrumento internacional de derechos humanos, no obstante, la delimitación de competencias que rige la UE, será aplicable y podrá ser utilizado por los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales con independencia del ámbito en que se aplique.

El precepto que analizamos de la Carta no entra en contradicción con el artículo 10.2 de la Constitución Española, ya que este precioso artículo hace posible que Tratados y Convenios internacionales tengan en España una especial fuerza de obligar y, de la misma manera, informen todo nuestro ordenamiento jurídico. La Carta tiene que obligatoriamente respetar el reparto de competencias entre la Unión y los Estados que la componen y los principios que regulan ésta. Pero, a la vez, la Carta no puede impedir que se aplique, en base al Derecho interno de los Estados miembros, en materias en las que no es competente la Unión actualmente. A nuestro juicio es muy importante, en el caso de España, por su utilidad a los ciudadanos, destacar esta posibilidad de invocar los derechos de la Carta ante todas las instancias judiciales, administrativa y privadas y cualquiera que sea el ámbito del Derecho en el que nos encontremos. En palabras del Tribunal Constitucional español<sup>193</sup>, la Carta tiene un doble valor en España, como Derecho de la Unión, en concreto un Tratado internacional, el Tratado de Lisboa, y como pauta interpretativa por el artículo 10.2 de la Constitución. Para el Tribunal Constitucional no existe duda de la fuerza de obligar de la Carta en materias que no son competencia de la UE, por la habilitación que hace el artículo 10.2 de la Constitución<sup>194</sup>. El art. 10.2 CE, no es sólo un precepto dirigido al supremo interprete de la Constitución, sino a todas las instituciones del Estado, ya pertenezcan al Poder Legislativo, al Ejecutivo o al Judicial, e incluso a los particulares. A la vez, posibilita la incorporación de nuevos derechos según la evolución de la sociedad. También es un parámetro para interpretar las restricciones o suspensiones de derechos fundamentales que la misma Constitución Española habilita.

---

Este autor, refiriéndose al contenido esencial de los derechos fundamentales de la Constitución Española, a la necesidad de delimitarlo, destaca que al planteamiento institucional, puede aportar la teoría iusnaturalista crítica, el deber de aumentar los antecedentes de datos relevantes para establecer ese contenido esencial, llamando a la consciencia histórica de toda la humanidad en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales. Este deber está en la Constitución Española de 1978, en el art. 10.2, que da al intérprete “parámetros adicionales” (tratados y convenios internacionales ratificados por España sobre derechos fundamentales) para fijar el contenido esencial de los mismos. PÉREZ LUÑO, A. E. “*Los Derechos Fundamentales*.” Colección Temas Claves de la Constitución Española. Tecnos. 9ª edición. Madrid, 2007, págs. 79 y 134.

<sup>193</sup> Declaración de 13 de diciembre de 2004, BOE de 4 de enero de 2005.

<sup>194</sup> También en relación al art. 10.2 CE puede consultarse STC (Pleno), sentencia núm. 245/1991 de 16 diciembre 1991. RTC 1991\245; ATC (Sala Segunda), auto núm. 353/1988 de 16 marzo 1988. RTC 1988\353 y STC (Pleno), sentencia núm. 37/1988 de 3 marzo 1988. RTC 1988\37.

En ocasiones los Tribunales españoles interpretan de modo poco exacto los arts. 10.2 y 96 de la CE, el doble efecto de los Tratados internacionales referentes a derechos fundamentales. Así, en ciertas resoluciones han entendido que el art. 10.2, sólo es aplicable cuando se cumplen las prescripciones del art. 96, cuando no es esa la interpretación válida de la interacción de los dos preceptos. Como ejemplo puede citarse la STC n° 38, de 23 de noviembre de 1981 (BOE núm. 305, de 2 de diciembre de 1981), en la que se indica que: “[...]Las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo si bien, como es obvio, distintas de los convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios, carácter con el que se invocan aquí las recomendaciones a las que hemos hecho referencia [...]”. Por ello, el Jurista ha de tener una formación interdisciplinar, ya que el art. 10.2 CE, exige tener un buen conocimiento del Derecho Internacional y sus repercusiones internas en España. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española*. Biblioteca de Jurisprudencia Civitas. Editorial Aranzadi, septiembre de 2006, págs. 1, 2, 3, 8, 14 y 15.

Nuestro Tribunal Constitucional es consciente de los eventuales problemas que pueden darse de la “coexistencia de tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio Europeo y Carta), que necesariamente determinará un proceso de influencias mutuas no exento de dificultades<sup>195</sup>.” La Carta no es en ningún caso una alteración de las competencias entre la Unión y los Estados. De ser ampliadas las competencias de la Unión por reforma del Tratado vigente de Lisboa o por aplicación de los principios que regulan las competencias, en ningún caso sería necesaria una reforma de la Carta, para que ésta fuera aplicable a las nuevas competencias. En base a un deseo de hacer una regulación integral de los derechos fundamentales de la persona y el principio de universalismo, la Carta establece éstos independientemente del marco de competencias actualmente vigente en la UE<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> Continúa diciendo el Tribunal Constitucional en su Declaración de 13 de diciembre de 2004 (BOE de 4 de enero de 2005): “Los problemas de articulación entre regímenes de garantías son característicos de nuestro sistema de derechos fundamentales, correspondiendo a este Tribunal Constitucional la función de precisar el concreto contenido de los derechos y libertades asegurados por el poder público español a partir de la concurrencia, en su definición, de normas internacionales y normas estrictamente internas, dotadas las primeras de instancias propias de protección y, por tanto, de definición autorizada de su contenido y alcance. Los concretos problemas de articulación que pudieran suscitarse con la integración del Tratado no pueden ser objeto de un pronunciamiento anticipado y abstracto. [...] El valor interpretativo que, con este alcance, tendría la Carta en materia de derechos fundamentales no causaría en nuestro Ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, sencillamente porque tanto nuestra propia doctrina constitucional (sobre la base del artículo 10.2 CE) como el mismo artículo II-112 (como muestran las “explicaciones” que, como vía interpretativa se incorporan al Tratado a través del párrafo 7 del mismo artículo) operan como un juego de referencias al Convenio europeo que terminan por erigir a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo. Más aún cuando el artículo I-9.2 determina en términos imperativos que “la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.” (Al ser la Declaración referente a la Constitución Europea, la numeración de artículos es diferente a la de la redacción actual de la Carta, aunque *mutatis mutandis*, lo dicho por el Tribunal Constitucional es válido en la actualidad).

En un recurso de amparo ante el TC la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es perfectamente invocable como fundamento jurídico como Derecho obligatorio y vinculante a este Tribunal, teniendo con ello presente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es decir, los ciudadanos, al menos en España ex art. 10.2 de la Constitución, podrá apelar a los derechos de la Carta independientemente de que sea de aplicación o no el Derecho de la UE. Este efecto del art. 10.2 CE no se deriva del Derecho de la Unión Europea, sino de forma expresa de la Constitución española: “lo que no se podrá decir, por absurdo, es que la Carta prohíba aplicarla en ámbitos de competencia soberana”. En las propias sentencias del Tribunal Constitucional 292/2000 de 20 de noviembre de 200 y la 290/2000, antes incluso, de la incorporación a la Carta a los Tratados, el Tribunal no deja lugar a duda sobre la interdicción de la interpretación restrictiva en la materia. Se entiende que un órgano judicial ante el que se alegue la Carta no podrá rechazar su aplicación aunque sean materias no relacionadas con el Derecho de la UE: “Al fin y al cabo, los derechos fundamentales se identifican en la sociedad contemporánea y en la aplicación judicial en todo Occidente con los principios generales de Derecho”. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 813 a 816.

<sup>196</sup> La Carta no da fundamento legal para que la UE pueda legislar en ámbitos de competencias que, en base al principio de atribución, no le hubiera sido otorgado por los Tratados. Tampoco tiene una competencia general en materia de derechos fundamentales. Se regulan en la Carta derechos que afectan a materias que no son competencias de la UE, pero los redactores, teniendo presente el “principio de indivisibilidad de los derechos”, incluyeron en la misma derechos como la libertad, la igualdad, garantías procesales y derechos civiles y políticos del CEDH y de las Constituciones de los Estados miembros; derechos de la ciudadanía de la Unión y derechos económicos y sociales. Pero para SOLARES CORELLA, A., en A. M. MARCOS DEL CANO y otros. *Inmigración, multiculturalismo y Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch. UNED. Valencia, 2009, pág. 313, las exclusiones que se generan de la ciudadanía europea, son tan automáticas como las que se han producido tradicionalmente en el seno del Estado-nación.

Es una regulación completa de derechos fundamentales sin estar condicionada por las competencias actuales de la UE, ni las que pudiera o no atribuírsele. Por ello, aunque en la Carta se incluyan materias en las que la UE no puede hacer ningún tipo de desarrollo normativo, v.gr. derechos del proceso penal o el no sometimiento a tortura o penas inhumanas, no significa que la Unión adquiera esa competencia, ni que esté habilitada para legislar (vid. sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, asunto *Grant* de 17 de febrero de 1998, C-249/96, en la que en base a los principios de atribución de competencias y de subsidiariedad el Tribunal limitan incluso en materias de derechos fundamentales las competencias de la UE a las que efectivamente le han otorgado los Tratados). *Continúa*

Estimamos que junto a esta aparente poca importancia que puede tener la Carta, ya que al fin y al cabo, es una síntesis o resumen de un conjunto de textos internacionales, constitucionales, jurisprudencia consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de Tribunales Constitucionales europeos, el existir un documento de referencia para todos los ciudadanos europeos, con el mismo valor jurídico si se encuentra en su país, o en otro Estado de la UE, que sea vinculante, con la misma fuerza de los Tratados, va a aumentar la seguridad jurídica y clarificar los derechos de los ciudadanos europeos y no europeos que se encuentren en la Unión<sup>197</sup>.

En el art. 52 referente a la validez e interpretación de la Carta, en su primer apartado se indica que los derechos aún siendo fundamentales no son absolutos, sino que tienen límites. Son pocos los derechos que no tienen alguna limitación, incluso en materia de derechos fundamentales. En ningún caso el Legislativo, en el desarrollo que haga de los derechos fundamentales, puede desnaturalizarlos, vaciándolos de contenido, deberá conservar y mantener su contenido esencial. Si el legislador procede de la UE, además del contenidos esencial, ha de tener presente en su regulación los principios que rigen el Derecho de la UE. No obstante, la Carta no incluir la posibilidad de suspender derechos y libertades, los Estados, al ser su existencia una cuestión *prejurídica*, pueden suspender, de acuerdo con su Derecho interno, en determinadas circunstancias y con determinadas condiciones ciertos derechos y libertades regulados en la propia Carta.

En el tercer punto del artículo 52, se quiere dejar claro que no es que existan varias posiciones a la hora de interpretar los derechos fundamentales, sino varios textos y Tribunales a los que se les encomienda la tarea de interpretar y aplicar estos derechos. No obstante, las posibles fricciones que se pudieran producir, se deberá solucionar caso por caso. En el supuesto de que los derechos reconocidos en la Carta, lo fueran igualmente en el Convenio Europeo de derechos Humanos, la interpretación que se haga estará condicionada por este, los Protocolos de desarrollo y la jurisprudencia del

---

De esta manera, cuando la UE apruebe algún acto en materias que le han sido atribuidas siempre deberá hacerlo cumpliendo los derechos fundamentales. Pero en aplicación del art. 51.1, además del respeto a los derechos fundamentales, la Unión ha de promover su aplicación. MANGAS MARTÍN, A. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición, 2008. Fundación BBVA., págs. 820 a 825.

<sup>197</sup> Quizá la Carta acabe siendo, para el conjunto de los ciudadanos europeos, más conocida y documento de mayor referencia que el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos, que para los operadores jurídicos, especialmente los Tribunales supremos y constitucionales, es un documento de referencia indudable, pero poco popular para los no expertos en Derecho. Sin duda en España, el conjunto de la sociedad conoce la existencia de la Constitución española, pero no el CEDH de 1950. Al tratarse de derechos fundamentales, se debe hacer por parte de las Administraciones Públicas nacionales y europeas, una especial labor de divulgación. Es importante que una sociedad conozca sus derechos, pero aún más sea consciente, para poder defenderlos y ampararse en ellos, los derechos más básicos como son los derechos fundamentales. Por ello, creemos que la Carta de Derechos Fundamentales de la UE además de un valor técnico-jurídico, tiene una importancia social y de información de derechos de los ciudadanos europeos y, en general, de todos los seres humanos. En el caso concreto de ciudadanos de la Unión, internos en centros penitenciarios, independientemente del Estado en que se encuentren, por la existencia de la Carta, serán conocedores y conscientes de unos derechos de los que pueden valerse y que son inherentes a su persona. Supone un aumento de la protección jurídica de los ciudadanos de la Unión y un aumento de la seguridad jurídica.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española es una exigencia social inexcusable. De este modo, entiende que la inseguridad actual es debida a la legalización del Derecho. El Derecho de los países del “common law”, que emana singularmente de los principios generales, hay una mayor percepción de seguridad jurídica, aunque pudiera parecer lo contrario.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos; no pudiendo ser nunca inferior el nivel de protección en la Carta que en el Convenio<sup>198</sup>.

Además la Carta pretende una coexistencia entre los derechos proclamados en las Constituciones de los Estados miembros, informando estas a la primera. La Carta será positiva para la articulación de los ordenamientos de la UE y el constitucional de los Estados miembros en materia de garantías constitucionales<sup>199</sup>. El Juez nacional, como Juez europeo, ha de ponderar los intereses en conflicto, en caso de darse una eventual contradicción, que por definición, no será tal. El órgano judicial sopesará la respuesta jurídica que le proporcionan tanto las Constituciones de los Estados miembros como la Carta. De este modo el TJCE, en sentencia de 12 de junio de 2003, *E. Schmidberger, Internationales Transporte und Planzüge c. Austria*, C-112/00, hizo prevalecer el derecho constitucional de manifestación sobre el derecho fundamental a la libre circulación de personas. Estimamos que la contradicción es sólo aparente y que el órgano judicial en cuestión, sea el Juez nacional, sea el Tribunal Supremo, sea el Tribunal Constitucional de cualquier Estado miembro, sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debe desentrañar el derecho fundamental que debe prevalecer, ya que como decíamos antes, casi ningún derecho es de carácter absoluto. Nuestros derechos fundamentales, no pueden ser distintos, según se trate de una competencia nacional o una de la UE<sup>200</sup>.

<sup>198</sup> El nivel de protección que asegura la Carta no puede ser inferior al del Convenio; pero si la UE regula un derecho fundamental de tal forma que la protección sea superior a la dispensada por el Convenio, este no es un techo para la mejor y mayor protección. Pero se ha de destacar que los Estados miembros de la UE, todos ellos miembros del CEDH, no pueden no atender a sus obligaciones con respecto a los derechos fundamentales por la cesión del ejercicio de competencias a la UE (en sentido contrario vid. SSTEDH tales como: *Matheux c. Reino Unido* (GC) nº 24833, ECHR 1999-I; *Bosphorus Haya Yollari Turzim ve Ticaret Aonim Sirketti c. Irlanda-Bosphorus Airways*-, GC nº 45036/98, ECHR 2005). MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 838 y 839.

<sup>199</sup> Se tiene el propósito con este precepto de solucionar los problemas de encaje jurídico entre los derechos fundamentales incluidos en las Constituciones de los Estados miembros y los derechos de la Carta. En ningún caso se sustituye un texto legal por otro, sino que se complementan. Es necesario esta aclaración o norma de “convivencia” de los textos constitucionales y la Carta ya que con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta adquiere el mismo valor jurídico que los Tratados de la UE para los poderes públicos nacionales, incluido el Poder Judicial, cuando apliquen el Derecho de la Unión.

Esta es una interpretación que conecta directamente con la jurisprudencia que deriva del caso *Nold* de 1974, ya analizada, en la que se defiende que los “patrones jurídico constitucionales” de los Estados miembros son, a la vez, principios generales del Derecho de la UE. Incluso hemos de añadir que en la Unión los derechos fundamentales está condicionados no sólo por la Carta y las Constituciones de los Estados miembros, sino que igualmente por textos internacionales de derechos humanos e incluso por nuevos derechos de reconocimiento jurisprudencial en el caso de la evolución de la sociedad. Es lo que podemos llamar como “permeabilidad” de los derechos fundamentales. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 839 a 481.

<sup>200</sup> “Previsiblemente, los particulares van a invocar en los procesos ordinarios los derechos fundamentales protegidos por la Carta para pedir que se inapliquen, ya sean normas nacionales con fuerza de ley, ya sean normas comunitarias derivadas. En ambos casos, el Juez ordinario optará, según los casos, por resolver directamente el problema como hasta ahora lo ha hecho, inaplicando la ley interna cuando era incompatible con la norma comunitaria protectora de derechos y confirmando la validez de la norma comunitaria; o, en caso de duda sobre si la norma derivada viola o no derechos fundamentales-, planteando la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [...], sin que deba plantear la cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), cuyo presupuesto o condición es que la norma aplicable al caso sea un disposición con fuerza de legal y previsiblemente contraria a la Constitución” MANGAS MARTÍN, A., op. cit., pág. 842.

De esta manera como ha indicado nuestro Tribunal Constitucional en Declaración de 13 de diciembre de 2004 (BOE de 4 de enero de 2005), relativa al requerimiento del Gobierno a esta Tribunal sobre la compatibilidad del *no nato* Tratado Constitucional y la Constitución española, los problemas interpretativos que pueda generar la Carta no será superiores a las que surgieron con la ratificación por España del CEDH, ya que la jurisprudencia del TEDH está integrada en el Ordenamiento español *ex art.* 10.2 de la Constitución.

Lo escueto del texto en muchos artículos, no significa una deficiente regulación de los derechos fundamentales por los redactores, sino un ansia por la claridad, además de que el texto, tan importante para la ciudadanía de una sociedad democrática, esté disponible y sea accesible para todos, expertos o no en Derecho. Los derechos de la Carta, tienen “dos niveles de lectura”. Para una completa comprensión de lo dispuesto en la esta, hemos de tener presente las Explicaciones, que se incorporan al Tratado de Lisboa por Declaración anexa al mismo<sup>201</sup>.

**La interdicción de la *reformatio in peius*** del art. 53 de la Carta establece que tal y como se conciben actualmente el Derecho relativo a los derechos humanos, hay una situación particular de podemos calificar de “vasos comunicantes” en relación a los diferentes textos aplicables en la materia, sean Derecho interno de los Estados, sean normas o Tratados internacionales, o bien doctrina emanada de los Tribunales<sup>202</sup>. Los derechos humanos y los derechos fundamentales, por su importancia y particularidad, pretenden en su aplicación dar siempre la mayor protección posible al hombre. No obstante, el pasar a tener la Carta desde el 1 de enero de 2009, el mismo valor jurídico y, por tanto, fuerza de obligar que los Tratados, con toda seguridad, tanto para los Estados como para la propia UE, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia emanada del Tribunal, seguirá conservando su importancia. Esta situación aumentará, en el caso concreto de la UE, al adquirir ésta personalidad jurídica internacional, y adherirse al Convenio de Roma de 1950, en cumplimiento de prescrito en el artículo 6 TUE, en su versión de Lisboa. Para MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES este artículo 53, tiene la virtud de contentar a todos. Así los *procomunitarios*, ven en la Carta una forma de blindar el Derecho de la Unión de los Tribunales nacio-

---

<sup>201</sup> Para los no expertos en Derecho y a la vista de la aparente sencillez de la Carta se manda un mensaje de claridad en cuanto a los derechos garantizados en la Carta. Pero, no obstante, se puede hacer una lectura más profunda de la misma si la aplicamos junto con las Constituciones de los Estados miembros, los Convenios Internacionales aplicables a la materia y las “Explicaciones” que se incluyen en la misma. Estas suponen un instrumento para la interpretación de la Carta, indicándonos sus excepciones, límites y conceptos por los que ha de regirse. La “Explicaciones” no tienen el mismo valor jurídico que la Carta (no obstante, se citan en el art. 6.1 TUE, en el Preámbulo de la Carta, en su art. 52.7 y en la Declaración 1 anexa al TUE), pero no son meros trabajos de preparación legislativa. Pero incluso un instrumento muy valioso para la hermenéutica no es la única posibilidad interpretativa. Se tendrá que tener presente en el futuro la evolución de la sociedad y con esta la de los derechos fundamentales. MANGAS MARTÍN, A., op. cit., págs. 848 a 850.

<sup>202</sup> Se trata de continuar con el grado de protección que los derechos fundamentales tienen en aplicación del Ordenamiento de la UE, el de los Estados miembros y el Derecho Internacional, como la CEDH. Todo ello con la premisa de que la UE no puede ampliar sus competencias a través de los derechos reconocidos en la Carta y de que los derechos de esta, sólo se dirigen a los Estados miembros cuando aplican el Derecho de la UE y conforme a sus respectivas Constituciones (Art. 51.1 de la Carta). Si cabe, por el contrario, la ampliación del estándar de protección en aplicación de la CDFUE cuando nos encontremos en aplicación del Derecho de la UE. Pero este precepto no garantiza la aplicación del texto que otorgue mayor nivel de protección a un determinado derecho fundamental; sino que sirve para “concretar en cada caso el nivel concreto de protección preciso en el ámbito competencial de la Unión exige el derecho en cuestión”. No hay una jerarquización de Ordenamientos que diera prevalencia al de mayor garantía para estos derechos. Sólo se asegura el art. 53 que la Carta no hay disminuir la protección existente antes de su aprobación. Lo cual no es óbice para que unos y otros Ordenamientos en cuanto a la garantía de derechos no se influyeran, es lo que antes denominábamos efectos de “vasos comunicantes”. Es decir, alegando un determinado texto, que pudiera ser más restrictivo a la hora de regular un derecho fundamental, aunque sea posterior, la norma, no supone en ningún caso un recorte o restricción de derechos para el ciudadano. Pero esta singularidad de los derechos fundamentales, no tiene influencia alguna con la delimitación de competencias entre la UE y sus Estados miembros, ni con el efecto directo y primacía del Derecho de la Unión. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Artículo 53. Nivel de protección”, en A. MANGAS MARTÍN (directora), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Fundación BBVA, 2008. Primera edición, págs. 852 a 859.

nales en materia de derechos fundamentales. Por el contrario, los euro-escépticos, ven la posibilidad de poner en cuestión la propia primacía del Derecho de la UE. Así el precepto que analizamos no afecta al ámbito de aplicación de la Carta (art. 51 CDFUE), ni a las competencias de la UE, que no se ven ni ampliadas, ni disminuidas<sup>203</sup>. Pero lo cual no obsta a la necesidad de entendimiento y cooperación “diálogo a tres bandas” entre las jurisdicciones de los Tribunales de los Estados miembros, de la Unión Europea y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es decir, “una interacción recíproca multinivel entre los respectivos ordenamientos jurídicos”<sup>204</sup>.

En todas las Decisiones marco que configuran el *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>205</sup> se incluyen “advertencias tipo” acerca del respeto de los derechos fundamentales en la aplicación de las mismas y de los principios del art. 6 del TUE y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En el caso concreto de la Decisión marco 2008/909, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias penales privativas de libertad, se incorpora una cláusula que sitúa a las disposiciones de la UE por debajo de las aplicables en la materia de los Estados miembros en cuanto garantías penales. Así en el considerando 14 del Preámbulo se indica que: “la presente Decisión marco no debe impedir a ningún Estado miembro aplicar sus normas constitucionales relativas a las garantías procesales, la libertad de asociación, la libertad de prensa y la libertad de expresión en otros medios de comunicación”. La misma cláusula se incorpora a la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006), en su Considerando 14; al Considerando 6 de la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005); y al Considerando 6 de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008)<sup>206</sup>. De esta manera, al ser el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales junto con la obligada garantía de los derechos fundamentales en el *Espacio Penitenciario Europeo* clave de bóveda del sistema, será la Carta de Derechos Fundamentales de la

<sup>203</sup> La actuación de las Instituciones de la UE en relación a los derechos fundamentales tiene como parámetro de comparación la Carta. La cual puede ser interpretada por el Tribunal de Justicia en base a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, la jurisprudencia que emana del TEDH y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional en general y los Convenios internacionales de los que formen parte todos los Estados miembros o la UE. Especialmente se está haciendo mención al CEDH y otros instrumentos como la Carta Social Europea.

De la misma manera la Carta no puede significar una reducción de los derechos fundamentales protegidos en las Constituciones de los Estados miembros. El art. 53 respecto a estos derechos fundamentales de las Constituciones u Ordenamientos de los Estados miembros suponen una garantía de no empeoramiento. Así los Estados miembros cuando en lo que respecta a derechos fundamentales están vinculados a su Derecho interno y al Convenio Europeo de Derechos Humanos; pero además por la Carta si aplican el Derecho de la UE. Pero estos dos ámbitos a buen seguro no permanecerán estancos sino que se influenciarán mutuamente, como ya ah hecho el Tribunal Constitucional han hecho referencia a nuevos derechos incluidos en la Carta para interpretar derechos en ámbito nacionales fuera de la aplicación del Derecho de la UE. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., op. cit., págs. 853 a 866.

<sup>204</sup> Cf. CARRILLO, M.: “El diálogo entre Tribunales como condición necesaria para la tutela de los derechos fundamentales”, en H. LÓPEZ BOFIA, ed. La Constitución Europea. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006, pág. 196.

<sup>205</sup> Vid. supra y Parte II.

<sup>206</sup> Vid. GARCÍA RIVAS, N., op. cit., págs. 9 y 10.

Unión Europea un coadyuvante decisivo para que este nuevo espacio tenga éxito y se desarrolle e implemente con la eficacia que requiere la Unión Europea<sup>207</sup>.

Desde el punto de vista dogmático la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, además de los preceptos ya analizados sobre la aplicación y efecto de la misma, podemos diferenciar en lo que afecta al *Espacio Penitenciario Europeo* dos grandes bloques de derechos que modulan la actuación en este ámbito<sup>208</sup> y que entendemos que tienen incidencia en la relación jurídica penitenciaria<sup>209</sup>. En primer lugar, encontramos garantías institucionales como la tutela judicial efectiva (art. 47); la presunción de inocencia y derechos de defensa (art. 48); además de los principios procesales penales como la legalidad y proporcionalidad de delitos y penas (art. 49)<sup>210</sup> y

<sup>207</sup> Corolario de la importancia que ha jugado los derechos fundamentales en la aceptación de los Estados miembros de los nuevos instrumentos de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial penal hay que retrotraerse a la experiencia surgida con la transposición de los Estados miembros de la Decisión marco 2002/582/JAI, relativa a la orden europea de detención y entrega. Por ello, entiende GARCÍA RIVAS, N., op. cit., pág. 13, que “desde la instancia comunitaria y desde diversas instancias estatales el principio de reconocimiento mutuo se supedita a la salvaguarda de los derechos fundamentales- he aquí lo esencialreconocidos en las constituciones de los países miembros, garantías que no quedan sometidas a la primacía del Derecho comunitario sino que cumplen una función limitadora de los instrumentos creados por la Unión para consolidar el “espacio de libertad, seguridad y justicia”.

Parte de las objeciones con respecto a los derechos fundamentales que hemos visto que hacían los Estados miembros en asuntos relativos al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la UE, son atendidas con el Tratado de Lisboa y el nuevo rango jurídico que adquiere la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que pasa a ser el equivalente a un verdadero *Bill of Rights* para la UE, el ELSJ y el *Espacio Penitenciario Europeo*. Aunque no es de la misma opinión GARCÍA RIVAS ya que entiende, basándose en ESCOBAR ROCA: “Elementos de teoría de los derechos fundamentales de la Unión Europea” *Revista catalana de Dret Public*, nº 37, 2008, págs. 400 y sigs., que el principio de reconocimiento mutuo dependerá de los intereses de los Estados miembros, sin que la UE disponga en la actualidad de mecanismos jurídicos para obligar a estos. Indican DÍAZ GRECO: “Los derechos fundamentales en la Unión Europea: de la Carta a la Constitución”, *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 74, 2005, pág. 163 y CURTIN, D. y DEKKER, I. “The Constitutional Structure of the European Union: Some Refelctions on Vertical Unity-in-Diversity, en P. R. BEAUMONT, C. LYONS y N. WALKER (eds.), *Convergence and Divergence in European Public Law*. Hart, Oxford, 2002, pág. 76, que la cláusula del art. 51 de la CDFUE hace posible el bloqueo de la normativa comunitaria si los Estados miembros apelan a su Derecho nacional.

<sup>208</sup> Para REVIRIEGO PICÓN, F.: “España: centros penitenciarios y derechos fundamentales”, en J. DANIEL CESANO y F. REVIRIEGO PICÓN (coords.), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*, págs. 201 a 241, en base a las resoluciones del Tribunal Constitucional español desde el año 1981, los derechos fundamentales que afectan a los internos en las prisiones son: derecho a la vida y a la integridad física y moral, la intimidad, secreto de las comunicaciones, información, tutela judicial efectiva, educación y trabajo.

<sup>209</sup> Según el Tribunal Constitucional la relación jurídica penitenciaria es “un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso” (STC 120/1990).

<sup>210</sup> La legalidad y proporcionalidad de los delitos y las penas, tienen una aplicación como es propio de un Estado de Derecho previa a la comisión del hecho delictivo, pero condiciona también, la imposición de la pena y el cumplimiento de la misma. La tipificación de delitos y sanciones, incluido el procedimiento administrativo sancionador, tiene que ser previa, clara y específica; no cabe contravenir este derecho fundamental y garantista por mecanismos interpretativos de la ley, que fueren tanto su significado que nos lleven a un incumplimiento de la seguridad jurídica. No está justificado el no sometimiento de toda la actividad de la Administración Penitenciaria al Derecho. Quizá el ingreso en una prisión conlleva unas circunstancias en las que especialmente el Derecho debe ser observado, dentro de un contexto muy especial, pero que se debe rodear de las máximas garantía posibles, que no tienen que entrar en contradicción ni con el régimen penitenciario, ni con la disciplina, ni con la seguridad. En materia de legalidad penal, de ha de dedicar especial cuidado a los efectos de las directivas y Decisiones marco de la UE en materia penal, ya que no es clara la eventual producción de efectos favorables o desfavorables en las personas; así como a la irretroactividad de la ley penal y sus excepciones en ciertos delitos y a la institución de la prescripción.

Siempre se ha insistido en que el cumplimiento de una misma pena de prisión, puede desarrollarse de muy distintas formas. Influye el grado penitenciario en que esté clasificado el interno, si trabaja en el centro, si está integrado con los otros reclusos, si se organizan actividades dentro del centro que le mantengan ocupado, la atención médica, si disfruta o no de permisos de salida, la frecuencia de las visitas de familiares y allegados, la propia localización de la prisión, si está próxima a su lugar de residencia o está en el extranjero... factores que pueden hacer desproporcionada o más humana el cumplimiento de una sanción penal que le prive de libertad. *Continúa*

el *non bis in idem* (art. 50)<sup>211</sup>, que podemos calificar de asuntos propiamente de Justicia y garantías procesales.

Asimismo, el propio BUENO ARÚS<sup>212</sup> indica que “la libertad de expresión, la libertad de reunión y manifestación, la libertad de asociación y sindicación, la libertad sexual, sin contar con el ejercicio de otros derechos civiles, económicos y familiares, están íntimamente afectadas, por la propia naturaleza de las cosas, por la pena de prisión y forman parte de su contenido natural. Por ello, en segundo lugar, al estar la materia penitenciaria capitalmente afectada por los derechos fundamentales se incluyen el derecho a la dignidad humana (art. 1); derecho a la vida (art. 2); derecho a la integridad de la persona (art. 3); derecho a la salud (art. 25); la prohibición del sometimiento a torturas y penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 4); derecho a la libertad y la seguridad (art. 6); libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 10); protección de datos (art. 8); protección en caso de devolución, expulsión o extradición (art. 19); igualdad ante la ley (art. 20); no discriminación (art. 21); derecho a la buena Administración (art. 41); acceso a documentos (art. 42); libertad de circulación y residencia (art. 45).

Por el contrario, si no se lleva a la práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales por las que se impongan sanciones penales y otros ámbitos que afecten a lo que hemos denominado *Espacio Penitenciario Europeo*, por la insistente prevalencia de los Estados miembros de sus Ordenamientos nacionales en estas materias escudándose en los derechos fundamentales, el sistema no va a tener éxito<sup>213</sup>.

---

El derecho subjetivo, controvertido en la doctrina ya que puede afectar a la separación de poderes salvo casos evidentes, a la proporcionalidad de delitos y penas, es de nueva inclusión en un texto positivo, ya que aunque objeto de pronunciamientos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, no se encuentra en el articulado del CEDH, ni en la Constitución Española, aunque es de aplicación en España *ex art.* 10.2.

<sup>211</sup> Con el desarrollo y perfeccionamiento del Espacio Judicial Europeo, el no castigar o perseguir, en dos Estados distintos por el mismo hecho (principio *non bis in idem*), será un reto muy importante, debiendo todos los operadores jurídicos estar alerta ante su fácil incumplimiento, dado la complejidad del proceso de integración en esta materia. Es una protección del individuo frente al *ius puniendi* de los Estados, aplicable tanto cuando se ha producido una condena, como una resolución absolutoria, que impide, no sólo una nueva pena, sino igualmente un nuevo proceso. Aunque se han producido avances como la regulación del mismo en los Acuerdos Schengen y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del TEDH, hay en la CDFUE un perfeccionamiento de la garantía.

<sup>212</sup> BUENO ARÚS, F.: “La dimensión jurídica de la pena de prisión”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XL, Madrid, 1987, pág. 18.

<sup>213</sup> Incluso se entiende que reconocimiento mutuo y autonomía de los sistemas nacionales de garantías penales no casan de forma apropiada. “La construcción del espacio penal europeo exigiría que los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros no tuvieran capacidad para bloquear las iniciativas unificadoras procedentes de la Unión y que el soporte de garantía de los derechos fundamentales estuviera definido y tutelado a nivel europeo (sea TJ o el TEDH). Pero, para lograr esta transformación, los países miembros deberían ceder su soberanía a la Unión en este punto clave, lo que no cabe vaticinar ni a corto ni a medio plazo.” GARCÍA RIVAS, N., *op. cit.*, pág. 24.



# **PARTE II**

## **El Derecho derivado o secundario del Espacio Penitenciario Europeo**



Una vez establecida la fundamentación en los Tratados del *Espacio Penitenciario Europeo* a través del ELSJ, la conveniencia de su existencia por las vigentes carencias y la influencia en el mismo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, analizamos el cuerpo de normas que entendemos lo desarrolla<sup>214</sup>. Partiendo de la definición y clasificación que el art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Título VII -Disposiciones transitorias relativas a los actos adoptados en virtud de los títulos V y VI del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa- (arts. 9 y 10) del Protocolo 36, relativo a las Disposiciones Transitorias del Tratado de Lisboa, podemos calificar a este conjunto de normas, mayoritariamente Decisiones marco y directivas, de Derecho derivado.

Con el objeto de hacer más ilustrativa la exposición podemos hacer una metáfora del *Espacio Penitenciario Europeo* con el cuerpo humano. Así el cerebro del mismo lo compondría el texto de los Tratados, el Derecho originario, analizados en la Parte I. El Derecho primario es la base, la razón sobre la que se construyen las normas de desarrollo. Sin unas bases que den sentido, consistencia, legitimidad a las normas que con posterioridad aprueben las Instituciones de la Unión y apliquen los Estados miembros, no hay coordinación ni el sistema funciona. Profundizando en la metáfora, la columna vertebral del sistema está compuesto por el nuevo régimen del traslado de personas condenadas en el seno de la Unión. A lo largo de la historia, las mayores interacciones entre los sistemas penitenciarios y de ejecución penal se producen cuando aparece la necesidad de trasladar entre Estados a personas condenadas a penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Es esta la institución que condiciona todas las demás del *Espacio Penitenciario Europeo* y cuyas normas son referencia, ya que sin la necesidad de trasladar a personas condenadas, efectivamente existirían normas en la Unión Europea que hicieran referencia al ámbito penitenciario, pero nunca lo podríamos calificar de un verdadero y cierto *Espacio Penitenciario Europeo*. Por ello lo identificamos con la columna vertebral del sistema.

---

<sup>214</sup> En epígrafe aparte, capítulos 4 y 5, se estudian las Decisiones marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008) y la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008). Vid. *infra*.

La epidermis de este cuerpo, estaría formada por el conjunto de normas que se desarrollan en Capítulo tercero del trabajo. Son Decisiones marco que se incluyen en el *Espacio Penitenciario Europeo* y que coadyuvan a su configuración, pero que sería la capa más superficial ya que son materias que indudablemente afectando al ámbito penitenciario, también regulan materias que son paralelas. De esta manera encontramos la “euro-orden”, la pena de multa, la protección de datos, la circulación de antecedentes penales y las alternativas a las medidas cautelares personales. Finalmente, la posibilidad de adoptar en el seno del *Espacio Penitenciario Europeo* de medidas sustitutivas a la prisión, suspender condenas y decretar la libertad condicional de tal manera que se reconozcan y cumplan en Estados miembros distintos del que han sido dictados, humanizan los vigentes sistemas penales europeos. Por ello, a la Decisión marco que regula estas materias, que a su vez bombea sangre a las otras normas del *Espacio Penitenciario Europeo*, lo calificamos como el corazón del mismo.

## CAPÍTULO 3.

### **NORMAS DE LA UNIÓN ANEJAS AL ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO: MEDIDAS CAUTELARES, SANCIONES PENALES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD, ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y OTROS INSTRUMENTOS CON INFLUENCIA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO.**

#### **3.1 La Orden Europea de Detención y Entrega y sus repercusiones penitenciarias**

Al ser las Comunidades Europeas, en su génesis, organizaciones internacionales eminentemente económicas, no había en la redacción original de los Tratados constitutivos referencia alguna a materias penales, ni procesales penales<sup>215</sup>. Esta situación cambiará ante la necesidad de defenderse las entonces Comunidades, actualmente la Unión Europea, de las facilidades que las vigentes libertades de que gozamos los ciudadanos europeos, especialmente la libertad de circulación, dan para la comisión de delitos graves, como el cometido en el seno de organizaciones delictivas.

En el ámbito de la Unión Europea, indica FLORS MATÍES el régimen de la extradición quedó regulado, inicialmente, por los Convenios suscritos por los Estados miembros.

---

<sup>215</sup> En el mismo sentido, vid. FONSECA MORILLO, F. J. “La orden de detención y entrega”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 14, enero-abril de 2003, pág. 69. Entiende este autor que la creación del Mercado Interior obliga a la creación del ELSJ. La Decisión marco 584 de 2002 del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (DO L190 de 18 de julio de 2002), fue introducida en el Derecho español por ley 3 de 2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y por ley orgánica 2 de 2003, de 14 de marzo, complementaria de la ley sobre la orden europea de detención y entrega (BOE nº 65 de 17 de marzo de 2003).

Para D'AGOSTINO, G.; “La cooperación procesal en materia penal con Italia”, en BUJOSA BADELL, L. M., *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares. Granada, 2008, pág. 306, desde la puesta en práctica de la OEDE “empieza una nueva forma de entender las relaciones entre los sistemas jurídicos europeos, basada en la confianza mutua”.

Debemos destacar el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957<sup>216</sup>; el Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición de 15 de octubre de 1975<sup>217</sup> y el Convenio relativo a la extradición entre los Estados miembros de la Unión Europea de 23 de octubre de 1996<sup>218</sup>. La situación anterior a la Orden Europea de Detención y Entrega, en lo que se pretende construir como un verdadero ELSJ, era poco satisfactorio, baste como ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional. núm. 91/2000 de 30 marzo (RTC 2000\91), en el que por recurso de amparo se deja sin efecto la extradición aprobada por la Audiencia Nacional a Italia de un ciudadano italiano por entrar en contradicción con derechos fundamentales garantizados por la Constitución Española y Tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>219</sup>.

Actualmente, esta importante materia, se regula por la Orden Europea de Detención y Entrega, que desarrollamos en su aspecto penitenciario en este epígrafe. La denominada “euro-orden”, se incorpora a nuestro ordenamiento por la Ley 3 de 2003 de 14 de marzo, con el objeto de cumplir la Decisión marco del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de 17 de julio de 2002. Esta norma la define en su

---

<sup>216</sup> Convenio de 13 de diciembre de 1957, ratificado por Instrumento de 21 de abril de 1982 (BOE de 8 de junio de 1982, nº 136/1982).

<sup>217</sup> Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Extradición, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (BOE nº 139/1985, de 11 de junio de 1985).

<sup>218</sup> Convenio relativo al procedimiento simplificado de extradición en los Estados miembros de la Unión Europea (BOE nº 89/1999, de 14 de abril de 1999).

<sup>219</sup> La sentencia del Tribunal Constitucional. núm. 91/2000 de 30 marzo RTC 2000\91, se produce por la extradición del recurrente, de nacionalidad italiana, solicitada por las autoridades de su país de origen, tomando como base once motivos distintos. Nueve de ellos se refieren a hechos de los que está acusado y pendiente de enjuiciamiento, los dos restantes son sentencias condenatorias en las que, como en el resto de los supuestos, se le acusa de gravísimos delitos contra la vida, la propiedad y la salud pública. La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en primera instancia a través de su Sección Segunda (Auto 21/1998, de 4 de mayo), y el Pleno de la misma (Auto 49/1998, de 17 de julio), dictado al resolver el recurso de súplica, ha accedido a la extradición solicitada atendiendo a todos los motivos que justificaron la petición. A tales decisiones judiciales se imputan en la demanda múltiples y diversas violaciones de derechos fundamentales.

En sus razonamientos para conceder el amparo constitucional y, por lo tanto, denegar la extradición, el TC utiliza argumentos como: FJ 8.- [...] hay un núcleo absoluto de los derechos fundamentales y, en particular, del derecho a un proceso justo establecido en el art. 24 CE que ha de determinarse según las pautas antes enunciadas y conforme al cual los Tribunales españoles pueden y deben valorar la repercusión de los actos de los poderes públicos de los Estados extranjeros. Si tales actos han producido una lesión o representan un peligro relevante para ese núcleo de los derechos de cualquier ciudadano la resolución de la jurisdicción española que les otorga validez o eficacia puede infringir «indirectamente» la Constitución Española.

FJ. 14.- [...] cabe concluir que constituye una vulneración «indirecta» de las exigencias absolutas dimanantes del derecho proclamado en el art. 24.2 CE, al menoscabar el contenido esencial del proceso justo de un modo que afecta a la dignidad humana, según precisamos en el fundamento jurídico 8, acceder a la extradición a países que, en casos de delito muy grave, den validez a las condenas en ausencia, sin someter la entrega a la condición de que el condenado pueda impugnarlas para salvaguardar sus derechos de defensa.

FJ 9.- [...] el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Soering (Sentencia de 7 de julio de 1989), ha declarado que el hecho de que el CEDH tenga un ámbito territorial determinado no excusa a los Estados de toda responsabilidad por las consecuencias previsibles que una extradición pueda entrañar más allá de sus fronteras.

En efecto, según se afirma en dicha resolución, en principio el ámbito de aplicación del CEDH se halla territorialmente limitado: en particular, el compromiso de los Estados signatarios se limita a reconocer a las personas sometidas a su jurisdicción los derechos y libertades que proclama. Además, ni el Convenio rige los actos de terceros Estados ni pretende exigir a los firmantes que impongan a aquéllos sus normas, ni, por otra parte, puede entenderse que consagra un principio general según el cual cada Estado firmante, pese a sus obligaciones en materia de extradición, no puede entregar a una persona sin convencerse de que las condiciones en el país de destino encajan plenamente con todas y cada una de las garantías del CEDH.

artículo 1 como una resolución judicial, emitida por un Estado miembro, con el objeto de proceder por otro Estado miembro a la detención y entrega, de una persona buscada para someterla a un enjuiciamiento penal o para la ejecución de una pena privativa de libertad o una medida de seguridad de esta clase.

Esta Decisión marco estableció para los Estados miembros el deber de sustituir los procedimientos tradicionales de extradición por un nuevo mecanismo de entrega de las personas sospechosas de haber cometido algún ilícito penal, o bien, que eludan la acción de la Justicia, después de haber sido condenadas por sentencia firme. Este nuevo orden jurídico, regulador de la materia, hace modificaciones e introduce novedades tan relevantes en los antiguos procesos de extradición que CONDE PUMPIDO<sup>220</sup> afirma que éstos han desaparecido de las relaciones de cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, no ha sido pacífica la introducción de este nuevo instrumento de lucha contra la criminalidad en los Estados miembros, ya que algunos lo ven con recelo por la invasión de soberanía que entienden que supone la entrega de un nacional a un tercer Estado para ser juzgado. A esto hay que añadir que esta orden de detención y entrega es, prácticamente, el primer instrumento decisivo y de importancia en el ELSJ en materia procedimental penal<sup>221</sup>, por lo que muchos Estados están tardando en asimilar el “cambio de paso” y de escenario<sup>222</sup>.

Como decíamos, las principales reticencias han estado dirigidas a las dificultades legales que supone entregar un nacional a otro Estado para juzgarlo, nada menos, en un proceso penal o para cumplir una sanción penal. Estas objeciones han aparecido, primeramente, en los Tribunales Constitucionales polaco y alemán y para el Tribunal Supremo chipriota<sup>223</sup>. El Tribunal polaco, al igual que el chipriota, consideró necesaria la reforma de su Constitución para que la Decisión marco 584 de 2002, pudiera ser transpuesta a su ordenamiento jurídico. Alemania efectivamente modificó su

<sup>220</sup> CONDE PUMPIDO, C. “La Orden de detención y entrega europea.” *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las ciencias penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha* [en línea] 2006. Disponible en Web: [http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/euroorden\\_conde\\_pumpido.pdf](http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/euroorden_conde_pumpido.pdf)

<sup>221</sup> De la misma opinión ALISTE SANTOS, T. J. “Orden Europea de Detención y Entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales”, L. M. BUJOSA VADELL, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo. Perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*. Editorial Comares. Granada, 2008, pág. 313.

<sup>222</sup> Entiende ALISTE SANTOS, T. J., en op. cit., pág. 314 y sigs., no obstante, el inicial acogimiento entusiasta de la doctrina científica española de la Orden Europea de Detención y Entrega, en la actualidad son numerosos los críticos con la transposición de la misma al Ordenamiento jurídico español. Los principales anatemas contra esta se centran en la contravención de los principios, derechos y garantías del proceso español y de la Constitución de 1978 (como el principio de reserva jurisdiccional, principio de legalidad y quiebra del principio de doble incriminación) y la no armonización penal sustantiva y adjetivo en la Unión Europea.

Por el contrario, FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., págs. 70 y 87, cree la “euroorden” es un avance fundamental y, “en gran medida, punto de no retorno en la construcción del espacio europeo de justicia”. Supone un cambio de cultura en las relaciones entre las autoridades judiciales de los Estados miembros. Se transita “del sistema clásico de ayuda judicial mutua y de extradición entre ellos practicado, tanto en el marco del Consejo de Europa, como en el ámbito Schengen, o, a partir del Tratado de Maastricht, en el marco del Título VI del Tratado de la Unión Europea, a un sistema de reconocimiento mutuo y de confianza mutua de autoridades judiciales.” Aunque este mismo autor es consciente de que la celeridad con la que se acordó el texto de la Decisión marco, dará lugar a problemas a los Estados miembros a la hora de transponerla y a los órganos judiciales y a los operadores jurídicos en el momento de aplicarla.

<sup>223</sup> Vid. CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: “Réquiem por las Decisiones marco: a propósito de la ordeneuropea de detención”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. [en línea] nº 14. 2007. Disponible en Web: [http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez(reei14).pdf). pág. 4

Constitución para la acomodación a su Derecho a la OEDE, pero, no obstante, su Tribunal Constitucional consideró que la ley de transposición no se ajustó a la Constitución.

Para CARRERA<sup>224</sup>, tomando como referencia las conclusiones del abogado general DÁMASO RUIZ-JARABO en el asunto *Advocaten*<sup>225</sup>, los pronunciamientos de estos Tribunales hubieran sido radicalmente distintos si no se interpreta la OEDE con el prisma de las extradiciones clásicas<sup>226</sup>. Efectivamente, el primer pronunciamiento que hace el Tribunal de Justicia, referente a la validez de la OEDE, se produce el 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW* y *Leden van de Ministerraad (C-303/05)*. La cuestión prejudicial se suscita en Bélgica al entender la asociación *Advocaten voor de Wereld*<sup>227</sup>, que la orden de detención europea se tenía que haber articulado mediante un Convenio y no por una Decisión marco, ya que estas sólo pueden tener como objetivo la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. También hace ver que si la extradición en Europa está regulada por Convenio, tienen que ser en este y no una norma del Derecho derivado el que regule la nueva forma de extradición entre los países miembros. A la vez, estima, que la dispensa de la doble tipificación en el listado de delitos de la Decisión marco en aplicación de una OEDE, afecta a los principios de igualdad y no discriminación. De la misma forma, según la organización, se ve damnificado el principio de legalidad en materia penal, ya que las infracciones que no necesitan la doble tipificación, están formuladas de forma poco clara e imprecisa<sup>228</sup>. Según su parecer, la persona que pudiera ser privada de libertad en cumplimiento de una OEDE, al estar este procedimiento exento de la doble tipificación, no se cumplirían los principios clásicos, unánimemente aceptados por los ordenamientos penales de los Estados miembros, de precisión, claridad y previsibilidad (legalidad penal)<sup>229</sup>.

Con respecto a la primera cuestión, la oportunidad de regular esta materia por Convenio o por Decisión marco<sup>230</sup>, el Tribunal de Justicia indica que no es exacto, conforme al texto de los Tratados, que las Decisiones marco, sólo puedan ser empleadas en relación a los elementos constitutivos de delitos y a las penas aplicables<sup>231</sup>. De este modo, el campo de aplicación de las Decisiones marco, no se circunscribe al Derecho Penal material, sino que también engloba el Derecho Penal adjetivo o Derecho Procesal Penal, incluido el Derecho de ejecución de penas<sup>232</sup>. Para CARRE-

---

<sup>224</sup> CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., op. cit. Págs. 4 y 5.

<sup>225</sup> Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia, de 3 de mayo de 2007. C-303/05, relativa a la validez de la OEDE.

<sup>226</sup> En considerando quinto de la Decisión marco relativa a la OEDE, indica: “[...] la creación de un nuevo sistema simplificado de entrega de personas condenadas o sospechosas en materia penal permite eliminar la complejidad y los riesgos de retraso inherentes a los actuales procedimientos de extradición. Es preciso sustituir las relaciones clásicas de cooperación que prevalecían entre Estados miembros por un sistema de libre circulación de decisiones judiciales en materia penal, tanto previas a la sentencia como definitivas, en el espacio de libertad, seguridad y justicia.”

<sup>227</sup> Vid. fundamentos 11 y 12 de la sentencia.

<sup>228</sup> Fundamento 13 de la sentencia.

<sup>229</sup> Vid. fundamento 48.

<sup>230</sup> Vid. fundamento 32.

<sup>231</sup> CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., op. cit. pág. 18

<sup>232</sup> Vid. v. gr., las Decisiones marco 909 de 2008 del Consejo, de reconocimiento mutuo de sentencias por las que se imponen medidas privativas de libertad para su ejecución en la Unión y 947 DE 2008 del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

RA HERNÁNDEZ, no tiene sentido que ciertas materias pueden ser reguladas tanto por Decisión marco, como por Convenio, ya que las repercusiones de aplicar una u otra norma jurídica no es baladí. Por ejemplo, la competencia del Tribunal de Justicia es diferente en un caso y en otro. Así, estima, que la discrecionalidad del Consejo a la hora de elegir una u otro instrumento es muy relevante<sup>233</sup>; aunque la práctica parece demostrar que los convenios tienen el inconveniente que para entrar en vigor, deben ser ratificados por todos los Estados miembros.

En referencia al incumplimiento del principio de legalidad, entiende el Tribunal de Justicia que está salvado ya que la definición de las penas y las infracciones, son establecidas en el Derecho del Estado emisor<sup>234</sup>. Para el Tribunal<sup>235</sup>, basándose en la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Kooninklijke Coöperatie Cosun, C-248/04*, la igualdad y no discriminación supone tratar a las situaciones comparables de la misma manera y a que las diferentes, no sean tratadas de igual manera, salvo que dicho trato esté justificado. Así, dado el grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros, las infracciones que no dan lugar a la necesidad de doble tipificación, causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que está justificado no exigir la doble tipificación.

Junto a todo lo anteriormente expuesto, especialmente el que la OEDE sea una agilización de los antiguos procedimientos de extradición, la Decisión marco 584 de 2002 es un hito en la historia de el ELSJ, y, nos atreveríamos a decir, en la propia integración en Europa, ya que es el primer instrumento jurídico que posibilita el reconocimiento mutuo entre resoluciones judiciales dictadas por los jueces y tribunales de los Estados miembros. Desde la aprobación de la euro-orden todo cambió, convirtiéndose en la referencia y modelo<sup>236</sup> del Espacio Judicial Europeo y del *Espacio Penitenciario Europeo*.

### 3.1.1. Características generales

El procedimiento consiste, básicamente como ya conoce el lector, en un modelo de resolución judicial unificado a escala de toda la Unión, que puede ser emitida por cualquier juez o tribunal que solicite la entrega de las personas sospechosas de haber cometido un hecho delictivo, o que eludan la acción de la Justicia después de haber sido condenadas por sentencia firme. Ésta tiene por objeto procurar la entrega para el seguimiento de las actuaciones penales o para el cumplimiento de la condena impuesta.

---

<sup>233</sup> CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., op. cit. pág. 21. El Consejo es prácticamente libre para optar por una Decisión marco o por un Convenio.

<sup>234</sup> Fundamento 52.

<sup>235</sup> Fundamento 56 y 57

<sup>236</sup> Para BUJOSA VADELL, L. M., “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales extranjeras”, en *La Ley*, nº 5, 2001, págs. 1771 a 1780, preceptivamente tiene que darse en el futuro proceso penal europeo una decidida garantía de los principios que caracterizan al Derecho Procesal en Europa. La construcción del ELSJ no es motivo, sino todo lo contrario, de la merma o relajación de estas garantías.

Según ALISTE SANTOS, T. J., op. cit. pág. 323, “existen una serie de principios, derechos y libertades fundamentales que conforman un “búnker” irrenunciable e inescindible del concepto de Soberanía, precisamente que poder Soberano, que no el legislador constituido, no decida otra cosa en ejercicio de su potestad constituyente”.

Vid. asimismo FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., págs. 89 y 90.

En la interesante sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006, Sala Primera, número 81/2006 (RTC 2006/81), interpuesta por recurso de amparo contra el auto núm. 60 de 2004, de 3 junio de la Sala de lo Penal, Sección 1ª, de la Audiencia Nacional, que inicia un cuerpo de doctrina con respecto a la OEDE y sus efectos en España, en la que se puede observar la evolución que supone la OEDE con respecto al mecanismo anterior de extradición. La Audiencia Nacional -hemos de advertir que el auto de la Audiencia Nacional, se declara por el Tribunal Constitucional, como no ajustado a Derecho, no obstante, estimamos relevante lo indicado en el mismo, pues sólo se declara contrario a la Constitución por el derecho a la asistencia letrada- estudia en este caso los efectos del principio *non bis in idem*, ya que en base a los mismos hechos se denegó la extradición vía Convenio Europeo de Extradición, autorizándose con posterioridad la entrega a Francia por una OEDE; la posibilidad de aplicar de forma retroactiva la ley 3 de 2003 que introduce en España la euro-orden y, finalmente, se examina la vulneración del derecho de defensa y asistencia letrada en la tramitación de la OEDE. Igualmente se insta a la Audiencia Nacional a la no entrega a Francia de un nacional español. Hemos de partir de que una de las principales características del Espacio Judicial Europeo, el principio de reconocimiento mutuo y de confianza entre los Estados miembros, obliga a que una vez recibida la orden por la autoridad judicial competente para su ejecución, ésta se produzca de forma prácticamente automática<sup>237</sup>.

El Tribunal Constitucional sólo entra a conocer respecto de la cuestión planteada por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y derecho a la asistencia letrada, según lo dispuesto en la propia Ley 3/2003, de 14 de marzo. Así en el Fundamento de Derecho 3, indica que conforme y de acuerdo con la regulación de esta ley sobre la orden europea de detención y entrega, y en concreto de sus artículos 13 y 14.2 “y de la remisión que efectúan a la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cabe ninguna duda de que la comparecencia a efectos de la orden europea de detención y entrega debe efectuarse con el letrado designado por el detenido, pues ninguna restricción del

---

<sup>237</sup> Llama la atención ALISTE SANTOS, T. J., op. cit, pág. 324, en la fricción entre la “euroorden” y la necesaria motivación de las resoluciones judiciales. Para DE LA OLIVA SANTOS en VVAA. *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007, págs. 83 y sigs., la Constitución española dedica a las garantías judiciales, especialmente penales, mayor número de normas que otras Constituciones de nuestro entorno. Así “la amplitud del recurso de amparo respecto de actuaciones u omisiones de los tribunales (art. 44 LOTC) ha generado una jurisprudencia constitucional copiosísima, que no puede desconocerse en ningún ámbito jurisdiccional o procesal y tampoco, en el penal”.

Destacamos entre estas garantías cuando un órgano judicial español conozca de una “euroorden”, el principio de publicidad de las actuaciones judiciales con las excepciones de las normas procesales; el predominio de la oralidad; la motivación de las sentencias y la mayoría de las resoluciones judiciales (art. 120.2 CE); actuación del Ministerio Fiscal sujeta a los principios de legalidad y unidad de actuación (art. 124.2 CE); exclusión de los delitos políticos del ámbito de la extradición, entre los que no se encuentran los delitos políticos (art. 13.3 CE); prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE); procedimiento de *habeas corpus* para la inmediata puesta a disposición de toda persona detenida de forma ilegal (art. 17.4 CE); necesidad de que la detención está basada en la sospecha de la comisión de un delito o falta (art. 17.2 CE); detención máxima de 72 horas sin ser puesta a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2 CE); derecho del procesado y detenido a ser informado, de forma inmediata y comprensible para este, de los derechos que le asisten y de las razones de la detención (art. 17.3 CE); así como de derecho a no declarar en caso de detención (art. 17.3 CE); derecho a la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales (art. 17.3 CE); inviolabilidad del domicilio, salvo resolución judicial o flagrancia (art. 18.2 CE); secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE); tutela judicial efectiva de jueces y tribunales (art. 24 CE); juez ordinario predeterminado por la ley; proceso público, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas; utilización de todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, derecho a no declarar contra sí mismo y la presunción de inocencia.

mismo consta en ella”. El art. 14.2 de dicha Ley determina el objeto de la comparecencia que consiste básicamente en determinar si el detenido se opone o no la entrega, si aduce causas de denegación y solicita se practiquen pruebas al efecto y si renuncia al principio de especialidad. Por ello, la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta a la queja correspondiente de la demanda conduce derechamente al otorgamiento del amparo. Los órganos judiciales no permitieron que el recurrente fuera defendido por el abogado por él designado, que era el que le había asistido en el procedimiento previo de extradición. Le fue impuesto un abogado de oficio, sin que ello esté previsto en la ley 3 de 2003, sobre la orden europea de detención y entrega, ni concurriera la circunstancia excepcional prevista en el art. 527 a) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (detenido o preso incomunicado).

Con respecto a si cabe la retroactividad del mecanismo de la OEDE, el Fundamento de Derecho Sexto del auto de la Audiencia Nacional indica que la orden europea de detención y entrega emitida por la Fiscalía de Mulhouse es posterior a la vigencia de la euroorden para Francia. No cabe confundir como hace la defensa la orden de detención y entrega con la resolución judicial, ya auto de prisión, ya sentencia; en base a la que aquella se dicta y los hechos a que se refiere son posteriores al 1 de noviembre de 1993. Es decir, lo determinante para alegar o no la irretroactividad de las normas de regulación de la OEDE, que también sería discutible, no es la fecha en que se dictan resoluciones judiciales del proceso penal matriz, sino la fecha en que se emita la OEDE propiamente dicha. La eficacia de cosa juzgada, que también se discute por la defensa, ya que con anterioridad se había denegado la extradición *ex CEEX*, por los mismos hechos que luego sí dan lugar a la OEDE, es también rechazada por la argumentación de la Sala de la Audiencia Nacional, por cuanto el instituto de la cosa juzgada material o prohibición del *non bis in ídem*, dice el Tribunal, no puede predicarse sino de aquellas resoluciones que se pronuncien sobre la culpabilidad o inocencia y concurren los tres elementos de identidad (identidad subjetiva, de objeto y de acción). Siendo así que las resoluciones que ponen término al procedimiento de cooperación jurídica internacional, extradición u orden europea de detención y entrega, no contienen un pronunciamiento sobre la condena o absolución de una persona por unos determinados hechos sino que se limitan a acceder o a denegar la entrega del reclamado sobre la base de la concurrencia o no de los presupuestos habilitantes establecidos en el Convenio o Ley aplicable según dispone el art. 13.3 de nuestra Constitución.

Por último la Audiencia Nacional rechaza en el Fundamento de Derecho octavo la posibilidad de que España no entregara a un nacional, ya que la condición de nacional no puede ser invocada como motivo de denegación en base a que las autoridades francesas han recurrido a la emisión de una orden de detención y entrega tras la denegación por España de una reclamación extradicional por idénticos hechos sin haber hecho uso de la facultad, establecida en el art. 6.2 del CEEX, de instar su enjuiciamiento en España ya que como hemos señalado la orden europea de detención y entrega no es una simple sucesión del sistema de extradición, sino que es un marco jurídico de cooperación internacional *ex novo* y distinto al del CEEX que ha quedado derogado, siendo por lo demás que en modo alguno cabe imponer al Estado francés la obligación de lo que según el citado art. 6.2 del CEEX no es más que una facultad tan legítima como la emisión de una orden de detención y entrega. Habría que

añadir que sin desconocer los principios de personalidad activa y de justicia universal que posibilitarían, siempre y cuando así lo instara la autoridad francesa, la persecución de los hechos por los tribunales españoles ello podría suponer la división de la continenencia de la causa ya seguida respecto a otros imputados por los tribunales franceses a los que indudablemente corresponde la competencia al allí radicar las pruebas y ser Francia el lugar a donde era destinada para su distribución la droga que allí fue aprehendida.

Ya no es necesario que la autoridad judicial que ha de ejecutar la orden, haga un nuevo examen de la solicitud para verificar la conformidad de la misma a su ordenamiento jurídico interno<sup>238</sup>. Los motivos por los que la autoridad judicial puede negarse a la ejecución están tasados en la ley de 2003 y la Decisión marco a las que antes hacíamos referencia. En concreto la ley los establece de manera objetiva en su artículo 12, desapareciendo así los motivos habituales de denegación en los procedimientos “extradicionales” referentes a la no entrega de los nacionales o a la consideración de los delitos como políticos<sup>239</sup>. A nuestro entender lo más destacable de la OEDE, es la existencia de una larga lista de categorías delictuales con respecto a las cuales ya no puede seguir controlándose la existencia de doble incriminación<sup>240</sup>. Esta lista del artículo 9.1 engloba hechos delictivos que protegen bienes jurídicos de la

---

<sup>238</sup> Esta nueva realidad es duramente criticado por la doctrina, así ALISTE SANTOS, T. J., op. cit, pág. 324 señala que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, por la que se introduce la orden europea de detención y entrega en del Derecho interno español, nada prescribe sobre la necesidad constitucional de motivación de las resoluciones judiciales: “el órgano judicial emisor, conforme al art. 3 e) Ley 3/2003, tan sólo está obligado a describir sucintamente las circunstancias en que se cometió el delito, incluidos el momento, el lugar y el grado de participación en el mismo de la persona reclamada, pero nada se dice sobre la necesidad de motivar esa “euroorden” que, por tato, priva de elementos de convicción al juez receptor, impidiéndole valorar la proporcionalidad de la medida solicitada, nada menos que la privación de libertad, e impidiendo la exigencia constitucional de control efectivo sobre la legalidad de la entrega, precisamente por el automatismo que impregna toda la “euroorden”.

<sup>239</sup> FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., págs. 73 y sigs., cita entre los avances más importantes de la “euroorden” el que el mecanismo sea exclusivamente judicial; la supresión del principio de doble tipificación; la entrega en un plazo máximo de 90 días de persona objeto de la Orden; los motivos de denegación se precisan de forma estricta; la nueva regulación no afecta a los mecanismos de extradición que hubiera establecido los Estados miembros con terceros Estados.

<sup>240</sup> Cree SÁNCHEZ LEGIDO, Á. en *La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales*, en [www.reei.org](http://www.reei.org), confirmando una premonición formulada entre la doctrina, el modelo de la Decisión marco sobre la euro-orden es asumido, *mutatis mutandis*, en las restantes Decisiones marco que persiguen la extensión del principio del reconocimiento mutuo en el ámbito penal. Las únicas diferencias se refieren, de una parte, a que las Decisiones marco sobre embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas (art. 3) y sobre decomiso (art. 6) contemplan como motivo facultativo de denegación, respecto de las categorías no contempladas en el listado, el que la resolución a reconocer no esté contemplada en el ordenamiento del Estado de ejecución entre el tipo de resoluciones susceptibles de dar lugar a pronunciamientos de embargo preventivo o decomiso, respectivamente. La otra diferencia, afecta al listado de conductas respecto de las cuales se excluye el control de la doble incriminación, pues si las dos Decisiones marco recién citadas reproducen exactamente el listado de la Decisión Marco sobre la euro-orden, la Decisión Marco sobre sanciones pecuniarias (art. 5) mantiene las mismas treinta y dos categorías contempladas en ésta, pero añade otras siete más: infracciones de tráfico, contrabando de mercancías, infracciones a los derechos de propiedad intelectual e industrial, amenazas y actos de violencia contra las personas, vandalismo, robo y, por último, una categoría abierta que supone extender la supresión de la doble incriminación a todas aquellas conductas respecto de las cuales el Derecho de la Unión, comunitario o intergubernamental, imponga obligaciones de represión. Frente a la sustancial identidad entre los instrumentos de la UE sobre reconocimiento mutuo en el ámbito penal en lo que se refiere a la doble incriminación, el acuerdo entre la UE y Noruega e Islandia sobre el procedimiento de entrega supedita la supresión del control de la doble tipificación respecto del mismo listado de treinta y dos infracciones contemplado en el art. 2.2 de la DM sobre la euro-orden, a la previa formulación de una declaración por parte de Noruega e Islandia, de una parte, y de la UE en nombre de cada uno de sus Estados miembros, de otra, quedando sujeta la supresión a un régimen de reciprocidad. Véase el art. 3.4 del citado acuerdo. DO L 292, de 21 de octubre de 2006.

más variada índole<sup>241</sup>. Asimismo en el artículo 12 de la ley, se enuncian, de manera tasada, las causas por las que la autoridad judicial de ejecución española denegará o podrá denegar la ejecución de la orden<sup>242</sup>.

### 3.1.2. El procedimiento de aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega y sus consecuencias prácticas en el Espacio Penitenciario Europeo (doble cómputo de la prisión provisional)

Corolario del avance jurídico y procedimental que supone la figura<sup>243</sup>, se prescribe en la ley que la orden se remite directamente por la autoridad judicial solicitante, a la autoridad que ha de proceder a su ejecución sin que sea necesario, como es bien sabido, que intervenga órgano administrativo alguno<sup>244</sup>. La entrega de la persona que se reclama, tras la puesta a disposición judicial, se hace mediante un procedimiento ágil y sencillo de carácter urgente<sup>245</sup>. Podemos resumir éste del siguiente modo: se efectúa

<sup>241</sup> Para ALISTE SANTOS, T. J., op. cit., pág. 325, hay enormes diferencias en la necesaria y obligada motivación judicial dispuesta en la Ley 4/1985 de 21 de marzo de Extradición pasiva y escasa motivación de la Orden Europea de Detención y Entrega: “Si uno es fruto de un atento examen de los hechos por el juez requerido, que tiene en su poder la demanda de extradición del requiriente, expresando el hecho delictivo y el lugar y fecha en que fue realizado, [...], la otra motivación, sin embargo, parte como premisa fáctica de un formulario en el que sucintamente se identifica la infracción, circunstancias del hecho y grado de participación del sujeto requerido, estableciéndose como presunción iuris et de iure por ministerio de la Ley su participación [...]”.

Según FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., págs. 87 y 88, será la autoridad judicial del Estado de emisión la que establecerá si la infracción o la presunta infracción se puede subsumir en el listado. Pero aunque alguno de estos delitos están armonizados, se pueden producir graves disfunciones por interpretaciones diferentes de jueces o tribunales de distintos Estados miembros, e incluso dentro de un mismo Estado.

<sup>242</sup> Indica SÁNCHEZ LEGIDO, Á. en *La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales*, en [www.reci.org](http://www.reci.org): Quizá no esté de más recordar el singular papel jugado por España en la adopción de la Decisión Marco sobre la euro-orden. La remoción de los problemas que ciertos Estados miembros seguían planteando a la extradición de presuntos etarras a nuestro país motivó que, con ocasión de la Conferencia Intergubernamental de 1996, se propusiera por nuestras autoridades, además de restringir estrictamente la posibilidad del asilo a nacionales de Estados miembros de la UE (de donde, a la postre, surgiría el protocolo sobre la materia de 1997 anejo al TCE), la eliminación de la extradición, propuesta esta última que no fue aceptada. Paradojas del destino, la doctrina del Tribunal Constitucional cuestionando la posibilidad de extradición para el cumplimiento de condenas dictadas en rebeldía, colocaba a nuestro país en relación con Italia en una posición obstructiva muy similar a aquélla frente a la cual se dirigían los tradicionales esfuerzos de nuestras autoridades gubernamentales. Precisamente por ello, la respuesta no se hizo esperar, materializándose en forma de un “Tratado entre el Reino de España y la República Italiana para la persecución de delitos graves mediante la superación de la extradición en un espacio de justicia común”, de 28 de noviembre de 2000, el cual, sin embargo, y precisamente como consecuencia de la adopción de la Decisión marco sobre la euro-orden, no llegó nunca a entrar en vigor. Inspirado expresamente en el principio del reconocimiento mutuo, el mencionado tratado introduce algunas novedades que, como la judicialización del procedimiento, la calificación de los hechos según la legislación del Estado requirente, la superación del principio de no extradición de nacionales o la considerable agilización de los trámites, serían retomadas en la Decisión Marco sobre la orden de detención europea.

<sup>243</sup> Para FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., pág. 93, independientemente de las imperfecciones de la “euroorden”, esta supone un avance definitivo en el ELSJ. Así “todo el programa de reconocimiento mutuo debería beneficiarse del acervo logrado con motivo de la orden de detención europea”.

<sup>244</sup> La “euroorden” puede ser aplicada, principalmente, en dos supuestos: cuando se condena a una persona en sentencia penal en un Estado de la UE y se evade de la acción de la Justicia a otro Estado miembro; o bien, cuando una persona es perseguida y presuntamente responsable de una infracción penal que está siendo objeto de enjuiciamiento en un Estado miembro de la UE, sancionada con una pena de prisión de cómo mínimo de doce meses, que se encuentra o ha se ha evadido a otro Estado de la UE. Vid. FONSECA MORILLO, F. J., op. cit., pág. 72.

<sup>245</sup> Cuestiona nuevamente ALISTE SANTOS, T. J., en op. cit., pág. 326 y 327, el no ajuste de la “euroorden” a la institución de la prisión provisional en nuestro Derecho procesal penal. Se pregunta cómo puede una autoridad judicial española decretar una prisión provisional en cumplimiento de una “euroorden” mediante auto motivado de prisión provisional., cómo puede valorar la concurrencia del *fumus boni iuris*. *Continúa*

una audiencia del reclamado en el plazo máximo de 72 horas desde la puesta a disposición judicial. En esta audiencia el Juez<sup>246</sup>, oído el Fiscal, decretará la prisión provisional o la libertad provisional, adoptando cuantas medidas cautelares considere necesarias para asegurar la disponibilidad de los afectados. Si hubiere consentimiento a la entrega por el sujeto reclamado, la decisión al respecto debe adoptarse en los 10 días siguientes a la prestación del consentimiento. Por el contrario, si el reclamado no la consiente, la decisión se adoptará en los 60 días siguientes a la detención, plazo prorrogable por causa justificada. En uno y otro caso, la decisión habrá de producirse dentro de los 10 días siguientes a la adopción de la decisión. En España son autoridades judiciales de emisión competentes para expedir la orden europea, el Juez o Tribunal que conozca de la causa<sup>247</sup>. Siendo competentes para dar cumplimiento a la orden europea, los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Seguidamente pretendemos hacer referencia a dos circunstancias que son habituales en la práctica penitenciaria para el caso de que se dicte una Orden Europea contra un interno de un centro penitenciario español que además cumple condena de prisión<sup>248</sup>. Querríamos diferenciar el caso de que, en base a esa OEDE, se dictara prisión preventiva, o bien, simplemente, se decidiera efectuar la entrega al Estado reclamante, sin adoptar medida cautelar alguna, una vez cumplida la pena de privativa de libertad, por la que originariamente se encontraba en prisión.

### **3.1.2.1. Caso de no dictarse medida cautelar alguna, y concurrieran pena de prisión y Orden Europea de Detención y Entrega**

De darse estas circunstancias, v. gr., un interno cumple por tráfico de drogas, 15 años de pena de prisión, impuesta por la Audiencia Provincial de Sevilla y a la mitad de condena, se dicta contra él una Orden Europea, para entrega a Italia, con el objeto de ser juzgado por un presunto delito contra la seguridad vial. En la práctica penitenciaria es habitual que sólo por el hecho de existir esta solicitud de entrega a otro Estado, no se le da la posibilidad de disfrutar de permisos de salida, ni progresión al régimen de semilibertad, ni concesión de libertad condicional en ningún caso. Por el contrario, si se tratara de un proceso pendiente ante un juzgado de España, en el que la petición fiscal no fuera de elevada cuantía, muy probablemente, en el caso de con-

---

De la misma forma crítica la no existencia de recurso ordinario contra los autos de jueces españoles que acuerden una Orden Europea de Detención y Entrega, obligándose a recurrir al amparo constitucional.

<sup>246</sup> Vid. CONDE PUMPIDO, C.; op. cit., págs. 4 a 8, en las que se hace un estudio de las distintas competencias de las autoridades judiciales que se ven implicadas en una "euroorden".

<sup>247</sup> En los casos de transmisión directa de la orden europea por un órgano judicial español se acompañará una traducción de la misma al idioma oficial del Estado de ejecución o al idioma aceptado por este Estado mediante declaración depositada en la Secretaría General del Consejo, y en el resto de los casos se remitirá la orden en lengua española a la oficinas SIRENE y OCN INTERPOL de España, pero teniendo en cuenta que cuando se produzca el hallazgo del reclamado, la autoridad judicial española deberá remitir la orden europea acompañada de una traducción al idioma oficial aceptado por el Estado de ejecución en un breve plazo. Los idiomas aceptados por los Estados en los que está en vigor este mecanismo de cooperación son los oficiales de cada país, y únicamente Bélgica ha incluido dos idiomas: el francés y el flamenco.

<sup>248</sup> La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, da pautas con respecto a la situación de los extranjeros en prisión en la Instrucción 18 de 2005 de 21 de diciembre de la antigua Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

currir las circunstancias objetivas y personales procedentes, se le concederían permisos e incluso la progresión de grado. En cualquier caso, el procedimiento en que estuviera encausado el interno penado, sería juzgado, pudiendo resultar condenado o absuelto. Lo cual, podría tener o no repercusiones negativas en su situación penitenciaria. Incluso en el caso de condena, si es de poca cuantía, como por ejemplo, prisión de un año, aunque también en el caso de condenas más largas, pero si los hechos delictivos tienen cierta antigüedad, no se valoraría de forma demasiado negativa con respecto a su evolución penitenciaria.

También un hecho que debemos destacar es que el Equipo de Tratamiento<sup>249</sup> de la prisión que ha de estudiar su situación, tendría acceso a más información durante la tramitación de la causa; información que no conocerá plenamente si hablamos del proceso que ha dado lugar a dictar una Orden Europea. Es decir, en el caso de que en el expediente penitenciario de un interno que extingue condena de prisión en España, aparece una OEDE, casi automáticamente no se le va a proponer, en la mayoría de los casos, para ninguna actividad o programa (permiso de salida, aplicación del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, salida programada, etc.)<sup>250</sup> para su reinserción penitenciaria, en la que exista el mínimo riesgo de fuga. A nuestro entender, si el proceso que tiene pendiente en otro Estado europeo, que dio lugar a la solicitud de entrega, se produce en un juzgado de España suele ser habitual que no se sea tan exigente con las circunstancias procesales del interno a la hora de valorar su situación penitenciaria.

Hemos de ser conscientes de que las Órdenes Europeas se dictan en algunos casos para cumplir elevadas condenas de prisión, o para enjuiciar hechos gravísimos, como los cometidos en el seno de organizaciones delictivas o delitos de terrorismo, en los que hay un enorme riesgo de fuga del interno, que debe ser tenido muy presente por los Jueces y Tribunales y por la Administración Penitenciaria; pero, de la misma forma, este hecho se ha de ponderar con la presunción de inocencia<sup>251</sup>. Pero hay casos, en los que la OEDE se dicta, gracias al perfeccionamiento del ELSJ, para hechos delictivos de poca entidad a diferencia de la extradición que sólo solía emplearse para graves delitos, en los que estimamos no se debería actuar de forma tan automática y restrictiva.

Creemos que la situación mejoraría considerablemente si a los Equipos y Juntas de Tratamiento de los centros penitenciarios se les diera más información del proceso

---

<sup>249</sup> El artículo 272.3 del Reglamento Penitenciario, prescribe: “Con carácter general, los acuerdos de la Junta de Tratamiento se adoptarán sobre las propuestas elevadas por los Equipos Técnicos para la adopción de las medidas necesarias para ejecutar los programas de tratamiento o los programas individualizados de ejecución, y se ejecutarán por los Equipos Técnicos, bajo el control inmediato y directo de los Jefes de dichos Equipos”.

<sup>250</sup> En relación a la clasificación y el tratamiento penitenciario podemos destacar como obras más actualizadas: ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento Penitenciario Comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Editorial Mad. Alcalá de Guadaíra (Sevilla) 2008; ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. *Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Comares. Granada, 2009; NISTAL BURÓN, J y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Manual de Derecho Penitenciario*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2011.

<sup>251</sup> Véase el artículo 24.2 de la Constitución Española: “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”.

que ha originado la Orden Europea de Detención y Entrega. Asimismo, entendemos se tendría que potenciar la entrega temporal, para ser enjuiciado en el Estado que lo reclama, siendo, de esta forma condenado o absuelto, pero teniendo ya una resolución definitiva, regresando con posterioridad a España para finalizar la condena que tenía pendiente. Como hace la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008)<sup>252</sup>, se debería potenciar el cumplimiento de las condenas, independientemente del Estado que las ha impuesto, en el país de residencia del condenado, o mientras está siendo objeto de enjuiciamiento en otro país distinto del que le ha condenado<sup>253</sup>.

La respuesta a estos problemas y disfunciones es el Espacio Penitenciario Europeo, basado en la confianza mutua de las resoluciones judiciales y de las ejecuciones penitenciarias. Por ejemplo, sería como antes comentábamos, en el caso del interno italiano que cumple condena en España y que es reclamado por su país, para ser procesado por un presunto delito contra la seguridad vial. El interno podría ser entregado a Italia, ser enjuiciado en este país, que además es su país de residencia, y ya allí continuar el cumplimiento de la condena impuesta en España y la eventual condena que resulta del proceso por el que había sido reclamado. De esta forma, las posibilidades de reinserción social aumentan<sup>254</sup>, ya que cumplen condena en su país de residencia y un proceso de un país distinto del que cumple condena no interfiere o distorsiona su evolución penitenciaria. A la vez, los costes de su estancia y traslados de un país a otro se reducirían.

En base a las modernas tendencias en el ámbito de la Victimología, y en el propio Derecho Penal, incluso en la preocupación por las víctimas de los hechos delictivos, estimamos que las indemnizaciones por los responsables de delitos, deben seguir siendo objeto de satisfacción independientemente del país en el que el interno extinga condena. Es decir, el traslado de una persona a su país de residencia para continuar el cumplimiento de la condena, al igual que ocurre con las sustituciones de penas de prisión por expulsión, en aplicación del artículo 89 del Código Penal de ciudadanos no miembros de Estados de la Unión Europea, no debe impedir la satisfacción de las responsabilidades civiles por los condenados a la víctimas de los delitos. En el caso de que la expulsión o el cumplimiento en otro Estado de la condena imposibilitara estos pagos, los Estados, que son los que autorizan el traslado o la expulsión, deberían hacer frente subsidiariamente de las responsabilidades civiles. También sería conveniente, en cumplimiento de OEDE y procesos que tienen lugar en Estados miembros distintos del que está cumpliendo condena, potenciar el uso de nuevas tecnologías, especialmente las videoconferencias.

---

<sup>252</sup> Vid. *infra* (capítulo 6), BUJOSA VADELL, L.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2010; PALOMO DEL ARCO, A.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 21, mayo de 2010.

<sup>253</sup> Vid. *infra* Capítulo 4.

<sup>254</sup> Recordemos que la Constitución Española de 1978, en su artículo 25, ordena que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estén orientadas a la reeducación y la reinserción social del penado.

### 3.1.2.2. Caso del interno al que durante el cumplimiento de una condena de prisión en España, se le dicta una prisión provisional en garantía del cumplimiento de un Orden Europea de Detención y Entrega

En esta situación<sup>255</sup>, diferente a la analizada en el punto anterior, además de los problemas de duración, prórroga y naturaleza jurídica de las medidas cautelares que se pueden dictar para el aseguramiento de una OEDE, en el caso de coincidencia en el tiempo y en la persona de una prisión preventiva y una condena de prisión<sup>256</sup>, que analizamos en epígrafe aparte<sup>257</sup>, nos encontramos con la dificultad del cómputo del tiempo en que el interno ha estado, a la vez, privado de libertad por cumplimiento de condena y por una prisión preventiva para asegurar una Orden Europea.

En el ordenamiento jurídico penitenciario español, desde que el Tribunal Constitucional dicta el 28 de abril de 2008 su sentencia número 57, se produce una situación de desconcierto en los jueces y tribunales de vigilancia, los sentenciadores y en la práctica penitenciaria. En esta resolución se establece que en caso de concurrencia de penas de prisión y prisión preventiva, ya que el legislador español, en el artículo 58 del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no indica lo contrario, además de una interpretación conjunta de la Constitución, especialmente del derecho fundamental a la libertad personal, se debe hacer un doble cómputo, es decir, que cada día pasado en prisión por condena y por preventiva, si se producen de forma simultánea, debe computarse doblemente. Gran parte de la doctrina se mostró contraria a esta tesis del Constitucional, aunque por algunos órganos judiciales ha sido aplicada, acortándose condenas en base a ésta. Esta doctrina del máximo garante en España de los derechos fundamentales y las libertades públicas, aunque en cierta medida puesta en entredicho por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en sentencias tales como la 1391/2009 y la 82/2010 de 11 de febrero, entendemos es de obligado cumplimiento ex artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>258</sup>. Pero en la

<sup>255</sup> Ya que no existe en la ley reguladora en España de la OEDE que nos remita a la legislación procesal penal como supletoria, parece obvio que a diferencia de lo que se establece en ésta no es necesario que el Fiscal o alguna acusación soliciten la medida de prisión provisional incondicional para que el Juez pueda acordarla, pues las normas especiales contenidas en esta Ley 3/2003 únicamente obligan a oír al Ministerio Fiscal sin efectos vinculantes.

<sup>256</sup> Vid. GONZÁLEZ PÁSTOR, C. P. "Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa", en *Diario La Ley*, nº 7112, febrero de 2009. Indica esta autora que el legislador español, distanciándose del criterio del TC, "no ha previsto ni querido tal simultaneidad de cumplimientos". Entiende que tanto las normas del Código Penal como de la LECRIM, establecen que la prisión provisional se computa sólo en la causa en que ha sido decretada.

Entiende que "en tanto no se arbitren mecanismos para que un penado, con responsabilidades penales pendientes graves no evada la acción de la justicia en algún permiso penitenciario; en tanto el Juez o Tribunal no tenga competencias o atribuciones para poder informar acerca de la concesión del permiso; en tanto el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria no reclame del Juzgado o Tribunal que conozca de esa responsabilidad penal algún tipo de informe acerca de la concesión del permiso, entendemos que sólo hay una manera: decretar su prisión provisional si el hecho imputado es grave, hay indicios suficientes de su participación delictiva y concurra alguna de las finalidades legitimadoras de la prisión provisional, porque sólo en ese caso estando a disposición efectiva de ese Juez o Tribunal se evitará cualquier peligro de fuga [...], con independencia de que, simultáneamente esté cumpliendo una pena privativa de libertad, pues no se olvide que ambas responden a requisitos y finalidades distintas lo que impide el cómputo de los días de prisión como si de cumplimiento de pena se tratara".

<sup>257</sup> Vid. *supra*.

<sup>258</sup> Art. 5.1 LOPJ: "La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos".

reforma del Código Penal que entró en vigor el 23 de diciembre de 2010, se ha producido una nueva redacción del artículo 58, con el objeto de impedir la doctrina del Tribunal Constitucional con respecto al doble cómputo. Aunque la sentencia del Tribunal Constitucional, no sólo se fundamentaba en la redacción del precepto, sino que tenía otros fundamentos jurídicos de mayor calado, como es una determinada interpretación de los derechos fundamentales. Quizá este nuevo artículo 58, de mantener el Tribunal Constitucional su postura, sea declarado inconstitucional.

Sin pretender entrar en el interesantísimo debate doctrinal que tiene enormes repercusiones en el ámbito penitenciario y en la efectiva privación de libertad de los internos en prisión, queremos llamar la atención de cómo afecta el doble cómputo que de hecho ocurre cuando nos encontramos en un caso de extradición o de cumplimiento de una Orden Europea. El artículo 18 de la Ley de Extradición Pasiva, prescribe la obligación del juez o tribunal sentenciador que hubiere acordado la entrega de notificar al representante diplomático el tiempo en el que la persona reclamada ha estado privada de libertad a los fines de extradición que quedará condicionada a que se le compute como período de cumplimiento de condena. En el artículo 20.5 de la ley 3 de 2003 de Orden Europeo de Detención y Entrega, se prescribe la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de emisión el período de privación de libertad que hubiere sufrido, la persona que se reclama, para que este período sea restado de la condena que eventualmente se pudiera imponer.

De este modo y a la luz de la que suele ser la práctica penitenciaria, se produce de hecho, un doble cómputo de la pena de prisión que cumple un determinado interno en España y del período que ha pasado simultáneamente, en prisión preventiva, privado de libertad. Este período de concurrencia, se va a imputar a la extinción de la pena que en ese momento cumple y a la que cumplirá, una vez extinga la pena impuesta en España, en el país que le ha reclamado, si finalmente resulta condenado. Es así porque no se produce la comunicación que en España se practica, en caso diferente a la extradición u OEDE, antes de la sentencia 57 de 2008 y que seguirá sucediendo cuando entre en vigor la nueva redacción del artículo 58 Código Penal, consistente en la puesta en conocimiento por los centros penitenciarios a los jueces o tribunales sentenciadores o a los jueces de vigilancia, de que el período ha sido ya computado en otra causa, precisamente para evitar el doble cómputo. Esta puesta en conocimiento no se suele dar, e incluso dudamos, que sea tenida en cuenta por un tribunal extranjero, pero seguro computará el tiempo pasado por el interno en preventiva, en la causa que está enjuiciando. Este es otro de los asuntos que se tendrá que ir resolviendo con el desarrollo del ansiado ELSJ y el *Espacio Penitenciario Europeo* y la potenciación que impulsa el nuevo Tratado de Lisboa.

### **3.1.3. Valoración crítica de la Orden Europea de Detención y Entrega y sus repercusiones penitenciarias**

Estimamos que el Tratado de Ámsterdam intentó dar una respuesta a la necesidad acuciante en la Unión: la de cooperar entre los Estados que está materializando la integración europea. Ya la Unión Europea, no es sólo una unión económica, sino cada vez más una unión política. Ésta no es simplemente un deseo, es una necesidad.

Muestra de esto y punto de no retorno es la euro-orden para la construcción del espacio judicial europeo, basado en el reconocimiento y confianza mutua entre las autoridades judiciales de la Unión Europea<sup>259</sup>. Históricamente, factor decisivo para la aprobación por la Instituciones europeas de la orden, como indica FONSECA MORILLO<sup>260</sup>, fueron los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 y el efecto emocional que éstos supusieron en todo el mundo. Así se piensa en este mecanismo de cooperación para los delitos especialmente graves destacando el terrorismo y la pertenencia a organizaciones criminales transnacionales. Es importante destacar que este hecho, la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado, no debe hacer retroceder, en pro de una represión penal y policial más “eficaz”, a los derechos y garantías del proceso penal que son propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Aunque la incorporación de nuevos Estados en los últimos años, sin demasiada tradición democrática, puede tener que hacernos estar más atentos a estas garantías.

Bajo nuestro punto de vista, las **principales ventajas** son: el ser un mecanismo exclusivamente judicial; la supresión del mecanismo de doble incriminación para 32 categorías de delitos; la entrega en un plazo máximo de 90 días; la precisión taxativa de los motivos de denegación; la existencia de un formulario común, aunque éste ha sido criticado por casar poco con la necesidad constitucional de motivación de las resoluciones judiciales; el mantenimiento de los convenios bilaterales de extradición entre Estados miembros; y, finalmente, que intenta resolver el problema del *ne bis in idem* tan recurrente en procedimientos penales en el que pueden ser competentes dos Estados.

Con el paso del tiempo y la experiencia que da, la aplicación de varios años de la orden europea, pasada ya la euforia inicial, se han observado ciertos errores en ésta, especialmente en lo que se refiere a la garantía de los Derechos Fundamentales, que esperamos sean corregidos, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (con la aprobación de directivas y otras normas que incidan en el espacio judicial europeo) y la futura adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Esta **necesidad de mejora** las podemos centrar en: aumento de las garantías de los derechos procesales; la unificación a nivel europeo del concepto de rebeldía. El derecho al abogado desde el inicio de las primeras diligencias, en base a la orden europea en todos los Estados miembros y no haciendo depender este derecho de cada legislación en particular. Posibilidad de puesta en libertad del encausado en base a la orden europea y no el acudir, en exceso a la privación de libertad como medida cautelar. Igualmente es

---

<sup>259</sup> Para ZARAGOZA AGUADOR, J., en *Revista de Estudios Jurídicos de 2004*, págs. 1441 y sigs., la comunicación directa entre autoridades judiciales en la recepción, tramitación, cumplimiento y devolución de las solicitudes de ayuda y cooperación es ya una realidad. Lo era desde hace muchos años en el ámbito policial. Pero la implantación del espacio Schengen ha dibujado definitivamente un panorama de cooperación judicial completamente distinto al que conocíamos hasta entonces: la transmisión directa de comisiones rogatorias entre autoridades judiciales y su remisión ejecutada por la misma vía está prevista expresamente en los artículos 53 y concordantes del Convenio Schengen. Quiere decir ello que la tradicional intervención de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Exteriores en estos procedimientos, la manifestación más evidente de la soberanía y de la discrecionalidad de cada Estado en el ejercicio de esa función, está a un paso de ser historia.

<sup>260</sup> FONSECA MORILLO, F. J. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7. núm. 14 Enero-abril 2003, págs. 69-94.

importante la introducción de la posibilidad de realizar videoconferencias para agilizar la tramitación de la euroorden.

Debemos también añadir, la eventualidad de introducir a la hora de resolver, plazos taxativos y no meramente orientativos. Mayores referencias a la situación penitenciaria del eventual condenado, especialmente a la reinserción de éste. Prevalencia de los procedimientos en cursos, que fundamentan una determinada orden europea, mediante traslados temporales, sobre las condenas que se están cumpliendo, en caso de concurso. De lo contrario se perjudicaría a la reinserción del penado y el disfrute de derechos y beneficios penitenciarios. Aumento de la claridad en la regulación en el caso de concurrir distintas órdenes europeas en un mismo sujeto. Muy positivo, es el abono preceptivo del tiempo sufrido en prisión preventiva, en aplicación de una orden europea, si con posterioridad es condenado que ya hemos examinado en el epígrafe aparte<sup>261</sup>. Igualmente la posibilidad de enjuiciar, en base a la confianza mutua, por nuevos hechos que no hubieren sido indicados a la hora de cursar la orden europea. De este modo se agilizarían la tramitación de los procesos penales. Introducción de la potestad de todo Estado europeo de poder suspender una entrega, en caso de violación grave y persistente de los Derechos Humanos por el Estado solicitante. Necesidad de aproximar las legislaciones penales sustantivas y procesales de los Estados miembros de la Unión Europea, ya que la Decisión marco habla de categorías de delitos, que pueden ser interpretados de forma distinta en cada Estado.

No obstante, las deficiencias importantes observadas en la legislación de la orden europea, una vez llevada ésta a la práctica, el avance ha sido enorme, y el impulso a la construcción del ELSJ importante. Pensemos, por ejemplo, la no necesidad de un juez de un Estado europeo de tener que retener a un nacional de otro Estado miembro en el curso de un proceso penal, ya que las posibilidades de sustracción a la acción de la Justicia disminuyen con este nuevo recurso, la euro-orden. Las críticas a las garantías procesales y el no respeto a los Derechos Humanos, deben ser atendidos de inmediato, pero hemos de confiar que el avance y consolidación del espacio judicial europeo se hagan sentir especialmente en estos óbices<sup>262</sup>. Corolario de las dudas que suscita este instrumento es que el Tribunal Constitucional español ha estimado procedente interponer su primera cuestión prejudicial precisamente en virtud de una OEDE, vid. ATC 86/2011, de 9 de junio.

### **3.2. Multas y otras obligaciones dinerarias en el Espacio Penitenciario Europeo**

Esta materia que se regula principalmente en la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005)<sup>263</sup>, es de incidencia

---

<sup>261</sup> Vid. *supra*.

<sup>262</sup> Vid. ARROYO JIMÉNEZ, L. "Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias"; *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense. nº 8. 2011.

<sup>263</sup> Adaptada al Derecho español por ley 1 de 2008 y LO 2 de 2008.

plena en el Espacio Penitenciario Europeo<sup>264</sup> por variados motivos, ya que una multa puede derivar en una privación de libertad de forma sustitutoria<sup>265</sup>, muchos internos en las prisiones tienen además condenas a penas de multa, la multa puede ser la pena sustitutiva, si así se determina y, en definitiva, es una de las penas que en Derecho comparado Penal en Europa, se puede imponer como condena penal. Esta Decisión marco 2005/214/JAI, ha sido modificado por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009)<sup>266</sup>.

La norma es necesaria con el objeto de que, tanto las personas físicas, como las morales, no eviten el pago de las multas que le sean impuestas en un Estado miembro distinto del que tienen su residencia y su patrimonio<sup>267</sup>. Se trata de reducir la impunidad e incrementar la eficacia del cumplimiento de estas condenas<sup>268</sup>. Estas sanciones pecuniarias a reconocer<sup>269</sup>, pueden proceder de una autoridad judicial o

<sup>264</sup> Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, F.: “Ejecución en la Unión Europea de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias. Comentario a la ley 1/2008, de 4 de diciembre”, en C. ARANGÜENA FANEGO (directora), *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*. Lex Nova, 2010, págs. 304 a 347; LÓPEZ ESCUDERO, M. “El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho Europeo*. Nº 10, 2006.

<sup>265</sup> Para RÍOS MARTÍN J., SEGOVIA BERNABÉ, J. L. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *Las penas y su aplicación. Contenido legal, doctrinal y jurisprudencial*. 3ª edición. Colex, Madrid, 2007, págs. 62 y 63, si la persona condenada a pena de multa en España no puede pagarla, tiene que cumplir una pena privativa de libertad ex art. 53.1 del Código Penal. Debiéndose determinar preceptivamente en sentencia la responsabilidad personal subsidiaria. Se sustituirá un día de prisión por cada dos cuotas de multa no satisfechas, en caso de tratarse de cuotas multa. Asimismo la responsabilidad personal subsidiaria se puede cumplir en forma de localización permanente o en trabajos en beneficio de la comunidad.

Al cumplirse la responsabilidad personal subsidiaria, se extingue automáticamente la pena de multa, aunque mejorar la fortuna del reo. Igualmente de haberle sido sustituida la condena de multa por prisión, si está cumpliendo esta y paga la multa, la responsabilidad personal subsidiaria cesará de forma inmediata. En caso de no hacerse efectivo el pago de la multa de forma voluntaria y antes de la sustitución de la multa, se habrá de acudir a la vía de apremio.

El art. 53.2 del Código Penal indica que la responsabilidad personal subsidiaria no se hará efectiva en quienes hubieran sido condenado además a una pena de prisión superior a cinco años, lo cual no excluye el recurso a la vía de apremio. A nuestro juicio esta es una medida que beneficia en particular a delincuentes condenados por delitos de cierta gravedad que junto a una elevada pena de prisión, resultan condenados a importantes multas proporcionales que suelen quedarse impagadas, no obstante, tener un importante patrimonio procedente de su actividad delictiva. Caso paradigmático de lo que indicamos es el de los traficantes de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a gran escala.

<sup>266</sup> Decisión marco que tiene como objeto reforzar los derechos procesales y facilitar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, en el caso de procesos celebrados en ausencia del acusado.

<sup>267</sup> La posible privación de libertad del condenado insolvente es objeto de discusión en la doctrina penalista europea, ya que puede entenderse como una vuelta a la prisión por deudas y tratar de forma discriminatoria al reo en peor situación económica. El Tribunal Constitucional Italiano declaró en 1979 la inconstitucionalidad del arresto sustitutorio por impago de multa. Por el contrario para el Tribunal Constitucional Español la existencia de este trato discriminatorio en sentencia de 16 de febrero de 1988. Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, págs. 519 y 521.

<sup>268</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op cit. Págs. 317 y 318.

<sup>269</sup> En España, son competentes para transmitir una resolución por la que se exija el pago de un sanción pecuniaria, que tenga propiedades u obtenga ingresos en otro Estado miembro, el órgano competente de la jurisdiccional penal competente para su ejecución, según el art. 4.1 Ley 1 de 2008. Es decir, los juzgados de Instrucción, de lo Penal, Centrales de lo Penal, de Menores, Central de Menores, de Violencia sobre la Mujer, Secciones Penales de las Audiencias Provinciales, Salas de lo Penal de la Audiencia Nacional y, en caso de aforados, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas y la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. *Continúa*

administrativa<sup>270</sup>, incluidas las procedentes de infracciones contra la seguridad vial<sup>271</sup>. La posibilidad, que habilita la Decisión marco 2005/214/JAI, de que en España, los Jueces de lo Penal<sup>272</sup> tengan que ejecutar las sanciones pecuniarias impuestas por autoridades administrativas, pero en íntima relación con la ámbito penal, de otro Estado miembro, es una gran novedad de difícil aplicación en nuestro país, a diferencia de la mayoría de los Estados miembros, en los que no es extraña la existencia de sanciones administrativas que pueden ser recurridas ante la jurisdicción penal. Dado que en España, en este caso, el de que una sanción administrativa pueda ser recurrible ante la jurisdicción penal es casi inexistente, hace de hecho inaplicable esta posibilidad<sup>273</sup>.

Por **sanción pecuniaria**<sup>274</sup> se entenderá, el deber de pagar: una cantidad de dinero en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución; una compensación impuesta en la misma resolución en beneficio de las víctimas, siempre que la víctima no pueda ser parte civil en el procedimiento y el órgano jurisdiccional actúe en el ejercicio de su competencia penal; una cantidad de dinero en costas judiciales o gastos administrativos originados por los procedimientos que conducen a la resolución<sup>275</sup>; una cantidad de dinero a un fondo público o a una organización de apoyo a las víctimas, que imponga la misma resolución. Este concepto de sanción pecuniaria, desborda el Derecho Penal español, ya que además de lo que son las multas penales en nuestra legislación penal, días-multa y multa proporcional, las costas y cantidades a entregar a un fondo público u organización de apoyo a las víctimas, se incluyen elementos propios de la compensación en beneficio de la víctima, pero siempre

---

Serán los jueces de lo Penal, del lugar de residencia habitual de la persona física o la sede social de la persona jurídica, o bien, donde estén localizadas sus propiedades o fuentes de ingresos, las autoridades encargadas de la ejecución de las resoluciones transmitidas de otros Estados miembros, 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. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 327 y 327.

<sup>270</sup> Hay, en la norma de la UE, una equiparación de las sanciones pecuniarias administrativas revisables ante órganos judiciales penales, a las impuestas directamente por jueces o tribunales penales, ampliándose de esta forma el ius puniendi del Estado. JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit, pág. 324

<sup>271</sup> Los Estados miembros tienen regulaciones muy diferentes en materia de sanciones pecuniarias en el ámbito penal y en el administrativo sancionador. JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit, pág. 322.

<sup>272</sup> El art. 89 bis (in fine) de la Ley Orgánica del Poder Judicial según la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, queda redactado de la siguiente manera: “Corresponde asimismo a los Juzgados de lo Penal la ejecución de las sentencias dictadas en causas por delito por los Juzgados de Instrucción, y el reconocimiento y ejecución de las resoluciones que impongan sanciones pecuniarias transmitidas por las autoridades competentes de otros Estados miembros de la Unión Europea, cuando las mismas deban cumplirse en territorio español.”. Vid. MORENO CATENA, V y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Penal*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2011, págs. 63 y sigs.

<sup>273</sup> Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit, págs. 331 y 332.

<sup>274</sup> Vid. art. 1 b) DM 214.

<sup>275</sup> En los artículos 239 a 246 del Título XI, del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, se establece el conjunto de obligaciones económicas del proceso para las partes. Pero se ha de advertir que las costas no son un equivalente exacto de todas y cada uno de los gastos que tienen causa del proceso penal en España. Así la Ley de Enjuiciamiento Civil entiende por gastos del proceso “aquellos desembolsos que tienen su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso”; siendo las costas una parte de estos gastos que precisan las mismas normas procesales para que recaigan, si procede, en las partes. Vid. MUERZA ESPARZA, J.: “Costas y asistencia jurídica gratuita”, en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007, págs. 837 y sigs.

que, conforme al Derecho del Estado miembro, la víctima no pueda ser parte civil en el proceso penal<sup>276</sup>.

Al excluir la Ley 1 de 2008, por la que se transpone a España la Decisión marco 2005/214/JAI, la posibilidad de que las responsabilidades civiles procedentes de hechos delictivos se hagan efectiva en su aplicación y al permitir, con carácter general, el Derecho Penal español que la víctima pueda ejercer la acción civil en el procedimiento penal, si deriva del hecho delictivo, por lo que siempre habrá tenido la oportunidad de ser parte en el proceso, el concepto de sanción pecuniaria, de la Decisión marco 2005/214/JAI, en España, cuando actúe como elemento activo, no comprende la responsabilidad civil<sup>277</sup>. Por el contrario, desde el punto de vista pasivo, España, sí ejecutará órdenes de reparación de daños y perjuicios, procedentes de infracciones penales, dictadas por autoridades judiciales de Estados miembros, si la víctima no puede ser parte civil en el procedimiento y el órgano judicial interviene en virtud de su jurisdicción penal<sup>278</sup>. Podrá transmitirse una resolución, junto con un certificado, a las autoridades competentes de un Estado miembro en el que la persona física o jurídica contra la que se haya dictado resolución posea propiedades, obtenga ingresos o tenga la residencia habitual o, en el caso de una persona jurídica, esté ubicada su sede<sup>279</sup>. En la regulación, hay unas disposiciones particulares para Reino Unido e Irlanda<sup>280</sup>.

Al listado clásico de los 32 categorías delictivas, se suman 7 nuevas categorías, que se pueden calificar de administrativas, como las conductas contrarias a la legislación de tráfico<sup>281</sup>. En el caso de que se trate de infracciones no contempladas en el

<sup>276</sup> Se excluye de forma expresa de la aplicación de la Decisión marco 214, las resoluciones de confiscación de instrumentos y efectos del delito y los pronunciamientos civiles por daños y perjuicios o una restitución a ejecutar de acuerdo con el Reglamento CE 44 de 2001 del Consejo, de 22 diciembre de 2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit. Pág. 332.

<sup>277</sup> Destaca OROMÍ VALL-LLOVERA, S.: “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE”, en A. DE LA OLIVA SANTOS, T. ARMENTA DEU y M. P. CALDERÓN CUADRADO, *Garantías fundamentales en el proceso penal europeo en el Espacio Judicial Europeo*. Colex, Madrid, 2007, págs. 130 y 131, que con objeto de evitar la llamada victimización secundaria la Unión Europea ha aprobado varias normas, siendo dignas de mención: Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional; Acción Común, aprobada por el Consejo el 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; Decisión 2002/630/JAI del Consejo de 22 de julio, por la que se establece un programa marco sobre la cooperación judicial y policial en materia penal; directiva 2004/80/ CE del Consejo, de 29 de abril, sobre indemnización a las víctimas de delitos; Decisión marco 2004/68/ JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y la directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Además naturalmente, de la ya nombrada, Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. DO L 82 de 22.3.2001.

<sup>278</sup> JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit, págs. 333.

<sup>279</sup> La autoridad competente del Estado miembro transmitirá la resolución o una copia certificada de la misma, junto con el certificado, directamente a la autoridad competente del Estado de ejecución, por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan al Estado de ejecución establecer su autenticidad.

El original de la resolución, o la copia certificada de la misma, y el original del certificado, se enviarán al Estado de ejecución si éste lo solicita. Las autoridades competentes mencionadas mantendrán cualquier comunicación entre sí de forma directa.

<sup>280</sup> Vid. art. 4.7.

<sup>281</sup> Este listado puede ser ampliado por el Consejo. Vid. art. 5.

listado, la ejecución y el reconocimiento se podrá condicionar a que las conductas sean constitutivas de infracción en el Estado de ejecución.

Como motivos para el no reconocimiento o la no ejecución, indicados en el art. 7 de la Decisión marco, se destaca primeramente el principio *non bis in idem*, que atendiendo a la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo de España, impide tanto el procesamiento, como la ejecución de una condena, si hay una resolución judicial, previa, definitiva o firme, condenatoria o absolutoria, en base a los mismos hechos y las mismas personas. Este principio está directamente relacionado con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, legalidad penal y proporcionalidad de las penas, que junto al *non bis in idem*, están protegidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>282</sup>; debiendo ser por ello, causa imperativa y no meramente facultativa de denegación del reconocimiento y la ejecución de resoluciones penales en el ELSJ<sup>283</sup>. También es causa de denegación, fuera del listado de la categoría de infracciones, el que los hechos no sean constitutivos de infracción en el Estado de ejecución; la prescripción de la ejecución de la sanción, con respecto al Estado de ejecución, si los hechos son competencias de este Estado, será asimismo, causa de denegación. Igualmente el principio de territorialidad puede ser causa a alegar por el Estado de ejecución, ya que si la resolución se refiere a hechos: cometidos en su totalidad o en parte en el territorio del Estado de ejecución o en un lugar asimilado al mismo, o se hayan cometido fuera del territorio del Estado de emisión y el Derecho del Estado de ejecución no permita la persecución por las mismas infracciones cuando se hayan cometido fuera de su territorio. De la misma forma la inmunidad y la edad<sup>284</sup>, si conforme al Estado de ejecución se impide el cumplimiento de la sanción, son óbices para el no reconocimiento o la no ejecución.

Por Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado, se han añadido dos motivos de denegación para el no reconocimiento o la no ejecución de las sanciones pecuniarias, en relación a los procesos desarrollados en rebeldía del acusado, si no se dan las garantías que expresamente se relacionan<sup>285</sup>.

---

<sup>282</sup> Vid *infra* el epígrafe de la investigación dedicado a esta materia.

<sup>283</sup> STJUE de 11 de febrero de 2003, asuntos acumulados C- 187/2001 y C-385/2001, asuntos Gözütok y Brügger; asunto Miraglia, de 10 de marzo de 2004, C-469/2003 y el caso Van Esbroeck, de 9 de marzo de 2006, C-436/04; y la STS 380 de 22 de diciembre de 2003 y auto de 14 de enero de 2000, en Causa Especial nº 640 de 1999. Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, F., op. cit. Págs. 339 y 340.

<sup>284</sup> La ley de adaptación en España de la norma, indica que sí se puede ejecutar una multa impuesta a un mayor de 14 años, ya que es conforme a la Ley Orgánica 5 de 2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor.

<sup>285</sup> Si el imputado no compareció en el juicio del que deriva la resolución, salvo que en el certificado conste que el imputado, con arreglo a otros requisitos procesales definidos en la legislación nacional del Estado miembro:

i) con suficiente antelación, fue citado en persona e informado así del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que el imputado tenía conocimiento del juicio previsto, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y fue informado de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia,

o ii) teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio,

*Continúa*

A la vez, por la Decisión marco 2009/299/JAI, se posibilita el no reconocimiento o no ejecución si el imputado, en caso de procedimiento escrito, no ha sido informado, conforme a la legislación del Estado miembro, personalmente o a través de un representante competente con arreglo a la legislación nacional, de su derecho a impugnar la resolución y de los plazos para la interposición de dicho recurso<sup>286</sup>. Por último, es causa para denegar el reconocimiento y la ejecución, el que la sanción pecuniaria sea inferior a 70 euros o importe equivalente. Igual que sucede en las Decisiones marco relativas al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, el art. 20.3 habilita a que los Estados miembros, alegan una presunta violación de los derechos fundamentales para ello. Se puede producir una adaptación de la multa o sanción pecuniaria por la autoridad competente del Estado de ejecución, en los casos indicados en el art. 8, que hacen referencia a que parte de los hechos por los que se ha condenado, no han sido cometidos en el Estado de emisión.

La **ley que regirá la ejecución**, es la del Estado de ejecución. Incluso en el caso de que este Derecho, no reconozca la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sanciones pecuniarias impuestas a estas se ejecutarán<sup>287</sup>. Si el Estado de ejecución no puede ejecutar la sanción, de forma absoluta o parcial, podrá imponer sanciones alternativas, incluso la responsabilidad personal subsidiaria, si su Derecho lo permite<sup>288</sup> y si, el Estado de emisión lo ha previsto. El Estado de emisión está obligado a informar al Estado de ejecución, de toda resolución o medida que suponga anular el carácter ejecutivo de la resolución o la retirada de la resolución del Estado de ejecución por cualquier motivo<sup>289</sup>; debiendo, por consiguiente, el Estado de ejecución suspender la ejecución. Las cantidades satisfechas por el condenado en el Estado de ejecución, revertirán en este, salvo que los Estados miembros implicados acuerden otra cosa, lo que entendemos que será preceptivo en el caso de indemnizaciones a las víctimas<sup>290</sup>.

Una vez transmitida la ejecución de una sanción pecuniaria en base a la Decisión marco 2005/214/JAI y las normas nacionales de desarrollo y adaptación, el Estado de emisión, ya no podrá ejecutar la resolución en cuestión; pero la ejecución revertirá al Estado de emisión si: el Estado de ejecución informa a este de la no ejecución total o parcial de la resolución, o del no reconocimiento o la no ejecución<sup>291</sup>, o bien, cuando el Estado de emisión informe al Estado de ejecución de que la resolución se ha retirado. Por ello, el Estado de ejecución ha de informar a la autoridad competente del

---

o iii) tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso, en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial: declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido.

O bien, el imputado no compareció en el juicio, salvo que en dicho certificado conste que el imputado, explícitamente informado del procedimiento y de la posibilidad de asistir en persona a un proceso, ha declarado explícitamente que renuncia al derecho de una vista oral y ha indicado explícitamente que no impugna la resolución.

<sup>286</sup> Vid. art. 7.2.g de la DM 214, en su nueva redacción.

<sup>287</sup> En España, desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5 de 2010, el 23 de diciembre de 2010, las personas jurídicas son criminalmente responsables.

<sup>288</sup> Vid. MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004, págs. 519 y 521.

<sup>289</sup> Vid. art. 12.1

<sup>290</sup> Vid. art. 13.

<sup>291</sup> En este caso se admiten algunas excepciones indicadas en el art. 15.2.

Estado de emisión, antes, durante y al cumplirse la sanción, de<sup>292</sup>: de la transmisión de la resolución a la autoridad competente; de cualquier resolución de no reconocer y ejecutar una resolución; de la no ejecución total o parcial de la resolución y de la ejecución de la resolución tan pronto como haya finalizado la ejecución; de la aplicación de una sanción alternativa.

Si hubiera acuerdos vigentes, bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros, de mejor o más simple aplicación, se aplicarán con carácter preferente a la Decisión marco 2005/214/JAI<sup>293</sup>, por lo que no se produce ninguna derogación expresa.

### 3.3. Efectos de las condenas penales en un Estado miembro distinto del que la dictó

Con la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008)<sup>294</sup>, se pretende establecer una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros, ya que no todos atribuyen efectos a las condenas dictadas en otros Estados, teniendo sólo presentes las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales<sup>295</sup>. Se entiende procedente en el ELSJ establecer el principio en virtud del cual todo Estado miembro ha de atribuir a una condena pronunciada en otro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional, ya se trate de efectos de hecho o de derecho procesal o sustantivo según el Derecho nacional<sup>296</sup>. Pero ese objetivo no supone la armonización de las consecuencias que las diferentes legislaciones nacionales reconocen a la existencia de condenas anteriores.

La obligación de tener en cuenta condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros, existe sólo en la medida en que se tienen en cuenta las condenas nacionales anteriores con arreglo al Derecho nacional<sup>297</sup>, ya se dé en la fase previa al proceso penal, en el mismo proceso o en la ejecución, como puede ocurrir a la hora de conceder permisos penitenciarios o progresiones de grado. En el art. 3.2 de la Decisión marco 2008/675/JAI, se establece que la consideración de una condena

---

<sup>292</sup> Vid. art. 14 DM 214.

<sup>293</sup> Vid. art. 18.

<sup>294</sup> Esta norma, según su art. 4, sustituye al art. 56 del Convenio Europeo de La Haya de 28 de mayo de 1970 sobre la validez internacional de las sentencias penales, entre los Estados miembros partes en dicho Convenio, sin perjuicio de la aplicación de dicho artículo en las relaciones entre los Estados miembros y terceros países.

<sup>295</sup> Se quiere evitar por el “legislador europeo”, según el Considerando 8, que en la medida de lo posible, el hecho de que con ocasión de un nuevo proceso penal en un Estado miembro, se disponga de información sobre una condena anterior dictada en otro Estado miembro, dé lugar a que el interesado reciba un trato menos favorable que si la condena anterior hubiera sido dictada por un órgano jurisdiccional nacional.

<sup>296</sup> Como se destaca en el Considerando 6, con la Decisión marco 675, no se pretende el reconocimiento mutuo y ejecución de resoluciones judiciales, objetivo de muchas de las Decisiones marco en la CPJP, sino posibilitar “que se puedan vincular consecuencias a una condena anterior pronunciada en un Estado miembro con motivo de un nuevo proceso penal en otro Estado miembro, en la medida que dichas consecuencias están vinculadas a penas nacionales previas con arreglo al Derecho de ese otro Estado miembro”.

<sup>297</sup> Vid. Considerando 5 de la DM 675.

pronunciada en otro Estado miembro puede tener incluso como efecto “la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución.”

Por ello, esta norma tiene una singular incidencia en el *Espacio Penitenciario Europeo*<sup>298</sup>, piénsese, por ejemplo, en la posible acumulación jurídica, o bien, en una refundición de condenas, en aplicación, en fase de ejecución penal, de la Decisión marco 2008/675/JAI, como esta misma prescribe en el art. 3.1, que “cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes [...] en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional.” Recuérdese que aunque la presente Decisión marco no ha sido por el momento adaptada al ordenamiento interno español, expirado ya el plazo de máximo de transposición del 15 de agosto de 2010, sí tendría ciertos efectos jurídicos como se ha encargado de destacar la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *María Pupino*<sup>299</sup>.

Se entenderá por **condena**<sup>300</sup>, toda resolución definitiva de un órgano jurisdiccional penal por la que se establece la culpabilidad de una persona por una infracción penal. La consideración de condenas anteriores impuestas en otros Estados miembros, no tendrá por efecto que haya una interferencia en el Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso en condenas anteriores o en cualquier resolución relativa a su ejecución, ni una revocación o revisión de las mismas por dicho Estado miembro. Así, la consideración de una condena anterior, no se tendrá en cuenta en la medida en que, de haber sido la condena anterior una condena nacional del Estado miembro en el que se desarrolle el nuevo proceso, la consideración de la condena anterior hubiera tenido por efecto, de conformidad con el Derecho nacional de dicho Estado miembro, una interferencia en la condena anterior o en cualquier resolución relativa a su ejecución, o una revocación o revisión de estas<sup>301</sup>.

No obstante esto, prescribe el art. 3.5, que si la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo, los apartados 1 y 2 de este art. 3, no tendrán por efecto el de exigir a los Estados que apliquen su legislación nacional relativa a la imposición de sanciones, si la aplicación de dichas normas a las condenas extranjeras limitara al órgano jurisdiccional al imponer una sanción en el nuevo proceso. Pero, sin embargo, los Estados miembros garantizarán que, en tales casos, sus órganos jurisdiccionales puedan tener en cuenta a otros efectos las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros.

---

<sup>298</sup> Entiende PALOMO DEL ARCO, A., op. cit. pág. 150, que la Decisión marco 675 parece que alude sólo a consideraciones perjudiciales al reo, prisión provisional, reincidencia, ponderación de la pena, etc.; mientras que obvia cualquier consideración positiva, como los supuestos de acumulación jurídica o de absorción en la determinación de las penas.

Entendemos que la enumeración que hace el propio art. 3.2, no es exhaustiva, por lo que no se impiden efectos que favorecieran al reo, como una eventual acumulación jurídica de las penas ex art. 76 del CP, o bien una refundición de condena para beneficiarse de las fechas penitenciarias.

<sup>299</sup> Vid. *supra*.

<sup>300</sup> Vid. art. 2.

<sup>301</sup> Vid. art. 3.

### 3.4. Circulación de los antecedentes penales en el Espacio Penitenciario Europeo: principales problemas planteados

Derogando expresamente la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales, y demás instrumentos pertinentes. (DO L 322 de 9.12.2005), la Decisión marco 2008/315/ JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales<sup>302</sup> entre los Estados miembros<sup>303</sup>, entró en vigor el 27 de abril de 2009, siendo el plazo máximo de transposición el 27 de abril de 2012. La norma tiene, como uno de sus objetivos principales, el perfeccionamiento del intercambio de información sobre las condenas, incluidas las inhabilitaciones, que pudieran imponerse por sentencia penal y se anoten en el registro de antecedentes penales del Estado miembro de condena a ciudadanos de la Unión Europea<sup>304</sup>. Actualmente se está tramitando en España un anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, con el objeto de adaptar esta Decisión marco al Derecho interno español.

Se configura como complemento necesario de la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008), que hace referencia a la utilización que los Estados miembros hagan de la información transmitida por otro Estado miembro, relativa a resoluciones condenatorias<sup>305</sup>. Se entiende insuficiente la regulación del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y sus Protocolos adicionales y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000 y su Protocolo de 2001. Continuarán vigentes, en cuanto resulten más favorables que la Decisión marco 2008/315/JAI, los acuerdos bilaterales y multilaterales entre los Estados miembros. El modelo utilizado para la presente Decisión marco es el sistema de Schengen<sup>306</sup>.

Está muy presente en la norma que estudiamos, la protección de datos de carácter personal, que cobra una especial importancia cuando nos referimos a antecedentes penales, ya que condicionan y limitan la reinserción social de los penados, particularmente en el caso de condenas de prisión<sup>307</sup>. Se pretende que los Estados miembros de condena,

---

<sup>302</sup> Vid. BUENOS ARÚS, F. *La cancelación de antecedentes penales*. Thomson-Civitas. 1ª edición. Cizur Menor (Navarra), 2006.

<sup>303</sup> Vid. Decisión del Consejo 316 de 2009, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI (Diario Oficial L 93 de 7.4.2009).

<sup>304</sup> Entiende el “legislador europeo” para que se dé en la UE un verdadero ELSJ, tiene que darse con fluidez el intercambio de información, entre las autoridades competentes de los Estados miembros, de los registros de antecedentes penales.

Se respeta el principio de subsidiariedad, ya que el objetivo de mejorar los mecanismos de transmisión de información sobre condenas entre Estados miembros no puede ser alcanzado de manera eficiente y eficaz mediante la actuación unilateral de los Estados miembros y requiere una actuación concertada en toda la Unión Europea.

<sup>305</sup> Vid. *supra*.

<sup>306</sup> Vid. Considerando 2.

<sup>307</sup> Vid. Considerando 15 y la Recomendación R (84) 10 del Consejo de Europa sobre el registro de antecedentes penales y la rehabilitación de los condenados.

transmitan a los Estados miembros de nacionalidad de los condenados, la información referentes a las condenas de sus nacionales, para que estos estén en disposición de proporcionar información suficiente sobre la solicitudes de antecedentes penales que le haga cualquier Estado miembro<sup>308</sup>. Independientemente de esta posibilidad, que podemos calificar de general, cualquier autoridad judicial de un Estado miembro, puede transmitir y solicitar información del registro de antecedentes penales<sup>309</sup>. Para la mejor circulación y comprensión de antecedentes penales, se configura un “formato europeo normalizado” para intercambiar esta información “de manera homogénea, informatizada y fácilmente traducible por medio de mecanismos automatizados”, que pueda contribuir a mejorar su entendimiento. La información sobre condenas enviada por el Estado miembro de condena se transmitirá en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales de dicho Estado<sup>310</sup>. El mecanismo para la transmisión de la información por el Estado miembro de condena, se establece básicamente en el art. 4 de la Decisión marco.

Así, en primer lugar, y como requisito previo para la activación del sistema, al transmitirse al registro de antecedentes penales, información sobre condenas, además de esta misma, siempre se tiene que indicar la nacionalidad o nacionalidades<sup>311</sup> del condenado, si este es nacional de un Estado miembro. Seguidamente, la autoridad central<sup>312</sup> del Estado miembro de condena comunicará, a la mayor brevedad, a las autoridades centrales de los restantes Estados miembros las condenas<sup>313</sup> pronunciadas dentro de su territorio contra los nacionales de los restantes Estados miembros, tal como figuren inscritas en el registro de antecedentes penales. Se deberán comunicar, por la autoridad central del Estado miembro de condena, a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad del condenado, de toda vicisitud relevante en relación a la información transmitida. Esta comunicación se hará lo más rápido posible, ya que podría generar cambios en la situación jurídica del condenado. En casos especiales, se podrá también transmitir, además de las condenas pronunciadas, copia de las condenas y medidas relacionadas con estas, así como cualquier otra información conexas pertinente, con el objeto de imponer, si es procedente, alguna medida a nivel nacional.

En base a este mecanismo, **si se necesita información del registro de antecedentes penales de un Estado miembro**, tanto para un procedimiento penal como para cualquier otro fin, la autoridad central de dicho Estado miembro, de acuerdo con su Derecho nacional, podrá presentar una solicitud de extracto de antecedentes penales y de información sobre dichos antecedentes a la autoridad central de otro Estado miembro. La información que se transmitirá, se indica en el art. 7: “a) las condenas pronunciadas en el Estado miembro de nacionalidad que consten en el registro de

---

<sup>308</sup> Así la presente Decisión marco, obliga a la autoridad central de todo Estado miembro a solicitar e incluir toda la información obtenida del registro de antecedentes penales del Estado miembro de nacionalidad de la persona en sus extractos del registro de antecedentes penales, al responder a un requerimiento sobre una persona. Vid. Considerando 12.

<sup>309</sup> Vid. Considerando 10.

<sup>310</sup> Vid. Considerando 17.

<sup>311</sup> Si consta que el condenado tiene la nacionalidad de varios Estados miembros, la información se ha de transmitir a todos.

<sup>312</sup> Ordena el art. 3 de la Decisión marco, que cada Estado miembro designará una autoridad central a efectos del cumplimiento del articulado de la norma.

<sup>313</sup> En el art. 1 se define condena, como: “toda resolución definitiva de un órgano jurisdiccional penal por la que se condene a una persona por una infracción penal, en la medida en que dichas resoluciones se inscriban en el registro de antecedentes penales del Estado miembro de condena”.

antecedentes penales; b) las condenas pronunciadas en otros Estados miembros que le hayan sido transmitidas con posterioridad al 26 de marzo de 2012, en aplicación del artículo 4, tal como se hayan conservado de conformidad con el artículo 5, apartados 1 y 2; c) las condenas pronunciadas en otros Estados miembros que le hayan sido transmitidas con anterioridad al 26 de marzo de 2012, y se hayan inscrito en el registro de antecedentes penales y d) las condenas pronunciadas en terceros países que le hayan sido transmitidas y se hayan inscrito en el registro de antecedentes penales.” La información requerida se transmitirá de manera inmediata y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 10 días<sup>314</sup>.

### 3.5. Protección de datos en el Espacio Penitenciario Europeo

La Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L350 de 30.12.2008)<sup>315</sup> supone un avance muy relevante y necesario en un ámbito el de la Cooperación Policial y Judicial Penal, que requiere de una regulación completa en cuanto a protección de datos por los derechos que se ponen en juego en esta materia<sup>316</sup>. Ya que la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO n° L 281 de 23/11/1995)<sup>317</sup>, no es de aplicación en asuntos referentes a la seguridad pública, la seguridad del Estado o la intervención de este en el Derecho Penal<sup>318</sup>, se procedente la adopción de un instrumento jurídico para que se dé una mayor confianza entre los Estados miembros en este asunto y que se garantice, a la vez, la protección en el intercambio de esta información, basada en los derechos fundamentales, tal y como se indica, por ejemplo en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La Decisión marco 2008/977/JAI, sólo se aplica<sup>319</sup>, a la información recogida o tratada para la “prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de sanciones

---

<sup>314</sup> El plazo máximo será de 20 días en el caso del art. 6.2.

<sup>315</sup> La norma ha de ser transpuesta a los Derechos internos de los Estados miembros, a más tardar el 27 de noviembre de 2010.

<sup>316</sup> Vid. REBOLLO DELGADO, L. *Vida Privada y Protección de Datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 2008. TÉLLEZ AGUILERA, A. *La protección de datos en la unión Europea: divergencias normativas y anhelos unificadores*. Edisofer. Madrid, 2002. TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas tecnologías: intimidad y protección de datos (estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999)*. Edisofer. Madrid, 2001.

<sup>317</sup> DO L 281 de 23 de noviembre de 1995. En la actualidad existe una iniciativa de reforma de esta directiva por medio de la propuesta del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos (Reglamento General de Protección de Datos): COM(2012) 11 final, 2012/0011 (COD).

<sup>318</sup> Lo mismo sucede con el Reglamento 45 de 2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos, y la directiva 58 de 2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) y la Decisión marco 222 de 2005 del Consejo, relativa a los ataques contra los sistemas de información.

<sup>319</sup> Vid. considerando 6. Por el contrario, no es de aplicación a los datos personales, a los que se refiere la Decisión marco 977, pero que se han obtenido por un Estado miembro en su territorio, es decir, que no han sido obtenidos mediante transferencia de otro Estado miembro.

penales.”, transmitidos o puestos a disposición entre Estados miembros. Es decir, es de plena aplicación en el *Espacio Penitenciario Europeo*.

Pretende el Consejo, con la aprobación de esta norma, dar legalidad al tratamiento de los datos personales, para que el intercambio de información entre los Estados miembros en estas materias, sea lícito y respetuoso con los derechos fundamentales; no perjudicando las actuaciones legítimas de la policía, aduanas, Jueces y Tribunales y demás autoridades competentes<sup>320</sup>. Conviene definir, con pleno respeto al principio de subsidiariedad, en todos los Estados miembros las condiciones en que debe permitirse a las autoridades competentes, la transmisión a autoridades y particulares de los Estados miembros y puesta a su disposición de datos personales recibidos de otros Estados miembros.

Además, en ciertos casos, es igualmente, necesaria la transmisión de estos datos a particulares, pero con las precauciones legales procedentes. Pero la Decisión marco 2008/977/JAI, no se aplica a la comunicación de datos a particulares en el procedimiento penal. De la misma forma, puede ser necesaria la transmisión de estos datos a terceros Estados y organizaciones internacionales, dedicados a la represión del delito y la ejecución de sanciones penales, lo cual, tiene que estar también rodeado de las formalidades legales<sup>321</sup>. La transferencia sólo ha de efectuarse, en este caso, si el Estado miembro que ha cedido los datos da el consentimiento para la nueva cesión, salvo que la urgencia de la respuesta impida el consentimiento previo. Los particulares, titulares de los datos, han de ser puestos al corriente de la información que puede o que está siendo objeto transferencia a otro Estado miembro, especialmente en el caso de intromisiones graves o de recogidas secretas. Se crearán en los Estados miembros autoridades de control, que con plena independencia, protejan los datos personales en relación a la CPJP<sup>322</sup>.

La Decisión marco no sustituye a los diversos instrumentos jurídicos adoptados en la Unión Europea en el ámbito de la CPJP, como los que regulan el funcionamiento de EUROPOL, EUROJUST, el Sistema de Información de Schengen (SIS) y el Sistema de Información Aduanero (SIA), que prevén regímenes especiales de protección de datos o que suelen remitirse a los instrumentos de protección de datos del Consejo de Europa<sup>323</sup>. Al igual que ocurre en otros muchos instrumentos del ELSJ, Reino Unido e Irlanda, introducen particularidades en el régimen general de aplicación de la Decisión marco 977.

Comienza el articulado de la Decisión marco estableciendo un equilibrio entre la protección de datos en la CPJP y el objetivo de la Unión Europea de alcanzar en su

<sup>320</sup> Vid. Considerando 11.

<sup>321</sup> Vid. Considerandos 22 y 23.

<sup>322</sup> Según el Considerando 35: “Dichas autoridades de control deben disponer de los medios necesarios para cumplir sus funciones, entre ellos competencias de investigación y de intervención, en particular en casos de reclamaciones presentadas por particulares, y competencia para actuar en procedimientos judiciales. Tales autoridades de control deben contribuir a garantizar la transparencia de los tratamientos de datos en los Estados miembros de su competencia territorial. Sin embargo, sus competencias no deben afectar a las normas específicas previstas para los procesos penales, ni a la independencia del poder judicial”.

<sup>323</sup> Tampoco afectará la norma al Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, ni a su Protocolo adicional de 8 de noviembre de 2001, ni a los convenios del Consejo de Europa relativos a la cooperación judicial en materia penal, según el Considerando 41.

territorio un alto nivel de seguridad en el ELSJ. El ámbito de aplicación<sup>324</sup> será el indicado en el art. 1.2, en relación con los datos personales, cuando: los Estados miembros los transmitan o hayan transmitido o los pongan o hayan puesto a disposición entre sí; los Estados miembros los transmitan o hayan transmitido a autoridades o sistemas de información creados en el seno de la CPJP, o los pongan o hayan puesto a su disposición; o las autoridades o sistemas de información creados en virtud del Tratado de la Unión Europea o del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea los transmitan o hayan transmitido a las autoridades competentes de los Estados miembros, o los pongan o hayan puesto a su disposición. Se dejan a salvo, como no podía ser menos, los “intereses esenciales de la seguridad del Estado” y las actividades de los servicios de inteligencia.

En el art. 2, siguiendo una técnica legislativa anglosajona y clásica ya en las Decisiones marco del ELSJ, se hacen una serie de definiciones a los efectos de la aplicación de la norma<sup>325</sup>. Este ámbito de aplicación, que está condicionado por los principios de licitud, proporcionalidad, finalidad, rectificación<sup>326</sup>, supresión<sup>327</sup>, bloqueo<sup>328</sup> y calidad de los datos disponibles<sup>329</sup>, podrá verse ampliado para otros fines, según los matices que hace el art. 3. Los datos que afecten al origen racial o étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical y los datos relativos a la salud o a la vida sexual, estarán especialmente protegidos. Las “decisiones específicas automatizadas”, en una regulación que recuerda mucho al art. 6.1 del Reglamento Penitenciario español<sup>330</sup>, sólo se permitirán cuando estén autorizadas por una ley que, a su vez, establezca medidas que garanticen los intereses legítimos del interesado.

Los datos personales transmitidos o puestos a disposición por otro Estado miembro, sólo podrán tratarse con posterioridad y para fines distintos de los del art. 3.2, pero cumpliendo sus requisitos, cuando estos nuevos fines sean: la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales distintas de aquellas para las que se transmitieron o pusieron a disposición; otros procedimientos judiciales y administrativos directamente relacionados con la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales; la prevención de amenazas inmediatas y graves a la seguridad pública, o cualquier otro fin, solo con el previo consentimiento del Estado miembro transmisor o con el consentimiento del interesado, otorgados de acuerdo con el Derecho nacional.

---

<sup>324</sup> La norma es aplicable tanto al tratamiento automatizado, como al no automatizado, según el art. 1.3.

<sup>325</sup> Datos personales, tratamiento de datos personales, bloqueo, fichero de datos personales, encargado del tratamiento, destinatario, consentimiento del interesado, autoridades competentes, responsable del tratamiento, marcado y procedimiento de disociación.

<sup>326</sup> Cuando sean incorrectos y, cuando sea posible y necesario, se completarán o actualizarán.

<sup>327</sup> Cuando ya no sean necesarios a los fines para los que fueron legalmente recogidos o legalmente tratados posteriormente.

<sup>328</sup> Los datos personales se bloquearán, en lugar de suprimirse, en caso de que haya razones justificadas para suponer que la supresión pueda perjudicar los intereses legítimos del interesado. Los datos bloqueados podrán tratarse solo para los fines que impidieron su supresión.

<sup>329</sup> Vid. art. 8.

<sup>330</sup> “Ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno.”

Si con arreglo al Derecho del Estado miembro transmisor, se aplican **limitaciones específicas** de tratamiento en circunstancias concretas a los intercambios de datos entre autoridades competentes en dicho Estado miembro, la autoridad transmisora comunicará al destinatario dichas limitaciones<sup>331</sup>. Además, si el Estado miembro transmisor lo insta, será informado por el Estado miembro receptor del tratamiento de los datos que se le han comunicado<sup>332</sup>. La transferencia a **terceros Estados y a organizaciones internacionales**, se podrá efectuar si: es necesario para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de sanciones penales; si la autoridad receptora del tercer Estado o el organismo internacional receptor es competente para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales; si el Estado miembro que proporcionó los datos haya consentido la transferencia de acuerdo con su Derecho nacional; y si, además, que el tercer Estado u organismo internacional de que se trate, garantice un nivel adecuado de protección en el tratamiento de datos previsto<sup>333</sup>. Las condiciones de la transmisión de datos a **particulares**, se establece en el art. 14<sup>334</sup>.

Asimismo, el interesado, según el art. 16, tiene derecho a que se le informe del tratamiento de sus datos personales por las autoridades competentes; teniendo un derecho de acceso a los datos, con una periodicidad razonable<sup>335</sup>, además de los derechos de rectificación, supresión o bloqueo del art. 18. Asimismo se otorga un **derecho de reparación**<sup>336</sup> que es objeto de regulación específica, en los casos en que se produzcan daños y perjuicios como consecuencia del tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Decisión marco. El interesado para ejercitar sus derechos, puede acudir a los recursos judiciales, sin perjuicio de la vía puramente administrativa, en caso de violación de estos<sup>337</sup>.

Para reforzar estos derechos, se indica en el texto de la norma que para la seguridad del tratamiento, las autoridades competentes<sup>338</sup> aplicarán “las medidas técnicas y de organización adecuadas para proteger los datos personales contra la destrucción accidental o ilícita, la pérdida accidental, la alteración, la difusión o el acceso no autorizados, en particular cuando el tratamiento incluya la transmisión de datos dentro de una red o la puesta a disposición de datos mediante acceso automatizado directo, y

<sup>331</sup> Art. 12.

<sup>332</sup> Art. 15.

<sup>333</sup> Vid. art. 13.

<sup>334</sup> Cuando: la autoridad competente del Estado miembro del que se obtuvieron los datos haya consentido en que estos se transmitan de acuerdo con su Derecho nacional; que los legítimos intereses específicos del interesado no impidan la transmisión; que en determinados casos sea esencial que la autoridad competente transmita los datos a particulares por alguno de los siguientes motivos: i) para el cumplimiento de funciones que tiene legalmente asignadas, ii) para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, iii) para la prevención de amenazas inmediatas y graves a la seguridad pública, o iv) para la prevención de lesiones graves de los derechos de las personas.

<sup>335</sup> Art. 17. Vid. *infra*, Teoría del abuso del derecho.

<sup>336</sup> Art. 19.

<sup>337</sup> Art. 20.

<sup>338</sup> Según el art. 25, todos los Estados miembros, tendrán una o más autoridades públicas que se encarguen en su territorio de asesorar y vigilar la aplicación de las disposiciones que los Estados miembros hayan adoptado en aplicación de la presente Decisión marco. Estas autoridades ejercerán las funciones que les son atribuidas con total independencia.

contra cualquier otro tratamiento ilícito”, para esto tendrá en cuenta, los riesgos que presente el tratamiento y la naturaleza de los datos que deban protegerse.

Para concluir el epígrafe querríamos destacar que actualmente se está tramitando una nueva norma, con forma de directiva, con el objeto de regular nuevamente esta materia. En este sentido puede consultarse la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y la libre circulación de dichos datos. COM(2012) 10 final. 2012/0010 (COD).

### 3.6. Tratamiento de la víctima en el Espacio Penitenciario Europeo

Aunque la Administración Penitenciaria y los órganos del Poder Judicial encargados de la fase de ejecución de penas, especialmente las privativas de libertad, tienen como misión fundamental hacer cumplir estas en la forma prescrita por las leyes, reglamentos, normas internacionales y el fallo condenatorio, es razonable que con una visión integradora y atendiendo a un básico principio de Justicia material, también se tengan presente los derechos de las víctimas de los delitos. Por ello, la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>339</sup> (DO L 82 de 22.3.2001)<sup>340</sup>, entiende que es conveniente que se aproximan las legislaciones penales y reparatoras de los Estados miembros, para que las víctimas tengan un “elevado nivel de protección”, sin que el lugar de comisión del delito o el Estado miembro de residencia de esta, sea motivo para que se perjudiquen sus derechos<sup>341</sup>. Se han de prestar singular atención a la dignidad de las víctimas, que ya por el hecho de haber sido objeto de una actividad delictiva, este es siempre atacado<sup>342</sup>.

Destaca el Considerando 5, que para evitar la victimización secundaria<sup>343</sup>, las respuestas legales de atención a las víctimas no han de ser parciales o incoherentes. Aunque el grado de cumplimiento de la norma, cuyo plazo máximo de transposición por los Estados miembros, expiró, en última instancia el 22 de marzo de 2006<sup>344</sup>, según el informe de la Comisión de 20 de abril de 2009, no deja de ser parcial y fragmentario. Una de

---

<sup>339</sup> Vid. OROMÍ VALL-LLOVERA, S. “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE” en DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Colex. Madrid, 2007, págs. 129 a 157.

<sup>340</sup> Vid. Informe de la Comisión de 3 de marzo de 2004 de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal e Informe de la Comisión de 20 de abril de 2009 de conformidad con el artículo 18 de la Decisión marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

<sup>341</sup> Considerando 4.

<sup>342</sup> Actualmente de está tramitando una propuesta de directiva el Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos: COM(2011) 275.

<sup>343</sup> Vid. *infra* comentario acerca de la victimización secundaria.

<sup>344</sup> Como novedad en esta norma de la UE, hay varios plazos de adaptación a los Derechos internos de los Estados miembros, dependiendo de la materia que se trate. Así, en lo que se refiere al artículo 10, a más tardar el 22 de marzo de 2006; en lo que se refiere a los artículos 5 y 6, a más tardar el 22 de marzo de 2004; en lo que se refiere a las demás disposiciones, a más tardar el 22 de marzo de 2002.

las preocupaciones del Consejo, para aprobar la Decisión marco 2001/220/JAI, es que las víctimas tengan un grado mínimo común de protección en todos los Estados miembros. No por ello se pretende que las víctimas tengan en los Estados miembros el mismo trato, sino que ese es empeño de los ordenamientos internos. El propio art. 82.2 del TFUE<sup>345</sup>, en relación al ELSJ, incide en esta idea de protección a las víctimas.

Han sido varias los textos que emanan de Instituciones de la UE que condicionan el estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>346</sup>: Resolución del Consejo de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional; Acción Común, aprobada por el Consejo el 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; Decisión 630 de 2002 del Consejo de 22 de julio, por la que se establece un programa marco sobre la cooperación judicial y policial en materia penal; directiva del Consejo de 2004, de 29 de abril, sobre indemnización a las víctimas de delitos; Decisión marco 68 de 2004, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil y la directiva 36 de 5 de abril de 2011, del PE y del Consejo, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas<sup>347</sup>. Fuera de la UE, hemos de destacar: la Recomendación R (85) 11 del Consejo de Europa sobre la posición de la víctima en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal; el Convenio Europeo relativo a la indemnización de las víctimas de infracciones violentas, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983; la Recomendación R (99) 19 del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la mediación en materia penal; la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder y, por último, es de destacar las actividades del Foro europeo para los servicios de la víctima.

En el articulado, se define “víctima”, como: “la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro”. Hay igualmente, una mención a las víctimas especialmente vulnerables, aunque no se indica qué se entiende por tales<sup>348</sup>. Es claro que esta Decisión marco no se limita al proceso penal en sentido estricto, sino que pretende ejercer sus efectos, desde el momento de la comisión del delito, e incluso, después del juicio, como es la fase de ejecución y la fase penitenciaria<sup>349</sup>. Por ejemplo, en España, en ciertas circunstancias, la mejora en la situación penitenciaria de los internos, puede

<sup>345</sup> En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas harán referencia, entre otras, a los derechos de las víctimas de los delitos.

<sup>346</sup> OROMÍ VALL-LLOVERA, S. “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE” en DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Colex. Madrid, 2007. Págs. 130 y 131.

<sup>347</sup> OROMÍ VALL-LLOVERA, S., op. cit. pág. 130.

<sup>348</sup> Vid. arts. 1 y 2.

<sup>349</sup> En el mismo, art. 1, se definen “actuaciones”, en sentido lato, además del proceso penal, todos los contactos que la víctima establezca, como tal, con cualquier autoridad, servicio público u organización de apoyo a la víctima en relación con su causa, antes, durante o después del proceso penal.

depender de la satisfacción total o parcial de las indemnizaciones pendientes y derivadas de sus actividades delictivas.

**Audición y posibilidad de presentación de pruebas**, ya que deberán ser oídas en el proceso, pudiendo presentar, en el mismo, elementos de prueba. La víctimas, sólo serán interrogadas cuando sea estrictamente necesario<sup>350</sup>. **Información a las víctimas**, en el art. 4 se establecen unos derechos mínimos que los Estados miembros<sup>351</sup> han de garantizar a las víctimas<sup>352</sup>. En lo que respecta al *Espacio Penitenciario Europeo*, en apartado 3 del art. 4, señala que en el caso de que pudiera existir un riesgo para la víctima, esta será informada de la puesta en libertad del autor de los hechos delictivos. Entendemos, que este derecho de la víctima y deber de la Administración de Justicia, se dará igualmente, si el autor de los hechos delictivos disfrute de permisos penitenciarios, si accede al régimen de semilibertad, y en circunstancias análogas, como ya sucede en España en materia de violencia de género<sup>353</sup>.

La Decisión marco, otorga, un nuevo derecho a las víctimas, el que consiste en **no recibir información** alguna sobre el proceso penal, salvo que las legislaciones nacionales estimen preceptiva la actuación de la estas<sup>354</sup>. Las víctimas tendrán facilidades y derechos análogos a los de los acusados y procesados, para la participación y comprensión del proceso penal<sup>355</sup> que se derive de la actividad delictiva<sup>356</sup>. Entre

---

<sup>350</sup> Vid. art. 3.

<sup>351</sup> V. gr. en España el art. 18 de la Ley Integral de Violencia de Género, LO 1 de 2004, en su art. 18, se expresa en los siguientes términos: "Derecho a la información.

1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho".

<sup>352</sup> a) el tipo de servicios u organizaciones a los que puede dirigirse para obtener apoyo; b) el tipo de apoyo que puede recibir; c) el lugar y el modo en que puede presentar una denuncia; d) las actuaciones subsiguientes a la denuncia y su papel respecto de aquéllas; e) el modo y las condiciones en que podrá obtener protección; f) la medida y las condiciones en que puede acceder a: i) asesoramiento jurídico, o ii) asistencia jurídica gratuita, o iii) cualquier otro tipo de asesoramiento, siempre que, en los casos contemplados en los incisos i) y ii), la víctima tenga derecho a ello; g) los requisitos para tener derecho a una indemnización; h) si reside en otro Estado, los mecanismos especiales de defensa de sus derechos que puede utilizar.

Incluso, si la víctima lo solicita, será informada: a) del curso dado a su denuncia; b) de los elementos pertinentes que le permitan, en caso de enjuiciamiento, seguir el desarrollo del proceso penal relativo al inculpaado por los hechos que la afectan, salvo en casos excepcionales en que el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado; c) de la sentencia del tribunal.

Vid. también el art. 4 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

<sup>353</sup> Cfr. arts. 506.3 y 109 de la LECRIM o el art. 544.9 LECRIM. Vid. OROMÍ VALL-LLOVERA, S., op. cit, pág. 143.

<sup>354</sup> Art. 4.4.

<sup>355</sup> V. GR. Arts. 81.3 Y 86 del CP en materia de suspensión de condenas; art. 125 CP, en cuanto al fraccionamiento del pago de la responsabilidad civil y la orden de protección del art. 544 ter de la LECRIM. Vid. OROMÍ VALL-LLOVERA, S., op. cit, pág. 138.

<sup>356</sup> Vid. art. 5

ellos, el acceso a la asistencia jurídica gratuita u otros tipos de asesoramiento<sup>357</sup>. Tienen, igualmente, las víctimas un **derecho de protección**, ya que los Estados miembros, les deberán garantizar “un nivel adecuado de protección y, si procede, a sus familiares o personas en situación equivalente, por lo que respecta a su seguridad y a la protección de su intimidad”. Este derecho de protección, se concreta en la fase judicial, en cuanto al contacto con el autor o presunto autor de los hechos delictivos, y la prestación de declaración por las víctimas especialmente vulnerables<sup>358</sup>.

**Responsabilidad civil**, es una de las materias donde las víctimas mejor pueden ver compensados los perjuicios que han sufrido, aunque en ocasiones los daños son irreparables. A esta dedica la Decisión marco el art. 9. La incidencia de la responsabilidad civil, ha cobrado una importancia nueva en fase de ejecución de penas privativas de libertad y en la fase penitenciaria. Así, por ejemplo, el art. 72. 5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria condiciona la mejora de la situación penitenciaria en cuanto a la progresión de grado, entre otras condiciones, a que “el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.” Los intentos de favorecer a las víctimas mediante la potenciación de la **mediación penal**<sup>359</sup>, como se indica en el art. 10, por el momento han tenido poco reflejo en las legislaciones nacionales. En España, sólo se ha regulado en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor<sup>360</sup>.

Como se indica en la “exposición de motivos” de la Decisión marco, una de las intenciones de la norma es la regulación de los derechos de las víctimas **cuando el hecho delictivo hubiera acaecido en otro Estado miembro**. Por ello, el art. 11, obliga a estos<sup>361</sup> a velar por las víctimas que residen en un Estado miembro distinto del aquél en que se ha cometido la infracción penal, es especial: considerarán si la víctima puede prestar declaración inmediatamente después de cometerse la infracción y

<sup>357</sup> Según el art. 7, si de la participación legítima de las víctimas en el proceso penal, se le ocasionan gastos, las legislaciones de los Estados miembros, darán a esta, la posibilidad de que los mismos le sean reembolsados.

<sup>358</sup> Los Estados miembros velarán además por que, en las dependencias judiciales, pueda evitarse el contacto entre víctima y procesado, salvo que el proceso penal lo requiera. A tal fin, si ha lugar, los Estados miembros dispondrán progresivamente lo necesario para que las dependencias judiciales estén provistas de espacios de espera reservados a las víctimas.

Los Estados miembros garantizarán, cuando sea necesario proteger a las víctimas, y sobre todo a las más vulnerables, de las consecuencias de prestar declaración en audiencia pública, que éstas puedan, por resolución judicial, testificar en condiciones que permitan alcanzar ese objetivo, por cualquier medio adecuado compatible con los principios fundamentales de su Derecho.

<sup>359</sup> RÍOS MARTÍN, J. C., PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y BIBIANO GUILLÉN, A. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reeducación de la violencia y el sufrimiento humano*. Cóllex. Madrid, 2006.

<sup>360</sup> Vid. v. gr. el art. 19 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

<sup>361</sup> Que están obligados a cooperar entre sí, ex art. 12.

recurrirán, en la mayor medida posible, para la audición de las víctimas residentes en el extranjero, a las disposiciones sobre videoconferencia y conferencia telefónica. Incluso, se harán los ajustes legislativos procedentes, para que se pueda presentar la denuncia ante las autoridades competentes del Estado de residencia de la víctima, en caso de que no haya podido hacerlo en el Estado miembro en el que se cometió la infracción o, si se trata de una infracción grave, en caso de que haya optado por no hacerlo<sup>362</sup>. Se deberán fomentar por los Estados miembros, los servicios especializados y organismos de apoyo a las víctimas, así como la formación de los profesionales que intervengan o que tengan contacto con estas<sup>363</sup>.

La Decisión marco 2001/220/JAI se revisa y completa de forma muy importante por la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012, L 315/57), con el fin de mejorar la protección de las víctimas en toda la Unión, con especial atención a las víctimas de infracciones penales. A mayor abundamiento se han de destacar otras normas referentes a tipos específicos de víctimas como la directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOUE de 15 de abril de 2011, L 101) y la directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DOUE de 17 de diciembre de 2012, L 335)<sup>364</sup>. La directiva 2012/29/UE dispone normas mínimas para toda la Unión que siempre pueden ser ampliadas por los Estados miembros. Estos derechos de las víctimas se regularán sin perjuicio de los derechos de los sospechosos, inculpados o condenados. Es de aplicación a delitos cometidos en la Unión Europea y en procesos penales que se desarrollan en esta. Hay en el preámbulo de la norma una clara llamada de atención a que sean tenidos en cuenta de forma especial los intereses de las víctimas menores de edad, las víctimas discapacitadas y las víctimas del terrorismo. En el Considerando 17 de la norma se hace referencia a las víctimas de violencia de género. Así se considera a la violencia por motivos de género como una: “forma de discriminación y una violación de las libertades fundamentales de la víctima y comprende, sin limitarse a ellas, la violencia en las relaciones personales, la violencia sexual (incluida la violación, la agresión sexual y el acoso sexual), la trata de personas, la esclavitud y diferentes formas de prácticas nocivas, como los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina y los denominados “delitos relacionados con el honor”. Igualmente se destaca que la violencia en las relaciones personales constituye un grave problema social.

---

<sup>362</sup> Singularmente apropiado nos parece esta posibilidad, ya que con la tranquilidad del regreso a su Estado de residencia y, tras la superación del estado emocional en el que pueden caer las víctimas de ciertos delitos, siempre que el tiempo transcurrido no sea excesivo, la interposición de la denuncia como víctima de un hecho delictivo en un Estado miembro, puede contribuir a la atención de las víctimas.

<sup>363</sup> Vid. arts. 13 y 14.

<sup>364</sup> En este sentido puede consultarse la Resolución de 10 de junio de 2011 del Consejo sobre un Plan de trabajo para reforzar los derechos y la protección de las víctimas.

La protección a las víctimas, insiste la directiva se tiene que dispensar independientemente de que el infractor hubiera sido identificado o procesado. No solo las personas directamente implicadas encuentran amparo en la norma, sino que también los familiares y allegados de estas si han sufrido perjuicio, es decir, las víctimas indirectas. La participación más o menos activa de la víctima en el procedimiento penal, dependerá de la legislación interna de cada Estado miembro. La información que se brinde a la víctima ha de estar expresada en términos sencillos y ser lo más comprensible posible para el tipo de víctima en cuestión. De acuerdo con las regulaciones nacionales se proporcionará un sistema de interpretación gratuito si es procedente para el ejercicio de los derechos de las víctimas. Entre esta información ha de estar incluida la referente a los reembolsos. La actuación de las autoridades en aras a la protección de las víctimas debería ponerse en marcha desde la presentación de la denuncia, momento en el que se considera que comienza el proceso penal. Se establecen normas para unificar los datos que se tienen que hacer constar en la denuncia, así como la obligación de entregar al denunciante una declaración escrita de esta. No obstante, se establecen limitaciones a la dación de información si esta afecta al curso de la causa, a los derechos de otras personas o la seguridad de los Estados. Se regula la posibilidad de que las víctimas renuncien a recibir información. En determinados casos será necesario poner en conocimiento de las víctimas los cambios relevantes en la situación penitenciaria del infractor o presunto infractor. Se tiene que proveer a las víctimas de un apoyo especializado y de protección jurídica. De la misma forma se han de dictar en los casos procedentes medidas cautelares y órdenes de protección o alejamiento. Las citaciones y comparecencias de las víctimas han de ser las mínimas, acudiendo a medios tales como las grabaciones; y evitando de forma especial el contacto con el delincuente o presunto delincuente. Se tiene que evitar la difusión de información relativa a las víctimas. A nuestro juicio la Administración Penitenciaria, para la toma de decisiones, ha de tener presente a las víctimas. Por ello, sería conveniente la formación de los empleados públicos penitenciarios de los Estados miembros en ámbitos relacionados con la Victimología. Se intenta profundizar en la Justicia reparadora, pero no para todo tipo de víctimas y evitando siempre la victimización secundaria y terciaria. Se insta que los Estados hagan posible la participación de organizaciones de la sociedad civil que trabajen activamente con las víctimas. En definitiva, se trata de que las víctimas tengan más confianza en la Justicia penal, entre los que están incluidos los servicios penitenciarios.

La razón de ser de la directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, es el que la salvaguardia derivada de ciertas medidas de protección dictadas por los órganos de un Estado miembro en materia penal sean eficaces en cualquier otro Estado miembro. Se aplica a cualquier tipo de víctima o presunta víctima y no solo a las de violencia de género. No tiene como función la protección de testigos, aunque sí a familiares de las víctimas. Las medidas de protección que pudieran dictarse en virtud de esta directiva pueden traer causa tanto del reconocimiento de una sentencia o resolución de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada, como del reconocimiento de resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional. Al poder incluir la orden europea de protección limitaciones a los contactos o a distancia entre la persona protegida y la eventual amenaza, debe ser tenido presente por la Administración Penitenciaria a la

hora de autorizar comunicaciones, el disfrute de permisos, terceros grados, libertad condicional, etc. Es también importante dejar sentado, que la emisión o ejecución de una orden de protección europea, no supone la transferencia de la ejecución de la pena principal siempre que el condenado mantenga su residencia en el Estado de emisión. También con relevancia para el *Espacio Penitenciario Europeo* entendemos la posibilidad de dictar una medida privativa de libertad por parte del Estado de emisión o la revocación de la suspensión de la condena, si el Estado de ejecución informa del quebrantamiento de la medida. No obstante, siempre ha de tenerse presente el principio *no bis in ídem* con el objeto de no perjudicar más de lo razonable la situación jurídica de la persona sometida a la medida<sup>365</sup>.

### 3.7. Medidas alternativas a la prisión provisional que nos proporciona el Espacio Penitenciario Europeo

El objetivo principal de la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional (DO L 294 de 11.11.2009)<sup>366</sup>, aunque con un articulado demasiado complicado y con excesivas causas de denegación<sup>367</sup>, es la mejora de la condición del procesado penal. Para ello se pretende potenciar su presunción de inocencia y su libertad personal, ya que se da la posibilidad de que no sea sometido a prisión preventiva u otra medida que le obligue a permanecer en el Estado miembro de enjuiciamiento o en el que esté siendo reclamado, pudiéndose desplazar al Estado miembro de su residencia habitual, mediante la emisión de un resolución judicial cautelar que imponga medidas de vigilancia controladas por el Estado de ejecución<sup>368</sup>. Se pretende que aunque el ciudadano de la Unión Europea que está siendo objeto de enjuiciamiento no sea nacional del Estado miembro en que se desarrolla el proceso, no sea este un motivo para el dictado de prisión provisional<sup>369</sup> por no tener arraigo en ese Estado miembro. De este modo, una de las demandas de los procesalistas actuales se ve atendida: la reducción de la población penitenciaria preventiva.

Aunque el nuevo instrumento, que se basa en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y el contacto directo entre autoridades judiciales de los Estados miembros<sup>370</sup>, no otorga un derecho subjetivo alternativo a la prisión

---

<sup>365</sup> La directiva ha de adaptarse a los Derechos nacionales no más tarde del 11 de enero de 2015.

<sup>366</sup> A partir de 2009, con el Programa de Estocolmo, la tendencia de primar la seguridad sobre la libertad que hasta el momento se daba en el ELSJ, cambia a favor de esta último. En este contexto debemos encuadrar esta nueva Decisión marco. Vid. ARANGÜENA FANEGO, C. “ De la “orden 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 ARANGÜENA FANEGO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 229.

<sup>367</sup> Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., op. cit., pág. 265.

<sup>368</sup> Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., op. cit., pág. 229.

<sup>369</sup> Según el Considerando 5, en un espacio europeo común de justicia sin fronteras interiores, es necesario garantizar que la persona sometida a actuaciones penales no residente en el Estado miembro del juicio no reciba trato diferente del de la persona sometida a actuaciones penales que sí fuera residente.

<sup>370</sup> Se preconiza la utilización de la videoconferencias y el teléfono y los medios electrónicos para el control de los procesados y sometidos a medidas.

preventiva<sup>371</sup>. Siendo competencia de los Estados miembros, la concreción y regulación de la prisión preventiva en sus normas procesales penales. Se apela en la Decisión marco 2009/829/JAI para el caso de incumplimiento, especialmente, si el procesado elude la acción de la Justicia del Estado de emisión, a la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L190 de 18.7.2002).

La protección de datos en la aplicación de la Decisión marco 2009/829/JAI, se hará en base a la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal, ya analizada<sup>372</sup>, y el Convenio del Consejo de Europa de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.

Entendemos, con el Considerando 13, que el ámbito lógico y más habitual de aplicación del instrumento, serán los delitos menos grave, ya que para los procedimientos por delitos graves, difícilmente se eludirá la prisión preventiva, y para las infracciones de menor gravedad, no siempre se dictarán medidas cautelares personales. Aunque en el articulado de la Decisión marco no hay límite alguno de aplicación.

El texto comienza con una enumeración del contenido de la Decisión marco, como un instrumento mediante el cual un Estado miembro reconoce resoluciones sobre medidas de vigilancia<sup>373</sup>, acordadas por otro Estado miembro, en sustitución de la prisión provisional, debiendo el Estado de ejecución supervisar las medidas de vigilancia<sup>374</sup> y entregar al procesado al Estado miembro, en caso de incumplimiento de las medidas. Los gastos, que se deriven de la aplicación de la Decisión marco, serán a cargo del Estado de ejecución, salvo que se ocasionen, exclusivamente, en el Estado de emisión<sup>375</sup>.

Seguirán siendo de aplicación<sup>376</sup> los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales de ese tipo que estén vigentes cuando la presente Decisión marco entre en vigor<sup>377</sup>, pudiendo, además, celebrar los Estados miembros acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales de ese tipo después de la entrada en vigor de la presente Decisión marco, siempre que permitan ir más allá de los objetivos de la Decisión marco 2009/829/JAI y contribuyan a simplificar o facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones sobre medidas de vigilancia

---

<sup>371</sup> Según el art. 2.2: “La presente Decisión marco no otorgará a una persona derecho a utilizar, en el marco de un proceso penal, medidas no privativas de libertad como alternativa a las medidas privativas de libertad. Esta materia se regirá por el derecho y los procedimientos del Estado miembro en que se desarrollen las actuaciones penales.”

Crítica ARANGÜENA FANEGO, C., op. cit, pág. 230, la poca calidad técnico-jurídica de las normas de la UE en materia procesal.

<sup>372</sup> Vid. *supra*.

<sup>373</sup> Que son “una resolución ejecutiva adoptada en el transcurso de un proceso penal por una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada con arreglo a su Derecho y procedimientos nacionales que imponga a una persona física una o más medidas de vigilancia como alternativa a la prisión provisional”.

<sup>374</sup> Se definen en el art. 4 como, “las obligaciones impuestas e instrucciones dictadas a una persona física con arreglo al Derecho nacional y a los procedimientos del Estado de emisión”.

<sup>375</sup> Art. 25.

<sup>376</sup> Vid. art. 26.

<sup>377</sup> La entrada en vigor se produjo el a los 20 días de su publicación en el DOUE, de 11 de noviembre de 2009.

Las **autoridades** que para el cumplimiento de la Decisión marco sean **competentes**, serán objeto de designación por los Estados miembros, pudiendo ser estas no judiciales, si esta contingencia está habilitada por el Derecho interno de los Estados, excepto en el caso de que la decisión a adoptar sea la emisión de una orden europea de detención y entrega o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que surta los mismos efectos. Además podrán nombrarse, a estos efectos<sup>378</sup> y para asistir a las autoridades competentes, una autoridad central<sup>379</sup>.

En cuanto al tipo de **medidas de vigilancia**, las podemos diferenciar, en referencia a la obligatoriedad de transposición por los Estados miembros, en dos tipos: las que han de ser adoptadas por todos los Estados miembros y las potestativas, ya que serán transpuestas a los Derechos nacionales de forma potestativa<sup>380</sup>. Las obligatorias, se relatan en el primer apartado del art. 8 y son: a) obligación de la persona de comunicar a la autoridad competente del Estado de ejecución cualquier cambio de domicilio, en particular para poder recibir las citaciones a comparecer en unas diligencias de prueba o vistas en el transcurso de las actuaciones penales; b) obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; c) obligación de permanecer en un lugar determinado, cuando proceda, en períodos determinados; d) imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; e) obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; f) prohibición de aproximación a personas específicas relacionadas con los delitos presuntamente cometidos. Las potestativas<sup>381</sup>: a) obligación de no realizar determinadas actividades relacionadas con los delitos presuntamente cometidos, lo que podrá incluir ejercer determinadas profesiones o trabajar en determinados sectores; b) obligación de no conducir vehículos; c) obligación de depositar una suma determinada o dar otro tipo de garantía, en un número determinado de plazos o en un pago único; d) obligación de someterse a tratamientos terapéuticos o a tratamientos contra las adicciones; e) obligación de evitar todo contacto con objetos específicos relacionados con los delitos presuntamente cometidos.

El Estado de ejecución podrá **adaptar las medidas de vigilancia**<sup>382</sup>, a los tipos de medidas de vigilancia que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes, sin que sean más severas y debiendo corresponder tanto como sea posible a las dictadas en el Estado de emisión, en el caso de que sean, por su naturaleza, incompatibles con el Derecho de este Estado de ejecución. En este caso, la autoridad competente del Estado

---

<sup>378</sup> Un Estado miembro podrá decidir, si es necesario debido a la organización de su ordenamiento jurídico interno, confiar a su autoridad o autoridades centrales la transmisión y recepción administrativas de las resoluciones sobre medidas de vigilancia, junto con los certificados mencionados en el artículo 10, así como de toda correspondencia oficial relacionada con ellas.

De esta manera, toda comunicación, consulta, intercambio de información, indagaciones y notificaciones entre autoridades competentes podrá realizarse, si procede, con la ayuda de la(s) autoridad(es) central(es) del Estado miembro interesado.

<sup>379</sup> En España sería el caso de la Audiencia Nacional, que ya ha sido objeto de designación como autoridad central en la transposición de otras normas de la CPJP, como la euro-orden.

<sup>380</sup> Presentan estas medidas gran similitud con las medidas de *probation* de la DM 947 de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

<sup>381</sup> Los Estados miembros han de notificar a la Secretaría General del Consejo, las medidas que está dispuesto a adoptar, el cual, a su vez, facilitará esta información a los Estados miembros y a la Comisión.

<sup>382</sup> Vid. art. 13.

de emisión, podrá retirar el certificado si aún no ha comenzado la supervisión en el Estado de ejecución. El Estado de ejecución, puede ser el Estado miembro en el que el interesado tenga su residencia y al que el procesado consienta regresar, tras habersele informado de la medida o medidas de vigilancia. Asimismo, se podrá transmitir la resolución sobre medidas de vigilancia, a instancia del procesado, al Estado miembro distinto del que tenga su residencia habitual, siempre que este nuevo Estado miembro lo consienta<sup>383</sup>.

El **procedimiento de transmisión**, se inicia mediante la remisión directa de la resolución sobre medidas de vigilancia o copia certificada de la misma, junto con el certificado, que consta en modelo anexo primero a la Decisión marco, por cualquier medio fehaciente<sup>384</sup>. En la resolución que transmite el Estado de emisión, tendrá que especificar al Estado de ejecución, si procede, el plazo al que se aplica la resolución sobre medidas de vigilancia y si es posible su renovación y, de manera indicativa, la duración provisional del período durante el cual podrá ser necesario supervisar las medidas de vigilancia. Mientras no se notifique el reconocimiento por la autoridad del Estado de ejecución, al Estado de emisión, este seguirá siendo competente para la ejecución de la medida.

Además la **competencia retornará al Estado de emisión** si<sup>385</sup>: la persona ha cambiado su residencia legal habitual, a un Estado miembro distinto al Estado de ejecución; si la autoridad competente del Estado de ejecución, comunica a la autoridad competente del Estado de emisión la retirada del certificado; cuando la autoridad competente del Estado de emisión haya modificado las medidas de vigilancia y la autoridad competente del Estado de ejecución y esta no está dispuesta a supervisarlas; si ha sido superado el tiempo máximo que del Derecho del Estado de ejecución permite la supervisión de medidas de vigilancia; cuando la autoridad competente del Estado de ejecución haya decidido dejar de supervisar las medidas de vigilancia y lo haya comunicado a la autoridad competente del Estado de emisión, de conformidad con el art. 23. El **plazo de resolución** del reconocimiento por el Estado de ejecución, será, como máximo, de 20 días laborales, contados desde la recepción de la resolución de medidas y el certificado<sup>386</sup>. Si se interpone algún recurso, el plazo máximo, se amplía en otros 20 días laborales.

Hay en la Decisión marco, una reproducción de la clásica lista de 32 categorías de infracciones<sup>387</sup>, que no necesitan de **doble tipificación**, si están penados los hechos en

<sup>383</sup> Esta transmisión puede estar motivado por razones familiares, laborales o de cualquier otra índole de importancia para el interesado.

<sup>384</sup> Antes de la transmisión, será necesario que la autoridad competente del Estado miembro se hubiera puesto en contacto con la autoridad competente del EJ, con el objeto de valorar las medidas a tomar. Vid. ARANGÜENA FANE-  
GO, C., op. cit, pág. 244.

<sup>385</sup> Nuevamente en estos casos es muy importante para la eficacia de la CPJP, el contacto directo entre autoridades. Vid. art. 11.3.

<sup>386</sup> Según el art. 12.1, en este plazo, la autoridad competente del Estado de ejecución reconocerá la resolución sobre medidas de vigilancia que se le haya transmitido de conformidad con el artículo 9 y siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 10, y adoptará sin demora todas las medidas necesarias para la supervisión de la resolución sobre medidas de vigilancia, a no ser que decida acogerse a alguno de los motivos para denegar el reconocimiento que se contemplan en el artículo 15.

<sup>387</sup> Es criticable, en el caso de las medidas de vigilancia sustitutivas, el “modo de operar de la doble tipificación”, ya que para los delitos más graves no hay control, pero que sí se dará para los delitos menos graves. De esta manera, a estos efectos, se favorece la delincuencia grave. Vid. ARANGÜENA FANE-  
GO, C., op. cit, pág. 250.

el Estado de emisión con pena privativa de libertad o medida de privación de libertad de un máximo de al menos tres años. Esta lista, que podrá ser incrementada por decisión unánime del Consejo, no tendrá virtualidad, si los Estados miembros efectúa la declaración del art. 14.4.

En relación a las infracciones no contempladas en el lista, el Estado de ejecución podrá condicionar el reconocimiento de la resolución sobre medidas de vigilancia, a que esta se refiera a hechos que sean también constitutivos de infracción según el ordenamiento interno del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o su calificación. En cuanto a los motivos de no reconocimiento<sup>388</sup>, son defectos no corregidos en el certificado; no cumplimiento de los requisitos para que pueda dictarse una resolución de medidas de vigilancia; incumplimiento del *non bis in idem*; no ser el hecho constitutivo de delito en caso de necesidad de doble tipificación; prescripción; inmunidad; minoría de edad penal; concurrencia de causa de denegación de entrega según la euro-orden, en caso de incumplimiento de las medidas de vigilancia<sup>389</sup>. En este último caso, es decir, si la persona en caso de incumplimiento no será objeto de entrega en virtud de una orden europea, si la autoridad competente del Estado de ejecución, está dispuesta, no obstante, a reconocerla y a supervisar las medidas de vigilancia contenidas en ella, informará de ello a la autoridad competente del Estado de emisión, indicando las razones para la posible denegación. En base a lo cual, la autoridad competente del Estado de emisión podrá decidir la retirada del certificado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13, apartado 3, segunda frase.

Si la autoridad competente del Estado de emisión no retira el certificado, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá reconocer la resolución sobre medidas de vigilancia y supervisar las medidas de vigilancia contenidas en ella, entendiéndose que la persona afectada podría no ser entregada en virtud de una orden de detención europea. En relación con la prórroga de las medidas de vigilancia, si finalizará el plazo para la vigilancia de las medidas, en el caso de que este se hubiera establecido, y estas fueran necesarias aún, la autoridad competente del Estado de emisión, en los términos previstos en el art. 17, podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de ejecución que amplíe la supervisión.

El **Derecho aplicable** para la vigilancia, será el del Estado de ejecución<sup>390</sup>, no obstante, para las denominadas “decisiones ulteriores”, lo será el del Estado de emisión. Estas decisiones ulteriores se referirán a: la renovación, revisión y retirada de la resolución sobre medidas de vigilancia; la modificación de las medidas de vigilancia; la emisión de una orden de detención o de cualquier otra resolución judicial ejecutiva que surta los mismos efectos. En estos casos, el Estado de ejecución, además de poder adaptar estas medidas, puede negarse a vigilar estas nuevas medidas, en los supuestos en que esté habilitado<sup>391</sup>. La posibilidad de adoptar medidas ulteriores por el

---

<sup>388</sup> Los motivos para el no reconocimiento, son más numerosos y menos justificados en la DM 829, que en los otros instrumentos de la Unión Europea para la CPJP. Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., op. cit, pág. 252.

<sup>389</sup> Vid. ARANGÜENA FANEGO, C., op. cit, pág. 252.

<sup>390</sup> Vid. art. 16.

<sup>391</sup> Es decir, si dichas medidas no corresponden al tipo de medidas de vigilancia a que se refiere el artículo 8, apartado 1, o a las medidas notificadas por el Estado de ejecución de que se trate de conformidad con el artículo 8, apartado 2.

Estado de emisión, no impide que el Estado de ejecución pueda ejercer acciones penales contra la persona sometida a vigilancia, si ha cometido en este período algún hecho delictivo que pueda ser enjuiciado por sus órganos jurisdiccionales penales<sup>392</sup>.

Las informaciones entre el Estado de emisión y el Estado de ejecución, serán constantes, así, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá invitar a la autoridad competente del Estado de emisión a que le facilite información acerca de si la supervisión de las medidas siguen siendo necesarias en las circunstancias del caso particular de que se trata. Asimismo, la autoridad competente del Estado de ejecución notificará inmediatamente a la autoridad competente del Estado de emisión cualquier incumplimiento de una medida de vigilancia y cualquier otra información que pueda dar lugar a la adopción de cualquier resolución ulterior, mediante el anexo II<sup>393</sup>.

Pero en caso de retirada del certificado, según el art. 19.5, conforme a la resolución sobre medidas de vigilancia, la autoridad competente del Estado de ejecución pondrá fin a las medidas ordenadas en cuanto haya recibido la correspondiente notificación de la autoridad competente del Estado de emisión. Igualmente la autoridad competente, hará saber, a la mayor brevedad posible, a la autoridad competente del Estado de emisión de: de cualquier cambio de residencia de la persona de que se trate; del período máximo de tiempo durante el cual podrán supervisarse las medidas de vigilancia en el Estado de ejecución, en caso de que su ordenamiento establezca dicho período máximo; de la imposibilidad práctica de supervisar las medidas de vigilancia debido a que, después de la transmisión de la resolución sobre medidas de vigilancia y del certificado al Estado de ejecución, no se ha podido hallar al interesado en su territorio, en cuyo caso este último no tendrá obligación alguna de supervisar las medidas de vigilancia; del hecho de que se haya interpuesto un recurso contra la decisión de reconocer una resolución sobre medidas de vigilancia; de la decisión final de reconocer la resolución sobre medidas de vigilancia y tomar todas las medidas necesarias para la supervisión de las medidas de vigilancia; de cualquier decisión de adaptar las medidas de vigilancia de conformidad con el artículo 13 y de cualquier decisión de no reconocer la resolución sobre medidas de vigilancia ni asumir la responsabilidad de supervisar las medidas de vigilancia de conformidad con el artículo 15, junto con las razones de tal decisión.

Entendemos que en todos los instrumentos de cooperación judicial internacional, en especial en el ELSJ, son muy importantes los contactos, contactos directos entre autoridades judiciales, aún mayor relevancia cobra este hecho, en el reconocimiento y supervisión de las medidas de vigilancia entre Estados miembros, ya que estas son medidas cautelares y provisionales, que variarán su necesidad en base a las consultas<sup>394</sup> e informaciones que se transmitan el Estado de ejecución y el Estado de emisión. Destaca, por su incidencia en la seguridad pública, todos los datos de interés que la persona sujeta a vigilancia, por los que pueda suponer un peligro para las víctimas o

---

<sup>392</sup> Vid. art. 18.5

<sup>393</sup> Según el art. 19.4, se podrá citar en audiencia, por el Estado de emisión, a la persona que es objeto de vigilancia mediante el teléfono o videoconferencia.

<sup>394</sup> Vid. art. 20.

el público en general. Una concreción de la necesidad de un intercambio fluido entre autoridades competentes, lo encontramos en la regulación que se hace en el art. 23 de la Decisión marco, en relación a las notificaciones sin respuesta<sup>395</sup>.

La **entrega de la persona sometida a vigilancia**, se hará en base a una orden europea de detención y entrega, no pudiendo el Estado de ejecución invocar la limitación del art. 1.2 de la norma que la regula (necesidad de que la pena o medida de seguridad privativa de libertad sea como mínimo de 12 meses o, que el cumplimiento no sea inferior a cuatro meses de privación de libertad), salvo que el Estado de ejecución hubiera notificado a la Secretaría General del Consejo, al incorporar a su Derecho nacional la presente Decisión marco, o ulteriormente, que también aplicará el artículo 2, apartado 1, de la Decisión marco relativa a la orden de detención europea para adoptar una resolución sobre la entrega de la persona de que se trate al Estado de emisión.

---

<sup>395</sup> Así, si la autoridad competente del Estado de ejecución ha transmitido información, en varias ocasiones a la autoridad competente del EJ, sin que esta haya adoptado una decisión ulterior, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá invitar a la autoridad competente del Estado de emisión a que adopte dicha decisión, concediéndole un plazo razonable para hacerlo.

Si la autoridad competente en Estado de emisión no actúa en el plazo indicado por la autoridad competente del Estado de ejecución, esta podrá decidir dejar de supervisar las medidas de vigilancia. En este caso, comunicará esta decisión a la autoridad competente del Estado de emisión y la competencia para la supervisión de los medios de vigilancia revertirá a la autoridad competente del Estado de emisión. Análogo mecanismo se establece, si el Derecho del Estado de ejecución exija una confirmación periódica de la necesidad de prolongar la supervisión de las medidas de vigilancia.

## CAPÍTULO 4.

### EL NUEVO SISTEMA DE TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS: LA VERTEBRACIÓN DEL NUEVO ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO

Como a continuación veremos en este ámbito capital para el nuevo traslado de personas condenadas estimamos que hemos de partir, en la reglamentación vigente de dos normas fundamentalmente. Estas son la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008) y las nuevas Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa, (Recomendación REC(2006)2 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre las Reglas Penitenciarias Europeas (adoptado por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006 en la 952ª Reunión de Delegados de Ministros). Como ideas fundamentales debemos retener que los internos deben estar ubicados tanto como sea posible en prisiones situadas cerca de su hogar o de su centro de reinserción social. Esta distribución debe tener también en cuenta el proceso y la investigación penal, el aseguramiento y la seguridad, así como la necesidad de ofrecer unos regímenes apropiados a todos los detenidos. En la medida de lo posible los detenidos deben de ser consultados en lo concerniente a su distribución inicial y a los traslados posteriores de una prisión a otra<sup>396</sup>.

Calificamos de vertebradora, en el *Espacio Penitenciario Europeo*, al sistema de traslado de personas condenadas ya que es la principal razón de ser de este Espacio. Entendemos que las normas que regulan estos traslados informan a toda la legislación en materia penitenciaria y de ejecución de penas en la Unión Europea. Por lo que partiendo de esta se construye todo el régimen que se estudia en esta investigación.

---

<sup>396</sup> Vid. art. 17 de estas Nuevas Reglas Penitenciarias Europeas REC(2006) adoptadas por el Comité de Ministros el 11 de enero de 2006.

#### 4.1. Antecedentes

Aplicables a la materia del traslado de personas condenadas, que surtan efectos en España, con respecto a Estados miembros de la UE, podemos señalar, junto con las reservas que los Estados contratantes han hecho a los mismos: 1.- Convenio Europeo Número 70 sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales (Número 70 del Consejo de Europa) («BOE núm. 78/1996, de 30 de marzo de 1996»), Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970; 2.- Convenio número 112, de 21 de marzo de 1983, relativo al traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (BOE de 10 de junio de 1985); 3.- Acuerdo relativo a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre traslado de personas condenadas, de 25 de mayo de 1987; 4.- Convenio Hispano-danés de 3 de febrero de 1972, que hace referencia a la ejecución de sentencias penales. Para BUENO ARÚS<sup>397</sup>, este convenio es de escasa aplicación ya que tanto España, como Dinamarca, forman parte de los convenios 70 y 112 del Consejo de Europa. Esta afirmación se ve ratificada, ya que ambos Estados son miembros de la UE, por lo que es aplicable la Decisión marco 909 de 2008; 5.- Convenio con Hungría de 28 de septiembre de 1987. Existen otros muchos convenios referentes al traslado de personas condenadas, especialmente con países iberoamericanos<sup>398</sup>.

Entendía BUENO ARÚS<sup>399</sup> en el año 2003, que no había norma positiva en España, ni para el cumplimiento en nuestro país, ni para el cumplimiento en un tercer Estado, de una sentencia penal impuesta por Jueces o Tribunales españoles. Sólo menciona el artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hace competente a la Audiencia Nacional de las penas privativas de libertad impuestas en el extranjero que se deban cumplir en España<sup>400</sup>. Por contra, continúa diciendo el autor, que en el caso de traslado de una persona para el cumplimiento en el extranjero de una condena impuesta en España, el Ministerio de Justicia, informa al Juez o Tribunal sentenciador de la intención de elevar al Consejo de Ministros, por si estima procedente manifestar oposición al traslado, lo cual no suele ser habitual.

Dado que no existe norma interna que regule el traslado de personas condenadas, para BUENO ARÚS, no es necesario el requisito de reciprocidad, ya que es condición de aplicación de la ley interna, por lo que hemos de acudir a tratados o acuerdos internacionales (*self executing*), que es lo más aconsejable, con el objeto de acelerar todos los trámites burocráticos. Así, es un gran acierto del ELSJ, la aprobación de la Decisión marco 2008/909/JAI, ya que, en cuanto a la tramitación y la seguridad jurídica, los trámites se van a acelerar, sin duda en beneficio del reo.

<sup>397</sup> BUENOS ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2003, págs. 277 a 279.

<sup>398</sup> Tailandia, 1983; Perú, 1986; Argentina, 1987; Bolivia, 1990; Uruguay, 1991; Colombia, 1993; Egipto, Paraguay y Venezuela, 1994; El Salvador y Nicaragua, 1995; Brasil, 1996; Marruecos, 1997; Cuba y la Federación Rusa, 1998.

<sup>399</sup> BUENOS ARÚS. op. cit. pág. 276.

<sup>400</sup> “De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional corresponda a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal”.

El Convenio número 70 del Consejo de Europa de 28 de mayo de 1970 sobre el valor internacional de las sentencias penales, es muy ambicioso en su contenido, ya que intenta facilitar el cumplimiento no sólo de las condenas de prisión, sino también las de inhabilitación, multas, confiscaciones y hace referencia, igualmente al *non bis in idem*<sup>401</sup>. Debido a la complicación de sus normas, propias de una regulación de una materia difícil, de la que este Tratado era el primer intento serio de regulación global, y las pocas ratificaciones del Tratado, el Consejo de Europa, vio necesario la redacción de otros texto dedicado en exclusiva al traslado de personas condenas a penas privativas de libertad<sup>402</sup>.

El Convenio nº 112 de 21 de marzo de 1983 relativo al traslado de personas condenadas, fue concebido desde un principio como universal, ya que en su redacción participaron Estados tales como los EEUU y Canadá, y al que se han adherido muchos otros no Europeos, formando parte de él todos los Estados miembros de la UE. Sus normas son menos complicadas que las del Convenio nº 70, por lo que el traslado de la persona condenada, en caso de ser autorizado, es más rápido<sup>403</sup>. Puede ser instado, tanto por el Estado de condena, como por el Estado del que es nacional el condenado o asimilado. De la misma forma, su aplicación puede ser solicitada por el propio condenado que desea ser trasladado<sup>404</sup>. Es necesario el consentimiento del condenado, ha diferencia de algunos supuestos de aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>405</sup>. También el vigente convenio de 1983, se diferencia de la DM 909, por no estar obligados los Estados, no obstante, ser parte del Convenio, a aceptar el traslado<sup>406</sup>.

El Acuerdo de 25 de mayo de 1987, entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre el traslado de personas condenadas, adapta los dos Convenios antes indicados relativos al traslado de personas condenadas, a los esquemas de las entonces Comunidades. Equipara, a los efectos del traslado, la nacionalidad a la residencia habitual y legal. Entendemos que este acuerdo es uno de los antecedentes que más influencia tiene en la Decisión marco 2008/909/JAI, que más de

<sup>401</sup> Según BUENOS ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. en op. cit. Pág. 277, el Tratado se firma, 1984, en Toledo con ocasión de la celebración en España de una Conferencia de Ministros de Justicia del Consejo de Europa, no ratificándose sino hasta diez años después, publicándose en BOE, finalmente, el 30 de marzo de 1996. Regula en los arts. 43 y 44 la ejecución de las penas privativas de libertad, con la posibilidad de formular reservas.

<sup>402</sup> En el mismo sentido PALOMO DEL ARCO, A.: "Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado europeo", en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 21, mayo de 2010, pág. 162.

<sup>403</sup> Destacan MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I. *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw-Hill. Madrid, 2001, pág. 35, que la Exposición de Motivos de este Convenio se hace hincapié en el hecho de que el traslado de condenados a pena de prisión entre países refuerza los vínculos de unión entre Estados, se desarrolla la cooperación internacional en asuntos penales, coadyuva a una buena administración de Justicia y se favorece la reinserción social de los condenados.

Del mismo modo entendemos que la Decisión marco 2008/909/JAI, fomentará los vínculos entre las Administraciones penitenciarias de los Estados miembros y la colaboración en Justicia penal en Europa. Así como se potenciará la reinserción social de los condenados a penas de prisión, ya que el lugar de cumplimiento, la cercanía a lugares donde el reo tiene vinculación es fundamental para su equilibrio psíquico y físico.

<sup>404</sup> Entre los profesionales del ámbito penitenciario existe el convencimiento de que debido al buen estado de las infraestructuras penitenciarias españolas y la gran inversión gubernamental en el sistema penitenciario, con respecto a los países de origen de los condenados, no son pocos los que no instan su traslado al Estado en que se reside o se es nacional. Este hecho, que entendemos real en muchos casos, no será tan relevante con la aplicación de la DM 909 de 2008, que varios de los supuestos de aplicación prescinde del consentimiento del condenado.

<sup>405</sup> Vid. *infra*.

<sup>406</sup> Vid. BUENOS ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 278.

veinte años después regula la misma materia y con los mismos actores, los Estados miembros de la UE, sucesora por el Tratado de Lisboa de las Comunidades Europeas.

Se puede observar cómo en el art. 2 de este Acuerdo, se indica que cada Estado miembro dará a los nacionales de otro Estado miembro cuyo traslado parezca ser apropiado y en beneficio del interesado<sup>407</sup>, el mismo trato que a sus propios nacionales<sup>408</sup>. Hay en el precepto, una llamada a la aplicación del principio de igualdad entre ciudadanos de Estados miembros y una apelación al interés del condenado (“en beneficio del interesado”). Este beneficio, entre otras circunstancias, se refiere a la reinserción social, que es uno de los motores del traslado de personas condenadas en la Decisión marco 2008/909/JAI. Al ser un Acuerdo entre los Estados miembros, las Declaraciones formuladas al amparo del Convenio del Traslado de Personas Condenadas, no surten efectos, aunque podrán formular otras<sup>409</sup>. El Acuerdo quedaba abierto a la adhesión a cualquier Estado que pase a ser miembro de las Comunidades Europeas.

## 4.2. Relaciones entre Estados en el traslado de personas condenadas

### 4.2.1. Consentimiento de los Estados miembros y eventual del condenado

En el CSTPC, es necesario el arreglo entre el Estado de cumplimiento y el de condena, junto con la solicitud del condenado<sup>410</sup>. Los Estados sólo están obligados a “prestarse mutuamente la más amplia colaboración posible” cuando una determinada persona que esté cumpliendo condena, solicite el traslado a otro Estado contratante. O sea, no hay un deber, en base al Tratado, de efectuar el traslado<sup>411</sup>. En cualquier caso, éste puede ser denegado por el Estado requirente, sea el de cumplimiento, sea el de condena. De manera contraria, artículo 6 de la Decisión marco<sup>412</sup>, aunque en un primer momento parece necesario el consentimiento del condenado<sup>413</sup>, bien es verdad que los casos exceptuados van a ser tan usuales, que la mayoría de las veces no serán necesaria su aprobación ni solicitud. Aunque será preceptivo oírle siempre que el condenado se encuentre en el Estado de emisión (Art. 6.3 DM), antes de tomar la decisión: “se le dará la oportunidad de formular verbalmente o por escrito su opinión.”

---

<sup>407</sup> Para MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas”, en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, pág. 83, no tiene sentido procurar la reinserción social de un reo condenado a pena de prisión en una sociedad de la que seguramente será expulsado.

<sup>408</sup> Para MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit. pág. 36 con cita de HARREMOES, “Une nouvelle Convention du Conseil de l’Europe: le transfèrement des personnes condamnées”, en *Revue de Science Criminelle et Droit Pénal Comparé*. Abril-junio de 1983, págs. 235 y sigs., la condición de extranjero es condición de restricción de derechos durante el cumplimiento de condena. Además creemos es un obstáculo para la reinserción social, prescrita por la Constitución Española.

<sup>409</sup> Vid. Art. 3 del Acuerdo.

<sup>410</sup> Artículo 2.2 CSTPC. “Una persona condenada de una Parte podrá con arreglo a lo dispuesto en el presente Convenio, ser trasladada a otra Parte para cumplir la condena que se le haya impuesto. A tal fin, podrá expresar, bien al Estado de Condena bien al Estado de Cumplimiento, su deseo de que se le traslade en virtud del presente Convenio”.

<sup>411</sup> En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 86.

<sup>412</sup> Artículo 6.1 DM: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, la transmisión de una sentencia junto con un certificado al Estado de ejecución a efectos de su reconocimiento y de la ejecución de la condena requerirá el consentimiento del condenado de conformidad con la legislación del Estado de emisión”.

<sup>413</sup> Vid. PALOMO DEL ARCO, A., op. Cit., pág. 162 y 165 y 166.

Aunque puede guardar silencio, no teniendo este más efecto que el de no tenerse en cuenta su opinión para proceder a su traslado.

Importante, especialmente para el traslado de personas condenadas con el objeto del cumplimiento de medidas de seguridad privativas de libertad, es la audiencia que se hará al representante legal del condenado, cuando el Estado de emisión lo estimen procedente, a razón de su edad o estado físico o psíquico. Llama la atención la expresión utilizada por la Decisión marco, en relación a la necesidad de audiencia del condenado, “se le dará la oportunidad”. Quizá no son los términos más apropiados, ya que parece más una concesión o gracia, que un verdadero derecho subjetivo. Esto nos da idea de la intención de fondo de la Decisión marco de potenciar los traslados de personas condenadas en el ELSJ, sin necesidad del consentimiento del condenado, diferenciándonos de la regulación anterior del CSTPC. Lo manifestado por el condenado, será tenido presente por el Estado de emisión para efectuar o no el traslado, pero no es vinculante “[...]se tendrá en cuenta al decidir la cuestión [...]”

El parecer del interno, o del futuro interno, se comunicará al Estado de ejecución, especialmente con el objeto de valorar la conveniencia de efectuar el traslado para la reinserción social del mismo<sup>414</sup>. El condenado puede dar su parecer por escrito, o bien verbalmente, en cuyo caso deberá ser transcrito. El condenado deberá ser siempre informado, con anterioridad a efectuarse, de la intención del Estado de emisión de que tiene el propósito de trasladarlo al Estado de ejecución. La forma en que tendrá que ser informado está tasada en la propia Decisión marco, anexo II. En este documento, “**formulario normalizado**”, al ser el mismo para todos los Estados miembros, permite unificar los sistemas de información a los internos en los centros penitenciarios de Europa. Es decir, no podrá cada Estado miembro establecer un documento diferente, sino que siempre será el mismo para todos. En el mismo, se expresa la intención del traslado, que el cumplimiento de la condena se efectuará en base al Derecho del Estado de ejecución, que la liquidación de condena en base a la información que le suministre el Estado de emisión lo hará el Estado de ejecución, que además, podrá adaptar la condena a su ordenamiento cuando sea incompatible con su Derecho interno.

Es de ensalzar el afán de informar al interno de su futuro traslado<sup>415</sup>, ya que en determinadas circunstancias en España, al ser trasladado un interno, entre cárceles españolas, no siempre se le notifica con antelación, sino cuando el traslado ya es inminente, provocando el desasosiego del mismo, de sus familiares y allegados<sup>416</sup>.

---

<sup>414</sup> Art. 4.4 DM: “[...] la autoridad competente del Estado de ejecución podrá presentar a la autoridad competente del Estado de emisión podrá presentar un parecer motivado, en el que indique que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuirá al objetivo de facilitar la reinserción social ni la reintegración con éxito del condenado en la sociedad”.

<sup>415</sup> Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. *Procedimientos penitenciarios*. Editorial Comares. Granada, 2009, págs. 170 a 172 y MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 85 y 98 a 105.

<sup>416</sup> Artículo 31.1 del Reglamento Penitenciario, aprobado por Real Decreto 190/1996: “Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo *tiene competencia exclusiva para decidir*, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.” (la cursiva es nuestra). Incluso esta capacidad de determinar el centro penitenciario de destino de los internos, excluye cualquier competencia que al respecto puedan tener las autoridades judiciales, incluida el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Es importante destacar, que en determinadas circunstancias, la no comunicación previa de un traslado puede estar justificada por motivos de seguridad. Pero entendemos que estos casos deben ser los menos.

La información se le dará en una lengua que comprenda. Una fácil solución es tener a disposición de los internos en los centros penitenciario, traducciones en los distintos idiomas oficiales de la UE del anexo II. Si el condenado está en el Estado de ejecución, o futuro Estado de ejecución, el anexo II se transmitirá por el Estado de emisión con el objeto de que informe al condenado.

Los **casos en los que no será necesario el consentimiento del condenado** (artículo 6.2), son tres y muy importantes, así, cuando el certificado y la sentencia se transmitan:

- 1.- al Estado del que sea nacional<sup>417</sup> y en el que, a la vez, viva el condenado.
- 2.- al Estado miembro en el que el condenado vaya a ser expulsado<sup>418</sup>.
- 3.- al Estado miembro al que el condenado se hubiera fugado, una vez dictada sentencia firme, o una vez iniciado el procedimiento penal.

Según el apartado 5 del artículo 6 de la DM, esta excepción a) del artículo 6.2 de la DM, probablemente la más importante, no se aplicará a Polonia, según dispone el artículo 6.5 DM, “en los casos en que la sentencia haya sido dictada antes de un período de cinco años a partir del 5 de diciembre de 2011.” No obstante, la difícil comprensión del precepto, estimamos que lo que pretende decir la Decisión marco, es que a Polonia no se le aplicarán la excepción y por ello, será necesario el consentimiento del condenado a las sentencias dictadas desde el 5 de diciembre de 2006, hasta las dictadas el 5 de diciembre de 2011. Otros Estados como Letonia y Países Bajos también han hecho objeciones a la aplicación de la Decisión marco<sup>419</sup>.

---

<sup>417</sup> En esta materia, puede darse un problema en la práctica, con difícil solución, la prueba de la nacionalidad. Es cierto, que toda persona que es enjuiciada en un proceso penal, desde su instrucción, en el caso de España, es filiada por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, no obstante, desgraciadamente, debido en el retraso en la Administración de Justicia, el retraso en el inicio del cumplimiento de las condenas de cárcel puede ser de cierta importancia. Además, puede suceder que durante el cumplimiento de la condena, un interno, por algunas de las circunstancias legales establecidas en los ordenamientos de cada Estado, cambie de nacionalidad.

Esta novación en la nacionalidad puede dar lugar a la aplicación de regímenes jurídicos distintos, y es donde cobra relevancia, la prueba de la nacionalidad. Incluso la ciudadanía europea, se adquiere o se pierde en aplicación de las normas de los Estados miembros sobre la nacionalidad. La doctrina civilista española destaca que en el Registro Civil no se inscriben de forma completa todas las circunstancias que dan lugar a la adquisición de la nacionalidad española, especialmente las más habituales del art. 17 del Código Civil. Incluso se ha de añadir que el RC, sólo produce fehaciencia, respecto del momento en que se ha producido la inscripción, no se su conservación, por lo que la nacionalidad puede haberse perdido. No obstante, por el momento el RC y sus certificaciones son el instrumento jurídico que más información nos suministra al respecto. El propio Reglamento del RC de 14 de noviembre de 1958, en el Preámbulo, es consciente de este hecho. Así: “[...] en general no es posible que el Registro proporcione una prueba directa de la nacionalidad de la persona [...]”, por ello se ha procurado que sus libros aparezcan, mediante anotaciones o inscripciones, “un gran número de hechos influyentes en la misma.”

Vid. DE CASTRO GARCÍA, J. *Contestaciones del Programa de Derecho Civil al Programa de Judicatura*. Tomo I. 3ª edición. Cóllex. Madrid, 2000, págs. 117 y 118.

<sup>418</sup> Dado que la expulsión judicial o administrativa de ciudadanos de la UE por Estados miembros es muy excepcional, además de ser el TJ muy restrictivo a la hora de admitirla, estimamos que este caso se dará con poca frecuencia.

<sup>419</sup> Vid. PALOMO DEL ARCO, A. “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado Europeo”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. N.º 21. mayo 2010.

## 4.2.2. Motivos de la denegación

No hay en el CSTPC obligación de informar del motivo de la negativa<sup>420</sup> del Estado de ejecución del motivo de la no aceptación del traslado<sup>421</sup>. Por el contrario en el artículo 9 de la Decisión marco, se detallan los motivos del no reconocimiento y la no ejecución<sup>422</sup>. Se emplean las expresiones eufemísticas “no reconocimiento” o “no ejecución”, para no hablar claramente de denegación. No obstante, la norma<sup>423</sup> con el objeto de reducir al mínimo en el ELSJ, los casos de no reconocimiento mutuo en materia de ejecución de condenas privativas de libertad, habilita la posibilidad de establecer consultas y pedir información para subsanar las posibles diferencias entre los Estados miembros en cuestión<sup>424</sup>.

Obsérvese que se diferencia entre el reconocimiento y la ejecución. Es decir, una sentencia puede ser reconocida por otro Estado miembro, pero no ejecutada, por alguno de los motivos tasados, que veremos seguidamente. Incluso puede darse una *fase intermedia*, entre el reconocimiento y la ejecución, en la que se pueden disponer medidas cautelares, con el objeto de la no sustracción a la acción de la Justicia del condenado<sup>425</sup>.

### 4.2.2.1. Error en el certificado

El primer motivo de denegación es la redacción incorrecta del certificado del art. 4 de la DM<sup>426</sup>, que este no corresponda con la sentencia en cuestión, o bien que no se enmiende el error en el plazo dado por el Estado de ejecución<sup>427</sup>.

### 4.2.2.2. No concurrencia de las condiciones del art. 4.1

En segundo lugar, cuando no se dan las condiciones del art. 4.1 de la DM. Es decir, consentimiento del condenado, o no consentimiento de éste cuando no concurren las circunstancias del art. 6 de la DM y que el traslado sea al Estado miembro de

<sup>420</sup> La Recomendación R (92) de 19 de octubre de 1992, señala que en la medida de lo posible, se motiven las decisiones de denegación del traslado. Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 280.

<sup>421</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 280.

<sup>422</sup> Vid. BUJOSA VADELL, L.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2010 y PALOMO DEL ARCO, A., op. cit., pág. 169.

<sup>423</sup> Art. 9.3 DM: “En los casos indicados en el apartado 1, letras a), b), c), l), k) y l), la autoridad competente del Estado de ejecución, antes de tomar la decisión de denegar el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena, consultará por cualquier medio apropiado a la autoridad competente del Estado de emisión y, cuando sea oportuno, le pedirá que facilite la información adicional necesaria sin demora”.

<sup>424</sup> PALOMO DEL ARCO, A., op. cit., pág. 168.

<sup>425</sup> Vid. BUJOSA VADELL, L. *El reconocimiento y la ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008*. *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2009, pág. 18.

<sup>426</sup> Se corresponde con el formulario normalizado del anexo I de la Decisión marco.

<sup>427</sup> Art. 11 DM: “Cuando el certificado a que se refiere el artículo 4 esté incompleto o manifiestamente no corresponda a la sentencia, el reconocimiento de la sentencia en el Estado de ejecución podrá aplazarse durante un plazo razonable, fijado por el Estado de ejecución, para que el certificado se complete o se corrija.”

nacionalidad del condenado en el que viva, bien al Estado miembro de nacionalidad, aún no viviendo en este, cuando sea al que vaya a ser expulsado.

#### 4.2.2.3. Contravención del principio *non bis in idem* en el traslado de personas condenadas

Se denegará la solicitud de traslado, si la ejecución de condena va contra el principio *non bis in idem*<sup>428</sup>. Prescribe el Art. 50 de la CDFUE que nadie podrá ser juzgado o condenado penalmente por una infracción respecto de la cual ya haya sido absuelto o condenado en la Unión mediante sentencia penal firme conforme a la ley. De la misma manera, también está recogido en el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y en el Protocolo número 7, art. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Este principio, fundamental en el moderno Derecho Penal, ha tenido un nutrido reflejo en la jurisprudencia del TEDH, aunque en ciertas ocasiones contradictoria en cuanto a la necesidad sólo de identidad de los hechos materiales, o si también es necesaria la identidad del interés jurídico protegido<sup>429</sup>. La Unión Europea, con el objeto de crear el ELSJ, se ha visto obligada a desarrollar con más profusión el principio *non bis in idem*. Por ello, son abundantes las resoluciones del TJUE en la materia. Estos pronunciamientos del máximo órgano judicial de la Unión, no sólo han sido en materia penal, sino que eminentemente han hecho referencia al Derecho Administrativo sancionador. Con el aumento de las competencias del ELSJ en cuanto a la cooperación judicial penal y policial que va a tener desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es seguro que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia va a verse aumentada.

Por Decisión de 21 de octubre de 1998, la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha indicado que el art. 4 del Protocolo nº 7 no comprende la aplicación del principio *non bis in idem* en material penal cuando intervienen órganos judiciales de Estados diferentes. Para dar eficacia al principio en procesos penales de diferentes Estados, estos tienen que acordarlo mediante convenios bilaterales o multilaterales. De este modo encontramos, en el seno del Consejo de Europa, el Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal, número 73 del Consejo de Europa («BOE núm. 138/1985, de 10 de junio de 1985»), Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre la Transmisión de Procedimiento en Materia Penal (número 73 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 1972 y Convenio europeo sobre la transmisión de los autos en asuntos penales de 1972. Aunque el éxito de esta normativa es pequeño debido a las pocas ratificaciones por los Estados y sus numerosas excepciones<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> Vid. *infra*, comentario de este principio, a propósito de la CDFUE.

<sup>429</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M. en MANGAS MARTÍN, A. y otros. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición.. Fundación BBVA, 2008, pág. 793.

<sup>430</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., op. cit., pág. 793. A juicio de este autor, a quien seguimos para hacer estos comentarios, la UE tiene normas más acabadas en relación a este principio, analizando las normas del sistema Schengen y la jurisprudencia del TJ, estima que el art. 50 de la Carta supone un perfeccionamiento del principio en el ELSJ en lo que hace referencia a procedimientos penales.

Hemos de partir para analizar régimen jurídico aplicable en la Unión con respecto a este principio, de los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990. Estos preceptos del CAAS aplican el principio que analizamos en el ámbito penal, pero, aunque con su aprobación supusieron un paso adelante en cuanto garantías a procesados y condenados, tiene deficiencias incompatibles con una verdadera y eficaz cooperación judicial penal. Así un Estado miembro puede no aplicar el principio si los hechos declarados probados en la sentencia extranjera han sido cometidos total o parcialmente en su territorio; cuando lo hechos afectan a la seguridad del Estado u otros intereses esenciales y, finalmente, si los hechos son cometidos, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo por funcionarios de dicha parte contratante. El art. 56 del CAAS intenta que en el caso de que una persona fuera condenado en dos Estados por unos mismos hechos, la sanción sea tenida presente por el otro Estado para reducirse.

El Tribunal de Justicia, en aplicación de estos artículos ha producido un cuerpo de doctrina que será el primer paso para nuevas aplicaciones en base al art. 50 de la CDFUE<sup>431</sup>. En la sentencia de 11 de febrero de 2003, el Tribunal de Justicia, asunto *Gözütok y Brügger*<sup>432</sup>, indicó que el *non bis in idem*, en cumplimiento del art. 54 del CAAS, es aplicable en el caso de que la responsabilidad criminal se extinga, si el Ministerio Fiscal archiva las diligencias en fase instrucción por resolución extrajudicial. Debiéndose estimar el hecho como cosa juzgada. Para llegar a esta conclusión el Tribunal se basó en los conceptos propios del ELSJ, como el principio de confianza mutua y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y no necesidad de la previa armonización de las normas penales y procesales penales<sup>433</sup>. Estima el Tribunal que la libre circulación de personas en el ELSJ, es incompatible con que una persona se vea perseguida en la Unión Europea por los mismos hechos en varios Estados miembros.

En la sentencia de 9 de marzo de 2006, asunto *Van Esbroeck*<sup>434</sup>, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la interpretación que se tiene que hacer del concepto jurídico indeterminado de “los mismos hechos”, en un caso relativo a tráfico de drogas en Noruega de sustancias provenientes de Bélgica. Así en el primer Estado se pretendía perseguir por importación de droga, y en el segundo por exportación de esas mismas sustancias. Se entendió que castigar estos mismos hechos, “indisolublemente unidos entre sí” en dos Estados diferentes, debido a una ausencia de armonización penal, atentaría a la libre circulación de personas. A este criterio, debemos añadir uno de Justicia material, ya que lo que en la jurisdicción de un mismo Estado es indubitado, el no castigar dos veces por los mismos hechos, no debe ser cuestionado en territorios de Estados miembros.

Como decimos hay un progreso del art. 50 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea con respecto al sistema CAAS; es claro ya que en la Carta, hay un

<sup>431</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., op. cit. Pág. 797.

<sup>432</sup> Casos C-187/01 y C-385/01, respectivamente.

<sup>433</sup> El principio de confianza mutua, para el Tribunal de Justicia, “implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente”.

<sup>434</sup> Caso C-436/04.

derecho subjetivo a no ser juzgado, de carácter general e incondicionado a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos. En base, a la aplicación preferente y mayor fuerza de obligar de los preceptos de la Carta, las excepciones del art. 55 de la CAAS están muy matizadas. No sólo hay un derecho a no ser condenado dos veces por los mismos hechos, sino que incluso en su vertiente procesal, el *non bis in idem* según el art. 50, protege a los ciudadanos de ser objeto de enjuiciamiento en un nuevo proceso, que tendría que verse paralizado y archivado definitivamente, si consta que esos hechos han sido ya objeto de enjuiciamiento en otro proceso penal de algún Estado miembro, independientemente del tipo de resolución, sentencia o cualquier otra válida, y sin importar si esta ha sido condenatoria o absolutoria.

La Gran Sala del TEDH, en sentencia de 10 de febrero de 2010, asunto Sergueï Zolotoukhine v. Rusia<sup>435</sup>, fija, no obstante su vacilante jurisprudencia, su posición acerca del principio y sus efectos adjetivos o procesales, así, en el párrafo 82 de la sentencia, destaca que el *non bis in idem*: “[...] prohíbe perseguir o juzgar a una persona por una segunda infracción en la medida en que ésta tenga su origen en unos hechos idénticos o en unos hechos que son esencialmente los mismos.”<sup>436</sup>

De especial aplicación en cuanto al traslado de personas condenadas, es el art. 50 CDFUE, por cuanto el *non bis in idem*, impide que el incumplimiento de una sanción impuesta en un proceso penal, la instrucción de un nuevo proceso, por los mismos hechos en otro Estado miembro. Criterio este, diferente al prescrito por el art. 54 CAAS<sup>437</sup>. Las eventuales actuaciones de las jurisdicciones penales de varios Estados miembros, en cuanto a su intervención, en casos en los que unos mismos hechos delictivos que han tenido lugar en varios Estados miembros, enjuiciados en uno, pero cuya condena privativa de libertad, por cualquier motivo, no han sido objeto de pleno cumplimiento serán encauzados mediante la Decisión marco 2008/909/JAI.

Como vemos este art. 50 va a suponer un estímulo claro a la labor de perfeccionamiento del ELSJ, cuya detallada regulación, ante la ausencia de una normativa clara procedente de la Unión Europea, ya que no existe ni Decisión marco, ni directiva que lo regule expresamente, tendrá que ser completado, nuevamente, por el TJUE, en aquellos conceptos que aún están por definir como el de *sentencia penal firme*. Afortunadamente, la Unión Europea el 30 de noviembre de 2009, aprueba la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328 de 15.12.2009), tomando, como no podía ser de otra manera, varias ideas del mencionado Libro Verde<sup>438</sup>, para evitar el sometimiento a varios procesos penales en Estados miembros por los mismos hechos y evitar los efectos negativos que se derivan de este hecho.

---

<sup>435</sup> STEDH (Gran Sala) Caso Sergueï Zolotoukhine contra Rusia. Sentencia de 10 febrero 2009, TEDH 2009/23.

<sup>436</sup> CARPIO BRIZ, E. “Europeización y reconstitución del non bis in idem -efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 de febrero de 2009”. *Revista General de Derecho Penal*. Nº 14. 2010. Pág. 9.

<sup>437</sup> LÓPEZ ESCUDERO, M., en op. cit., pág. 802.

<sup>438</sup> Libro Verde sobre conflictos jurisdicción y el *non bis in idem* en los procedimientos penales de 23 de diciembre de 2005 (COM(2005)).

#### **4.2.2.4. Sentencias condenatorias por delitos no enumerados en el apartado 1 del art. 7, ni infracciones tipificadas doblemente en el Estado emisión y el Estado ejecución, o que hubieran sido objeto de la declaración contraria a su aplicación del apartado 4**

No obstante, reproducirse en la Decisión marco la ya famosa en el ELSJ lista de 32 infracciones no necesitadas de doble tipificación, siempre que los hechos estén castigados con una pena privativa de libertad de por lo menos tres años en el Estado de emisión, este importante avance podrá verse disminuido si se efectúa la declaración por los Estados miembros que habilita el art. 7.4 de la norma<sup>439</sup>. En este precepto se da la posibilidad a los Estados miembros de que al transponer la Decisión marco o, incluso, con posterioridad, mediante notificación a la Secretaría General del Consejo, de que no va a aplicar la no necesidad de doble tipificación del listado de las 32 infracciones.

La posibilidad de hacer esta exclusión en un momento posterior, puede dar lugar a cierta inseguridad jurídica, ya que en cualquier momento un Estado miembro puede decidir prácticamente no aplicar la Decisión marco en su conjunto. En caso de momentos de oportunidad política o de cualquier otro tipo, en el que un determinado Estado no le interese trasladar a ciertos internos o grupos de internos a su territorio, podría, *motu proprio*, excluir la aplicación de la Decisión marco para algún delito grave con el objeto de que no se produzca el traslado. El listado del art. 7.1 puede verse ampliado por el Consejo, “en todo momento”, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, según lo dispuesto en el art. 7.2 de la Decisión marco. Hemos de advertir que este precepto hace referencia al art. 39.1 del antiguo TUE, actualmente la remisión debe hacerse al artículo 82, apartados 1 y 2, del TFUE.

Cuando el hecho delictivo no sea de los de la lista de 32 infracciones, el Estado de ejecución puede supeditar el reconocimiento y la ejecución de la condena a la doble tipificación, según art. 7.3 DM. No podrá alegarse esta doble tipificación, para no reconocer y no ejecutar la condena en materias relativas a impuestos o derechos, de aduana y de cambio, invocando que el Estado de ejecución no tiene los mismos impuestos o derechos que no hace la misma regulación al respecto (art. 9.1 d) in fine de la DM). No entendemos porqué en materias tributarias se cierra toda puerta a la necesidad de doble tipificación y no se hace lo mismo con otras infracciones o con otros bienes jurídicos protegidos, más importantes que los relativos a la Hacienda Pública, por normas penales. Parece que aún a la UE quedan reminiscencias como organización internacional de integración, pero con orígenes exclusivamente económicos.

#### **4.2.2.5. Prescripción de la condena conforme a la legislación del Estado ejecución**

La doctrina relativa a prescripción de hechos delictivos, es plenamente aplicable a la prescripción de penas y condenas<sup>440</sup>. La prescripción de la condena, es el paso del

---

<sup>439</sup> Valga como ejemplo la declaración de Irlanda publicada en el DOUE de 29 de marzo de 2012 (L 91/28).

<sup>440</sup> ORTS BERENGUER Y GONZÁLEZ CUSSAC., op. cit., pág. 212.

tiempo, no habiéndose cumplido la misma, o habiéndose iniciado, esta se interrumpe, generalmente por el quebrantamiento. Es decir, el Estado, precisamente por el transcurso del tiempo que legalmente establece, no ve necesario sancionar el hecho o hacer cumplir la condena que ha impuesto<sup>441</sup>. Como fundamentos de la prescripción la doctrina científica, tiene presente varios motivos. Para MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN<sup>442</sup>, es la seguridad jurídica la que da sentido a la prescripción en el Derecho Penal, más que en causas de Justicia material. Imponiendo el Código Penal plazos más breves o más largos de prescripción dependiendo de la gravedad del delito o de la pena. La jurisprudencia<sup>443</sup> indica que la prescripción, tiene su razón de ser en motivos, tales como: el menor merecimiento de castigo con el transcurso del tiempo; la desaparición de la peligrosidad del delincuente con el paso del tiempo, por ello, la prescripción puede verse interrumpida en el caso de comisión de nuevo delito; la menor alarma social y con ello de la menor necesidad de prevención especial; ineficacia y ausencia de necesidad de la pena y la eliminación de incertidumbres en la sociedad y en las propias personas<sup>444</sup>.

Muy a tener presente, en la prescripción de los delitos y las penas, es la reinserción social del delincuente. Una persona condenada a una pena de prisión, pendiente de cumplimiento, verá condicionada su vida por la “deuda que tiene con la sociedad”. Verá afectado su proyecto de vida. Es justo que sea de esta manera, pues ha sido juzgado y condenado; pero no creemos que esta situación, la pendencia en el cumplimiento de condena, especialmente si es por motivos que le son ajenos, sea conforme a Derecho si se mantiene en el tiempo. Por ello, creemos que las condenas penales, deben ser ejecutadas de inmediato. El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo español, entienden que la prescripción es un problema jurídico de “legalidad ordinaria”, normas penales materiales, sujeto su control a la garantía del recurso de amparo (STC 12/1991 y 301/1994 y SSTs de 10 de febrero de 1989, 20 de abril de 1994 y 25 de abril de 1995<sup>445</sup>).

#### **4.2.2.6. Concurrencia de inmunidad en el Estado ejecución de la persona condenada**

En España son varias las inmunidades que pueden concurrir, bien establecidas por normas internas españolas, bien por Tratados internacionales que obliguen a España. En primer lugar nos encontramos con el inmunidad del Rey. Así el art. 56.3 de la Constitución Española dispone que la persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad<sup>446</sup>. También gozan de inmunidad los Diputados y Senadores de las Cortes españolas. Igualmente, los miembros de las Asambleas Legislativas de las

---

<sup>441</sup> En España las penas y las medidas de seguridad impuestas en sentencia firme, prescriben conforme a los artículos 113 a 135 del Código Penal.

<sup>442</sup> MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., op. cit., pág. 408.

<sup>443</sup> Vid Sentencias del Tribunal Constitucional 152/1987, 157/1990, 194/1990, 301/1994 y auto del TC 27/1983 y STS de 18 de febrero de 1995.

<sup>444</sup> ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAT., op. cit., pág. 209.

<sup>445</sup> ORTS BERENGUER y GONZÁLEZ CUSSAT., op. cit., pág. 210.

<sup>446</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2004. Págs. 148 a 151.

Comunidades Autónomas, gozan de inmunidad, por la protección dispensada por los Estatutos de Autonomía<sup>447</sup>. La Ley Orgánica 3 de 1981, del Defensor del Pueblo, dispone su inviolabilidad por sus opiniones en el ejercicio de las competencias propias de su cargo. Tampoco los Magistrados del Tribunal Constitucional, podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones<sup>448</sup>.

En lo que hace referencia a las inmunidades en base a Tratados y normas internacionales, vigentes en España LUZÓN CUESTA<sup>449</sup>, enumera las que corresponde en virtud de la inmunidad diplomática<sup>450</sup>, la de los Representantes de la Asamblea Legislativa del Consejo de Europa, los miembros del Parlamento Europeo, miembros del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Tratos Inhumanos o Degradantes y, por último, la inmunidad de los miembros de las fuerzas de los Estados Unidos destacados en España. Con referencia a la inmunidad diplomática se tiene que tener presente los Convenios de Viena sobre relaciones diplomáticas y consulares de 1961<sup>451</sup> y 1963<sup>452</sup>, respectivamente.

Los miembros de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, los de la Comisión Europea de Derechos Humanos y los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, están protegidos por el Acuerdo General sobre Privilegios e Inmunidades del Consejo de Europa de 2 de septiembre de 1949, el Protocolo Adicional sobre los miembros de la Comisión Europea de Derechos Humanos y del TEDH, respectivamente. En relación a la UE, tanto sus parlamentarios, como sus funcionarios y agentes, además de los representantes de Estados miembros, tienen inmunidad en base al Protocolo sobre Privilegios e inmunidades de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965<sup>453</sup>.

Los militares de EEUU, según el art. 39 del Convenio de Cooperación para la defensa entre España y Estados Unidos de 1988, las autoridades españolas “darán rápida y benévola consideración” a las solicitudes de renuncia de jurisdicción criminal hechas por las autoridades de los EEUU<sup>454</sup>. Es un precepto redactado con consciente imprecisión, que en la práctica puede generar dificultades interpretativas por la aplicación que del mismo haga la Audiencia Nacional.

<sup>447</sup> LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2004. Pág. 149.

<sup>448</sup> Nos llama la atención la manera en que la LOTC, concede inmunidad a los Magistrados, “por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones”, entendemos que un Magistrado en una resolución no expresa opiniones, sino que en el ejercicio de su jurisdicción, mediante resoluciones judiciales, imparte Justicia en materia de garantías constitucionales y en las otras que le son encomendadas por la Constitución y su Ley Orgánica.

<sup>449</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., págs. 150 y 151.

<sup>450</sup> Art. 21 LOPJ: 1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte.

2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público.

<sup>451</sup> Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas 18 de abril de 1961, con entrada en vigor el 24 de abril de 1964.

<sup>452</sup> Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, publicado en BOE núm. 56/1970, de 6 de marzo de 1970.

<sup>453</sup> Los miembros del Parlamento Europeo no podrán ser buscados, detenidos ni procesados por las opiniones o los votos hechos en el ejercicio de su cargo. Gozan de inmunidad frente a toda detención y actuación judicial. Se exceptúa el caso de flagrancia, pudiendo el PE suspender, por acuerdo, la inmunidad de alguno de sus miembros.

<sup>454</sup> LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., pág. 151.

#### 4.2.2.7. Edad del condenado

No tiene el ordenamiento jurídico español, ni en el Código Penal ni en la legislación penal especial, limitación alguna en cuanto a la edad respecto a personas de edad avanzada. Sí hay cierta consideración en lo que respecta a la ejecución de la pena de prisión a personas mayores de 70 años<sup>455</sup> en la legislación penitenciaria<sup>456</sup>. Con respecto a la minoría de edad, a que hace referencia la Decisión marco, en España la exigencia de responsabilidad criminal a los menores de edad sufre un cambio radical con la aprobación del Código Penal de 1995, en virtud del cual, la minoría de edad penal se eleva a los dieciocho años, con anterioridad estaba en dieciséis.

Si un menor, comete un hecho que pudiera calificarse como delito o falta, se le aplicará la Ley Orgánica 5 de 2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Es decir, no se podrá cumplir en España, una condena privativa de libertad que se fuere impuesta a un menor de dieciocho años. Según el art. 69 del CP, al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, podrá serle de aplicación la ley que regule la responsabilidad penal de menores. Este precepto que podría, condicionar el cumplimiento de una pena privativa de libertad en España, impuesta en un Estado miembro, ya que el Derecho aplicable a la ejecución en el Estado donde el condenado fuera a ser trasladado para el cumplimiento, no está actualmente vigente es España. La *prueba de edad*, que en ciertos casos genera dudas, incluso iniciado ya el cumplimiento de una pena de prisión, en España se hace según dispone el art. 375 de la LECRIM<sup>457</sup>. Aunque en la norma se hace referencia a la duda en el seno de procedimiento penal y no a la ejecución propiamente dicha, estimamos que puede ser procedente el dictamen del médico forense en caso de duda hacer de la mayoría de edad del condenado.

No obstante, al ser los miembros del ELSJ, Estados desarrollados con unos recursos técnicos a disposición de la Administración de la Justicia, en la mayoría de los casos suficientes, es raro que se pudiera dar esta situación y difícilmente conciliable con el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, aunque, no obstante, no es descartable.

---

<sup>455</sup> Vid. Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 8 de 2011, relativa a la “Atención integral a las personas mayores en el medio penitenciario”.

<sup>456</sup> En esta materia es de aplicación el art. 92.1 del Código Penal: “No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.”, y art. 196 del Reglamento Penitenciario.

<sup>457</sup> “Para acreditar la edad del procesado y comprobar la identidad de su persona, el Secretario judicial traerá al sumario certificación de su inscripción de nacimiento en el Registro civil o de su partida de bautismo, si no estuviere inscrito en el Registro.

En todo caso, cuando no fuere posible averiguar el Registro civil o parroquia en que deba constar el nacimiento o el bautismo del procesado, o no existiesen su inscripción y partida; y cuando por manifestar el procesado haber nacido en punto lejano hubiere necesidad de emplear mucho tiempo en traer a la causa la certificación oportuna, no se detendrá el sumario, y se suplirá el documento del artículo anterior por informe que acerca de la edad del procesado, y previo su examen físico, dieren los Médicos forenses o los nombrados por el Juez”.

#### 4.2.2.8. Condena pendiente de cumplir inferior a seis meses

Hemos de recordar que el art. 9 de la Decisión marco enumera motivos, en la mayoría de los casos podemos decir que potestativos, para el no reconocimiento, o para la no ejecución de una condena privativa de libertad impuesta en un Estado miembro, en otro Estado de la UE. Así, a diferencia del apartado c) del apartado 1 del art. 3 de CSTPC<sup>458</sup>, en el que indefectiblemente la condena por cumplir ha de ser superior a seis meses desde el día de la recepción de la petición; en la nueva regulación de la Decisión marco, se puede instar el traslado de una persona condenada, incluso cuando la condena, o la parte que quede por cumplir esa inferior al período indicado. No obstante, en casos muy excepcionales, el apartado 2 del art. 3 del CSTPC, también da la posibilidad de que se pueda efectuar un traslado, aunque la pena sea inferior a seis meses.

Haciendo una interpretación teleológica de la Decisión marco en su conjunto, el traslado será preceptivo, incluso en el caso de condenas de menos de seis meses, si de no efectuarse se perjudique la reinserción social del penado o por razones humanitarias. Piénsese en condenados que, no obstante, el cumplimiento de ésta, al estar clasificado en un régimen de semilibertad o en otro análogo, pueda conservar su puesto de trabajo. También puede ser procedente el traslado de personas condenadas a penas cortas de prisión si padecen alguna enfermedad, que con el traslado pudiera verse paliada o con sufrimientos menores; o bien, la proximidad a familiares o allegados directos en fase terminal, etc.

#### 4.2.2.9. Sentencia dictada en rebeldía

Este es un motivo de denegación, siempre que no se den las prescripciones de la propia Decisión marco<sup>459</sup>. La misma norma señala, como requisitos válidos para que

<sup>458</sup> Sorprende, a nuestro entender, la redacción literal del precepto: “La duración de la condena que el condenado tendrá que cumplir aún deberá ser al menos de seis meses el día de la recepción de la petición o indeterminada.” Estimamos que en el ordenamiento penal español y en el ELSJ, no se pueden dar sentencias indeterminadas. Concretamente en España, una sentencia que condenara a pena de prisión sin establecer el límite máximo de la condena en sentencia por el órgano judicial estaría prohibido por los artículos 9.3 y 25 de la Constitución. Entienden MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Sexta edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004. Págs. 50 a 52, que la intervención punitiva del Estado no está exenta de “desviaciones” en cada uno de los momentos en que puede darse. En la amenaza penal, penas draconianas dan lugar al “terror penal”. A esta tendencia, según estos autores, tienden modernas teorías criminológicas como de la “tolerancia cero”.

En la ejecución de la pena privativa de libertad, una exacerbación de la prevención especial, puede llevar al delincuente a convertirse en un “conejillo de Indias”. Se asemejan más estas tendencias a la “subcultura penitenciaria”, prisionización, que a medidas resocializadoras (*prevención especial negativa*). Tras la segunda Guerra Mundial, es cuando la idea de resocialización del delincuente, tiene su principal desarrollo, recogiendo por la mayoría de las legislaciones como un tipo de modalidad de prevención especial de carácter positivo, dando medios al delincuente para tener una futura vida en libertad sin delitos. Para Marc ANCEL, principal impulsor de la NUEVA DEFENSA SOCIAL, la resocialización es el fin último de la sanción penal. Vid. GARCÍA RIVAS, N. *El poder punitivo en el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996, pág. 38)

Esta política penitenciaria, puede consistir en el sometimiento a programas o tratamientos penitenciarios, contra su voluntad o coaccionándolos con el disfrute de ciertos derechos, beneficios penitenciario o, en general, mejorando su situación penitenciaria-legal en la prisión (permisos ordinarios de salida, progresiones de grado, concesión destinos remunerados, destinos en módulos con internos de baja peligrosidad, etc). La pena de prisión indeterminada, responde el ideal inocuidador del delincuente: prolongación de la prisión para delincuentes en tanto el pronóstico de reinserción social no sea favorable.

<sup>459</sup> Este apartado ha sido modificado por la Decisión marco 299 de 2009, referente al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales celebrados sin comparecencia del imputado. *Continúa*

la resolución judicial, no obstante, emitida en ausencia del reo, esté ajustada a Derecho. Estos son: en primer lugar, la citación del imputado con suficiente antelación, en persona o por otros medios, pero siempre que fuere informada, sin lugar a duda, que tenía conocimiento del juicio, de su fecha y lugar. La citación debe constar de forma fehaciente. Además se le debió de informar, de que, a pesar de su no asistencia, podría dictarse resolución. De la misma forma, será válido el juicio, si el imputado, al tener conocimiento del mismo, dio mandato a un abogado para que le defendiera y efectivamente lo hizo. En último lugar, se dará validez al procedimiento, si una vez que le ha sido comunicada la resolución que ha puesto fin al juicio, e informado de su derecho a interponer recurso contra el fallo que se dictó en su ausencia, o declara que no la impugna o que no solicita un nuevo juicio<sup>460</sup>. El sujeto pasivo de la relación jurídico procesal en materia penal, en la primera fase del procedimiento, instrucción, no es siempre necesaria. Así, se pueden practicar diligencias de investigación sin estar presente el imputado. Pero la presencia del procesado, en el plenario es, por regla general, necesaria para su validez en los Estados de Derecho<sup>461</sup>.

No es pequeña la preocupación que el *legislador* europeo ha demostrado que tiene con respecto a los procesos penales, cuando se ha emitido un fallo sin la presencia del acusado. A nuestro entender es lógica esta aprensión, dadas las propias características del ELSJ, que comprende a varios millones de habitantes, la considerable distancia de los desplazamientos entre los Estados miembros, y la facilidad, en muchos casos, de no poder citar ni correcta, ni eficazmente, a los encartados en procedimientos penales, pueda suponer un obstáculo al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de unos Estados miembros con respecto a otros. Ha sido evidente que no todos los ordenamientos jurídicos tienen las mismas garantías y exigencias, a la hora de celebrar un juicio penal, en rebeldía<sup>462</sup>; habiéndose producido, por este motivo, serios inconvenientes al reconocimiento mutuo de sentencias dictadas en ausencia del acusado<sup>463</sup>. Por ello, con el objeto de atenuar estos inconvenientes el Consejo aprueba la Decisión

---

Con la modificación que mejora técnicamente la Decisión marco, dando mayores garantías y con ello, mayor facilidad para el reconocimiento mutuo de las sentencias en estos casos, se modifica igualmente el punto 1, de la letra K) del CERTIFICADO, del anexo I, en concordancia con la novación efectuada en la norma.

La redacción originaria era del siguiente tenor: "si la sentencia se ha dictado en rebeldía, a no ser que en el certificado conste que la persona fue citada personalmente o que se le notificó, por conducto de un representante competente según la legislación nacional del Estado de emisión, la fecha y lugar del procedimiento que dio lugar a la sentencia dictada en rebeldía, o que el interesado haya indicado a una autoridad competente que no impugna la resolución".

<sup>460</sup> Como indica el Considerando 6 de la Decisión marco 299 de 2009, se trata de condiciones alternativas. Así al cumplirse alguna de ellas, le autoridad emisora del certificado que establece la DM 909 de 2008, para el reconocimiento y ejecución de condenas por las que se imponen penas privativas de libertad, garantiza que han sido observados los requisitos, o bien, que se cumplirán, los requisitos para dar validez a los procesos celebrados en ausencia del acusado, siendo esto suficiente para el reconocimiento mutuo de la resolución.

Entiende el *legislador* europeo que de darse los requisitos y condiciones, de la Decisión marco, con suficiente antelación con respecto a la fecha de la celebración del juicio, no debe haber óbice legal para el reconocimiento de la resolución y su eventual ejecución en otro Estado miembro.

<sup>461</sup> MUERZA ESPARZA, J. en DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Derecho Procesal Penal*. 8ª Edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007, pág. 165.

<sup>462</sup> El *Considerando* 2 de la DM 299 de 2009, se destaca que las Decisiones marco aprobadas con anterioridad, referentes al reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, no abordan este tema, por lo que se dificultó la cooperación judicial. En el *Considerando* 3, entre otras Decisiones marco se cita la 909 de 2008.

<sup>463</sup> En España es de aplicación el artículo 786. 1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes. *Continúa*

marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009).

Pero no toda la responsabilidad referente a la asistencia del acusado recae sobre el Estado, sino que, a la vez, se tiene que tener presente, para estimar que se ha desamparado en cuanto a la tutela judicial efectiva a un procesado, la diligencia con la que actúa con respecto a la información y las comunicaciones que se le remiten<sup>464</sup>. Las legislaciones de los Estados miembros<sup>465</sup>, deberán garantizar, en determinadas circunstancias, cuando no se le notificó personalmente la resolución, un nuevo proceso al condenado en rebeldía y, siempre que sea procedente y respetando los plazos legales, el condenado, podrá interponer los recursos ordinarios y extraordinarios, que habilite la legislación interna del Estado miembro en cuestión<sup>466</sup>.

A este respecto, tratándose del reconocimiento y ejecución de una resolución judicial por la que se imponga una pena o medida de seguridad privativa de libertad, en un Estado miembro distinto del que la ha emitido, de ser necesaria, para su cumplimiento la emisión de una OEDE, si se da el caso de que al condenado no se le notificó personalmente la resolución, y el reo ha solicitado un nuevo proceso o, bien, interpone un recurso, se revisará la OEDE dictada para el cumplimiento de la condena privativa de libertad, pudiendo, incluso, llegarse a suspender o interrumpir la OEDE<sup>467</sup>.

#### 4.2.2.10. Concurrencia del principio de especialidad

Podrá negarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia de condena privativa de libertad, si el Estado de ejecución presenta al Estado de emisión, una solicitud para que la persona de que se trate sea procesada, condenada o privada de libertad en el Estado de ejecución, por una infracción cometida antes de su traslado distinta de la que hubiera motivado este. Matiza el art. 18.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI, que se dará el consentimiento siempre que exista una obligación de

---

La ausencia injustificada del acusado que hubiera sido citado personalmente, o en el domicilio o en la persona a que se refiere el artículo 775, no será causa de suspensión del juicio oral si el Juez o Tribunal, a solicitud del Ministerio Fiscal o de la parte acusadora, y oída la defensa, estima que existen elementos suficientes para el enjuiciamiento, cuando la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración no exceda de seis años.

La ausencia injustificada del tercero responsable civil citado en debida forma no será por sí misma causa de suspensión del juicio.

<sup>464</sup> Considerando 8 de la Decisión marco 299 de 2009.

<sup>465</sup> En España, nos encontramos con el recurso de anulación, que posibilita la impugnación de sentencias, art. 793 LECRIM, cuando el juicio, no obstante, haber tenido lugar en ausencia del acusado se ha celebrado incumplimiento lo prescrito en el art. 786.1 LECRIM. Para MUERZA ESPARZA, J. Op. Cit. pág. 689 a 692, este mecanismo del recurso de anulación ha sido unánimemente criticado por la doctrina por su regulación demasiado escasa.

En efecto es incompleta y llena de imprecisiones su regulación, por lo que parece que sería necesario que el legislador español, a la vista de la evolución del ELSJ que por sus propias características, hace propio los procesos en rebeldía, y la preocupación de las instituciones europeas por el reconocimiento mutuo de sentencias en ausencia del acusado, reforme la LECRIM con el objeto de perfeccionar el recurso.

<sup>466</sup> Considerando 11 y 12 de la DM 299 de 2009.

<sup>467</sup> Considerando 13 de la DM 299 de 2009 y art. 4 bis, apartados 2 y 3 de la Decisión marco 584 de 2002 que regula la OEDE.

entrega de la persona en virtud de la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la Orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros<sup>468</sup>.

A efectos de la Decisión marco 2008/909/JAI, el principio de especialidad se regula en la misma<sup>469</sup>. Es una pieza básica de garantía en los procedimientos de extradición, ya que en virtud del mismo el Estado requirente está obligado a no enjuiciar o no hacer cumplir una condena por hechos anteriores y distintos por los que se accede a la entrega de la persona que se reclama<sup>470</sup>. Es inherente al sistema *extraditorio* y a cualquier Tratado de extradición<sup>471</sup>. No es un derecho subjetivo del reclamado sino, para parte de la doctrina, una *autoimposición* de los Estados<sup>472</sup>. A nuestro entender, en lo que respecta a la naturaleza jurídica del principio de especialidad en el ELSJ, se configura como un derecho subjetivo, toda vez que como tal se regula en las Decisiones marco que hacen referencia a la materia. Aunque es claro que su naturaleza está sujeta a una constante revisión, pues se tiende a eliminar con el objeto de hacer más eficaz la lucha contra la criminalidad. Contario a esta idea que defendemos de configuración el principio de especialidad como un derecho subjetivo, es el celo de muchos Estados a la cesión de soberanía y con ello de poder. Así encontramos la reserva que la República Federal Alemana hacía al Convenio de Traslado de Personas Condenadas, en la que se indica que para ese Estado, el Convenio no crea derechos y obligaciones sólo para las Partes, no pudiéndose derivar derechos subjetivos para las personas condenadas<sup>473</sup>.

En virtud del principio que estudiamos, la persona trasladada al Estado de ejecución en aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI no podrá ser procesada, condenada ni privada de libertad de ninguna forma, por una infracción cometida antes de su traslado salvo por la que hubiera motivado el traslado. Esta regla general tiene importantes excepciones, en el apartado 2 del art. 18 de la norma, así:

Primero.- Una vez puesto en libertad definitiva el condenado en el Estado de ejecución, teniendo la oportunidad de salir del territorio de este Estado, no lo hace en 45 días. O bien, el liberado definitivo, regresa el EJ, después de haber salido del mismo.

Segundo.- Cuando la infracción no sea punible con una pena privativa de libertad o un auto de internamiento.

Tercero.- Cuando el proceso penal, no concluya con la aplicación de una medida que restrinja la libertad individual. Esta excepción tercera puede ser peligrosa ya que en determinados procedimientos, no siempre se conoce con anterioridad el tipo de pena que va a recaer sobre el imputado<sup>474</sup>.

---

<sup>468</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002 (DO L190 de 18.7.2002).

<sup>469</sup> Art. 18.

<sup>470</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, B. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Editorial Comares. Granada, 2005. Pág. 242.

<sup>471</sup> GARCÍA SÁNCHEZ, B., op. cit., pág. 245.

<sup>472</sup> DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *Algunas consideraciones sobre la extradición*. Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1995. N° 1738, pág. 108.

<sup>473</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 182.

<sup>474</sup> Entendemos que las normas rituarías penales en España tendrán que ser adaptadas para cumplir con los prescritos por el principio de especialidad. Hay una especie de falta de jurisdicción por el juez o tribunal que conoce del proceso, o un condicionamiento de la misma, ya que en el caso concreto, aunque el delito estuviera castigado con pena de prisión esta no se podría imponer.

Así sólo se podría iniciar el proceso si el delito no está castigado con pena privativa o libertad, o bien, aún estando castigado con penas de esta naturaleza, ésta no podría imponerse.

- Cuarto.- Cuando la persona condenada pueda estar sometida una sanción o medida no privativa de libertad, en particular una sanción pecuniaria o medida sustitutoria de esta, aún cuando dicha sanción o medida sustitutoria pudieran restringir su libertad individual<sup>475</sup>.
- Quinto.- Cuando el penado hubiera dado su consentimiento para el traslado. El condenado habrá de ser informado previamente de las repercusiones del traslado y de los efectos de este, es decir, que podría resultar condenado por otros delitos en el Estado de ejecución. El consentimiento al traslado es una renuncia tácita a la aplicación del principio de especialidad.
- Sexto.- Cuando la persona condenada hubiera renunciado expresamente, después del traslado, a acogerse al principio de especialidad en relación con determinadas infracciones anteriores a su traslado. La propia norma europea, es consciente que esta decisión del condenado se debe rodear de una serie de garantías, ya que el sujeto podría estar sometido a presiones para la renuncia, o bien, no ser objeto de una información completa y detallada del principio de especialidad y de los efectos de la renuncia. Así, continúa diciendo la norma, que la renuncia se efectuará ante las autoridades judiciales<sup>476</sup> competentes del Estado de ejecución y se levantará acta de la misma con arreglo al Derecho interno de este. La renuncia se verificará de forma que se ponga de manifiesto que la persona, efectivamente, ha hecho la renuncia, voluntariamente y con plena conciencia de las consecuencias que ello acarrea. Finalmente, se indica que en la toma de la decisión del interno habrá de estar asistido por abogado.
- Séptimo.- Además, tampoco se aplicará el principio de especialidad, cuando el Estado de emisión dé su consentimiento, siempre que exista una obligación de entrega de la persona en virtud de la Decisión marco 2002/584/JAI, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

---

<sup>475</sup> Se hace aquí referencia a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa del art. 53 del Código Penal, para el caso de que el condenado no satisficiera voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta. Es decir, sí se le podría aplicar la pena privativa de libertad, pero no como pena directa, sino como resultado de no haber pagado la multa penal a la que fue condenado.

<sup>476</sup> Entendemos que esta autoridad judicial es la competente para conocer del eventual juicio que se pudiera iniciar en el caso de que el condenado renunciara a la aplicación del principio de especialidad.

#### **4.2.2.11. Pena de imposible cumplimiento para el Estado de ejecución, conforme a su ordenamiento jurídico**

Es decir, si la sanción consiste en una pena privativa de libertad de carácter psiquiátrico, sanitario o de otra índole, que el Estado de ejecución no puede hacer cumplir según su ordenamiento jurídico o sanitario<sup>477</sup>. Esta imposibilidad ha de ser absoluta, pues de lo contrario sería de aplicación el art. 8.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>478</sup>.

#### **4.2.2.12. Condena por hechos cometidos, en su integridad o en su mayor parte, en el territorio o equivalente del Estado de ejecución**

En este caso, según el apartado 2 del art. 9 de la norma, excepcionalmente y atendiendo al caso concreto, será el Estado de ejecución el que adopte las decisiones, si una parte importante o fundamental ha tenido lugar en el Estado de emisión.

Como es lógico en una Decisión marco que tiene como objetivo el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, en este caso, en base a las cuales se han impuesto condenas privativas de libertad, se insta, en la norma, que antes de tomar el Estado de ejecución la decisión de denegar el reconocimiento o la ejecución de la condena, se consultará “por cualquier medio apropiado”, a la autoridad competente del Estado de emisión, pudiéndole solicitar información adicional, que le será facilitada sin demora<sup>479</sup>.

### **4.2.3. Información recíproca**

Las relaciones entre el Estado de emisión y el Estado de ejecución, no finalizan con la materialización del traslado, sino que se mantienen durante todo el período de cumplimiento de condena, pudiéndose derivar importantes consecuencias para el penado de este hecho<sup>480</sup>. Por ejemplo en el CSTPC, la competencia del recurso de revisión es del Estado de emisión o de condena<sup>481</sup>, art. 13. La competencia para el indulto, la amnistía o la conmutación de la pena, es compartida entre el Estado de condena y el Estado de cumplimiento, art. 12. Análogamente la Decisión marco 909 dispone que la amnistía y el indulto puede ser concedido por el Estado de emisión y por el Estado de ejecución; mientras que la revisión de sentencia, sólo lo puede efectuar el Estado de emisión<sup>482</sup>.

---

<sup>477</sup> A medida que el ELSJ se perfeccione, será difícil que se dé el caso de una pena, de imposibilidad absoluta de cumplimiento, por no habilitarlo el Derecho nacional de un Estado miembro de la UE. Hemos de recordar que todos los Estados miembros, son Estados de Derecho, que todos forman parte del Consejo de Europa y que a todos, salvo tristes excepciones, les vincula la CDFUE.

<sup>478</sup> Así, en el caso de no existir una incompatibilidad absoluta entre la condena matriz impuesta por el EE y el ordenamiento jurídico del Estado de ejecución, este último podrá adaptarla a pena o medida dispuesta en su legislación para delitos análogos. La nueva condena, o la condena adaptada, habrá de corresponder, siempre que fuere posible, a la condena impuesta en el Estado de emisión, no pudiendo transformarse en una sanción pecuniaria.

<sup>479</sup> Vid. art. 9.3 DM 909 de 2008.

<sup>480</sup> Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., op. Cit., págs. 172 y sigs.

<sup>481</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit, pág. 280.

<sup>482</sup> Vid. art. 19 DM 909.

### 4.2.3.1. Del Estado de emisión al Estado de ejecución

El Estado de emisión deberá informar al Estado de ejecución, *ex art. 20*, de inmediato, de toda resolución o medida adoptada que anule el carácter ejecutorio de la condena. Debiendo, por ello, el Estado de ejecución suspender la ejecución tan pronto sea informada. Partiendo del art. 4.2 de la DM 909, podemos decir, desde el punto de vista de este nuevo procedimiento de traslado, que los contactos entre Estados comienzan con las consultas entre las autoridades competentes del Estado de emisión y las del Estado de ejecución para llegar al convencimiento de que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución “contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado”. La autoridad competente del Estado de emisión, podrá consultar, según el art. 4.3 DM 2008/909/JAI, por todos los medios apropiados, a la autoridad competente del Estado de ejecución, antes de transmitir la sentencia y el certificado<sup>483</sup>.

Durante la consulta<sup>484</sup>, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá indicar a la autoridad competente del Estado de emisión en un dictamen, en el que se señale que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no coadyuvará a la reinserción social ni a la reintegración social con éxito del condenado en la sociedad<sup>485</sup>. Se observa la posibilidad de que se transmita la sentencia y el certificado por parte del Estado de emisión sin consulta previa alguna. En estos casos, el dictamen acerca de la oportunidad del cumplimiento en el eventual Estado de ejecución, se presentará por este inmediatamente, en el momento de la transmisión, debiendo entonces el Estado de emisión, en base a este dictamen, indicar si retira o no el certificado<sup>486</sup>. De igual forma el procedimiento para el traslado de una persona condenada puede ser iniciado por el Estado de ejecución, o por el propio condenado. Pero, en estos casos, como matiza el párrafo 5 del art. 4 de la Decisión marco 2008/909/JAI, estas solicitudes, no supondrán la obligación del Estado de emisión de transmitir la sentencia acompañada del certificado. Es decir, el Estado de emisión tiene plena potestad para hacer cumplir en su territorio la condena impuesta<sup>487</sup>.

Todas las comunicaciones oficiales entre autoridades competentes, relativas al traslado de la persona condenadas, se harán de forma directa<sup>488</sup>. Con el objeto de facilitar las comunicaciones entre las autoridades competentes de los Estados de emisión

<sup>483</sup> Esta consulta es debida cuando la transmisión de la sentencia y el certificado a un Estado miembro distinto del Estado miembro de nacionalidad del condenado en el que este viva o del Estado miembro de nacionalidad al que, si no es el Estado miembro en el que vive, el condenado será expulsado una vez puesto en libertad en virtud de una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia o en una resolución judicial o administrativa o cualquier otra medida derivada de la sentencia.

<sup>484</sup> Vid. art. 4.4 DM 909.

<sup>485</sup> Según nuestro criterio estos conceptos jurídicos tan indeterminadas y objetos constantes de revisión por los especialistas en Derecho Penitenciario, puede dar lugar a sea la excusa para alegar otros motivos que no tengan relación alguna con la mejor de la situación penitenciaria del interno y su familiar. Quizá esta expresión “mejora de la situación penitenciaria del interno”, debería haber sido la empleada por la Decisión marco y no la de reinserción social, que tiene un contenido menos jurídico y más impreciso.

<sup>486</sup> Art. 4.4 párrafo segundo DM 909.

<sup>487</sup> El apartado 6, tiene la intención de atemperar esta posibilidad absoluta de hacer cumplir en su territorio las condenas impuestas por los Estados miembros, así se indica que en la aplicación de la DM 909, los Estados miembros adoptarán medidas que tendrán en cuenta especialmente el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, siendo esta la base sobre la que las autoridades competentes adoptan las decisiones de autorizar o no la transmisión de la sentencia y del certificado.

<sup>488</sup> Art. 5.1 *in fine*.

y de cumplimiento, en el caso de desconocerse efectivamente cuáles son estas autoridades en concreto, la Decisión marco indica que los Estados deben hacer las investigaciones necesarias, entre las que incluye el recurso a los puntos de contacto de la *Red Judicial Europea*<sup>489</sup>. Incluso si una autoridad del Estado de ejecución recibe una sentencia junto con un certificado, y no es competente para reconocerla y adoptar las medidas competentes para la ejecución, no debe devolver la documentación al Estado de emisión. Tiene la obligación, por economía procesal, de transmitir de oficio la sentencia y el certificado a la autoridad competente del Estado de ejecución e informará, consecuentemente, a la autoridad competente del Estado de emisión<sup>490</sup>. Entre la información que se han de transmitir los Estados, se ha de incluir la opinión del condenado, sea esta vinculante o no<sup>491</sup>.

En el caso de un posible reconocimiento y ejecución parcial de la sentencia, la autoridad competente de Estado de ejecución podrá consultar, antes de decidir que deniega el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena en su totalidad, a la autoridad competente del Estado de emisión para llegar a un acuerdo<sup>492</sup>. Las consultas entre Estados, continuarán, antes del reconocimiento, cuando el certificado del art. 4, sea incompleto o no corresponda con la sentencia, con el objeto de enmendarse este hecho<sup>493</sup>.

La decisión del Estado de ejecución sobre el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena y una eventual ejecución parcial o adaptada<sup>494</sup>, también, como no podía ser menos, será comunicada al Estado de emisión. La autoridad competente del Estado de ejecución informará a su equivalente en el Estado de emisión, cuando esta lo solicite, de las normas aplicables en el Estado de ejecución referentes a la

---

<sup>489</sup> Vid. Acción Común 98/428/JAI (DO L 191 de 7.7.1998, pág. 4).

Cada Estado ha designado uno o varios puntos de contacto en la RJE, provenientes de las autoridades centrales responsables de la cooperación judicial internacional, autoridades judiciales u otras autoridades competentes en este ámbito. Dichos puntos de contacto actúan en calidad de intermediarios activos, si bien no constituyen un nuevo eslabón en la cadena de cooperación judicial. Su labor se basa en el intercambio de información y contactos de carácter informal.

Los puntos de contacto fomentan la colaboración entre las autoridades nacionales competentes para la emisión y ejecución de solicitudes de cooperación judicial, a la vez que promueven el establecimiento de los contactos directos más apropiados entre las mismas. Asimismo, los puntos de contacto pueden ayudar a resolver las dificultades surgidas en la ejecución de tales solicitudes.

Los puntos de contacto se reúnen tres veces al año con el objetivo de ampliar sus conocimientos sobre los distintos sistemas legislativos de los Estados miembros de la UE, examinar las cuestiones que dificultan la cooperación judicial y hacer propuestas para la resolución de las mismas.

La red ha desarrollado, además, ciertas herramientas de información que pueden ser utilizadas por las autoridades nacionales, como mecanismo para facilitar la cooperación directa (por ejemplo, si se desea averiguar a donde se debe dirigir una solicitud de cooperación judicial o una orden de detención europea o cuáles son los requisitos específicos de las mismas, etc.). Vid Web del Ministerio de Justicia de España, en línea

[[http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198008946/Tematica\\_C/1215198008691/ Detalle.html](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/es/1215198008946/Tematica_C/1215198008691/ Detalle.html)]

<sup>490</sup> Vid. art. 5.4 DM. 909 de 2008.

<sup>491</sup> Art. 6.3 DM 909.

<sup>492</sup> Vid. art. 10 DM 909.

<sup>493</sup> Vid. art. 11 DM 909.

<sup>494</sup> Según los párrafos 2 y 3 del art. 8 de la Decisión marco, en caso de que la condena por su duración no sea compatible con la legislación del EJ, la autoridad competente de este, podrá adaptarla sólo cuando supere la pena máxima contemplada en su ordenamiento para delitos del mismo tipo. La nueva condena adaptada no podrá ser inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para delitos del mismo tipo.

De la misma manera, cuando la condena, por su naturaleza sea incompatible, se podrá adaptar la condena por el EJ, a la pena o medida contemplada en su ordenamiento para delitos similares, que deberá corresponder siempre que fuere posible a la originaria, no pudiéndose transformar nunca en pena pecuniaria.

libertad anticipada o libertad condicional<sup>495</sup>. La resolución manifestando la no aplicación del principio de especialidad por parte del Estado de emisión, si se dan las condiciones mencionadas en la Decisión marco 2002/584/JAI<sup>496</sup>, se comunicará al Estado de ejecución en el plazo de 30 días desde la recepción de la solicitud<sup>497</sup>.

También se habrá de mantener informado al Estado de emisión, por parte del Estado de ejecución, en el caso excepcional de que este no pueda resolver en el plazo de 90 días, desde la recepción de la sentencia y el certificado, acerca de la decisión del reconocimiento o no de la sentencia y la ejecución, debiéndose indicar los motivos del aplazamiento y cuándo se tomará la decisión<sup>498</sup>. Asimismo se comunicará al Estado de ejecución la retirada del certificado por el Estado de emisión, una vez reconocida la sentencia y decidida el Estado de ejecución a ejecutarla, mientras no se hubiera iniciado el cumplimiento, indicando las razones<sup>499</sup>.

El Estado de emisión podrá solicitar al de ejecución, en el caso de que el condenado esté bajo su jurisdicción, e incluso antes de adoptar una resolución sobre el reconocimiento y la ejecución, que adopte alguna medida cautelar con el objeto de evitar el riesgo de fuga del condenado<sup>500</sup>. Habrá contactos si la materialización del traslado físico de la persona condena no se puede efectuar en el plazo de 30 días desde la resolución firme del Estado de ejecución reconociendo la sentencia y comprometiéndose a ejecutarla. De ser necesario para el traslado del condenado efectuar un tránsito<sup>501</sup> por un Estado miembro, el Estado de emisión, le ha de comunicar este y transmitir una copia del certificado del art. 4, junto con la solicitud de tránsito. A petición del Estado de tránsito, el Estado de emisión deberá traducir el certificado<sup>502</sup>. Consecuentemente el Estado de tránsito, deberá informar al Estado miembro que solicita el tránsito, si no puede garantizar que el condenado en su territorio no será perseguido ni detenido, ni sometido a alguna otra medida que restrinja su libertad individual.

#### 4.2.3.2. Del Estado de ejecución al Estado de emisión

El Estado de ejecución informará al Estado de emisión, según el art. 21, por cualquier medio fehaciente:

- 1.- de la imposibilidad de ejecutar la condena, tras la transmisión de la sentencia y el certificado, por no encontrarse el condenado en el Estado de ejecución.
- 2.- de la resolución firme de reconocimiento de la sentencia y ejecución de la condena, indicando la fecha.

---

<sup>495</sup> Vid art. 17.3 DM 909.

<sup>496</sup> Decisión marco relativa a la orden europea de detención y entrega y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros.

<sup>497</sup> Vid. art. 18.3 DM 909.

<sup>498</sup> Vid. art. 12.3 DM 909.

<sup>499</sup> Creemos que el cumplimiento se ha iniciado en el EJ desde que se materializa el traslado, pues cede entonces la competencia del Estado de emisión. Vid. art. 13 Decisión marco 909.

<sup>500</sup> Cfr. art. 14 DM 909.

<sup>501</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 96 a 98. Se indica que la regulación de la institución del tránsito tiene su origen en el art. 21 del Convenio Europeo de Extradición y el art. 13 del Convenio Europeo sobre el valor internacional de las sentencias penales.

<sup>502</sup> Vid. art. 16 DM 909.

- 3.- de la denegación del reconocimiento y la ejecución y los motivos del art. 9 de la DM 2008/909/JAI.
- 4.- del inicio y del fin de la libertad condicional.
- 5.- de la fuga de la persona condenada
- 6.- la ejecución de la condena una vez hubiera sido cumplida.

### 4.3. Personas susceptibles de ser trasladadas

El Convenio 112 es de aplicación a los nacionales del Estado de cumplimiento, debiendo cada Estado indicar qué entiende a los efectos de la aplicación del Convenio, por nacional<sup>503</sup>. España, interpreta nacional en declaración al Convenio 112<sup>504</sup>, en base a lo establecido por el Código Civil<sup>505</sup>. Según el Convenio relativo a la aplicación entre los Estados miembros de la UE del Convenio 112, de 25 de mayo de 1997, que como hemos indicado es uno de los antecedentes próximos de la DM 909, hace posible el traslado de nacionales y de quienes tengan su residencia habitual y regular en el Estado miembro de cumplimiento<sup>506</sup>.

La Decisión marco 2008/909/JAI, se aplica a los condenados que se encuentren en el Estado de emisión o en el Estado de ejecución<sup>507</sup>. Si al condenado además de la condena privativa de libertad se le ha impuesto una multa o resolución de decomiso, que aún no ha sido satisfecha, este hecho no impide la materialización del traslado<sup>508</sup>. Se podrá trasladar siempre a los nacionales de Estados miembros que vivan en el Estado de su nacionalidad<sup>509</sup>. A los nacionales de Estados miembros, aún cuando no vivan en el mismo, serán expulsados una vez puesto en libertad en base a una orden de expulsión o traslado que figure en sentencia o una resolución judicial o administrativa o cualquier otra medida derivada de la sentencia<sup>510</sup>. Y, finalmente, se podrá trasladar a cualquier persona, sea ciudadano de la UE o no, a cualquier Estado miembro, si la autoridad competente de ese Estado miembro, consiente en que se le transmita la sentencia y el certificado<sup>511</sup>.

Este consentimiento, del art. 4.1.c, podrá no ser necesario, según el art. 4.7 de la DM 2008/909/JAI, en el caso de que los Estados miembros se acojan a la posibilidad de no exigir el consentimiento previo para la transmisión de la sentencia y el cer-

---

<sup>503</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas”, en VVAA., Comentarios a la legislación penal, tomo VIII. Edersa, 1988, págs. 86 y 87.

<sup>504</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 281.

<sup>505</sup> Vid. arts. 17 y siguientes del Código Civil.

<sup>506</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 281.

<sup>507</sup> Art. 3.2 DM 909.

<sup>508</sup> Art. 3.3 DM 909, que establece que en estos casos, el reconocimiento y la ejecución de dichas multas y resoluciones de decomiso en otro Estado miembro se basarán en los instrumentos aplicables entre Estados miembros, especialmente los establecidos en el EJSJ, como son la DM 214 de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y la DM 783 de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

<sup>509</sup> Art. 4.1. a.

<sup>510</sup> Art. 4.1. b.

<sup>511</sup> Art. 4.1. c.

tificado, bien cuando se adopte la Decisión marco 2008/909/JAI, bien en una fecha posterior mediante notificación a la Secretaría General del Consejo, cuando:

- 1.- el condenado viva y haya estado residiendo legalmente y continuadamente por lo menos durante cinco años en el Estado de ejecución y mantenga este derecho de residencia permanente en el Estado de ejecución. La propia Decisión marco establece qué se entenderá por derecho de residencia permanente. Así el derecho que se tiene de residir de forma permanente en un Estado miembro según la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria basándose en los arts. 18, 40, 44 y 52 del TCE. O bien, el permiso de residencia válido, como residente permanente o de larga duración, en el respectivo Estado miembro, según la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria, desarrollada en aplicación del art. 63 TCE, por lo que respecta a los Estados miembros en los que es aplicable la legislación comunitaria, o de conformidad con el Derecho nacional por lo que respecta a los Estados miembros para los que no es aplicable.
- 2.- o bien, si el condenado tiene la nacionalidad del Estado de ejecución en casos distintos a los del art. 4 apartados 1 y 2 de la DM 2008/909/JAI.

#### 4.4. Estatus jurídico de la persona objeto de traslado

El traslado según el art. 3.1.d del Convenio 112, sólo se puede realizar con el consentimiento del condenado<sup>512</sup>. No obstante, según el CAAS, que dispone en su art. 69, que cuando una persona se evade del país donde cumple condena, refugiándose donde en el Estado miembro que es nacional, el Estado que impuso la condena, puede instar al Estado de nacionalidad del condenado y en el que se ha refugiado a que haga cumplir la condena privativa de libertad. Por razones evidentes, no es necesario el consentimiento del condenado<sup>513</sup>. Según el Protocolo 167 de 18 de diciembre de 1997 al Convenio 112, este supuesto de hecho, también aplicable en casos de expulsión o deportación, no se limita a los países del territorio Schengen, sino que su aplicación territorial se ve ampliada. También en cumplimiento de este Protocolo, se aplica al traslado de personas condenadas el principio de especialidad, cosa que no ocurría en el Convenio 112. No está definitivamente resuelta la aplicación del *non bis in ídem*, ni la necesidad o no de la satisfacción de las eventuales responsabilidades pecuniarias que se pudieran derivar del hecho delictivo en el Convenio 112<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> Según MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., pág. 46, con el traslado de la persona condenada se transfieren todas las competencias judiciales, administrativas y penitenciarias relativas al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Por ello, el Estado en el que se pasa a cumplir la pena es competente, aplicando su legislación penal y penitenciaria, para la concesión de permisos, sanciones disciplinarias, aplicación de beneficios penitenciarios, etc. Entienden estos autores que se produce, en el traslado de personas condenadas a penas o medidas privativas de libertad, “un instituto constitutivo de una incidencia ejecutiva de la sentencia penal condenatoria”, una cesión de jurisdicción referente a la ejecución de lo juzgado, administrativa y jurisdiccional.

Cfr. Vid. BUJOSA VADELL, L.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2010.

<sup>513</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 281.

<sup>514</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit. pág. 282. *Continúa*

El consentimiento del condenado, como es evidente y ajustado al principio de Justicia material, tiene que estar precedido por una información al mismo<sup>515</sup> de las consecuencias que se derivarán para su status jurídico en el Estado de cumplimiento de la condena<sup>516</sup>. La regla general, en la nueva regulación, es el consentimiento del condenado, *ex art. 6.1 Decisión marco 909*, pero las excepciones, como ya se ha indicado, son muy importantes, así:

- 1.- Cuando el Estado de ejecución sea el de nacionalidad y en el que viva el condenado<sup>517</sup>.
- 2.- Cuando el Estado de ejecución sea al que el condenado vaya a ser expulsado una vez liberado definitivamente, en base a una orden de expulsión o traslado que figure en la sentencia condenatoria o en una resolución judicial o administrativa o cualquier otra medida que derive de la sentencia. Es decir, los dos casos anteriores son los del art. 4.1 a y b.
- 3.- Tampoco será necesaria el consentimiento del condenado si el Estado de ejecución es al que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el

---

En el mismo sentido MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., *op. cit.*, pág. 85 y 98 a 105, que destaca la obligación de la Administración Penitenciaria de informar a los internos de la posibilidad de aprovecharse de la aplicación de Tratados y Convenios en esta materia. Así el art. 52 del Reglamento Penitenciario indica que en sus apartados 2, 3 y 4: “2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.

3. A estos efectos, el mencionado Centro Directivo procurará editar folletos de referencia en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los Establecimientos españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre editado el folleto se les hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca.

4. En todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.” Cfr. Recomendación N° R (84) 11 del Comité de Ministros de los Estados del Consejo de Europa de 21 de julio de 1984.

<sup>515</sup> Artículo 4 del Convenio 112. Obligación de facilitar informaciones 1. Cualquier condenado a quien pueda aplicarse el presente Convenio deberá estar informado por el Estado de Condena del tenor del presente Convenio.

2. Si el condenado hubiere expresado al Estado de Condena su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, dicho Estado deberá informar de ello al Estado de Cumplimiento, con la mayor diligencia posible después de que la sentencia sea firme.

3. Las informaciones comprenderán: a) El nombre, la fecha y el lugar de nacimiento del condenado; b) En su caso, la dirección en el Estado de Cumplimiento; c) Una exposición de los hechos que hayan originado la condena; d) La naturaleza, la duración y la fecha de comienzo de la condena;

4. Si el condenado hubiere expresado al Estado de Cumplimiento su deseo de ser trasladado en virtud del presente Convenio, el Estado de Condena comunicará a dicho Estado, a petición suya, las informaciones a que se refiere el párrafo 3 que antecede.

5. Deberá informarse por escrito al condenado de cualquier gestión emprendida por el Estado de Condena o el Estado de Cumplimiento en aplicación de los párrafos precedentes, así como de cualquier decisión tomada por uno de los dos Estados con respecto a una petición de traslado.

<sup>516</sup> En España, esta información a los internos debe ser hecha por los Juristas de Instituciones Penitenciarias que en aplicación del art. 281 del Reglamento Penitenciario de 1981, mantenido en vigor en lo que no se oponga a disposiciones posteriores, con rango de resolución del centro directivo de la Administración Penitenciaria, deberán informar a los internos acerca de su situación penal, procesal y penitenciaria.

<sup>517</sup> Este supuesto no será de aplicación, según el art. 6.5 de la Decisión marco 909, a Polonia, bien sea Estado de emisión o Estado de ejecución, “en los casos en que la sentencia haya sido dictada antes de un período de cinco años a partir del 5 de diciembre de 2011. Dicha excepción, podrá no ser aplicable por comunicación de Polonia, al respecto, dirigida a la Secretaría General del Consejo.

proceso penal abierto contra él en el Estado de emisión o por haber sido condenado en el Estado de emisión.

En estos tres casos, si el condenado está en el Estado de emisión, se oirá antes de tomar la decisión o no del traslado, dando su opinión, que se tendrá en cuenta para la transmisión, verbalmente o por escrito. Podrá hacer esta declaración por su representante legal, si es procedente por su edad o estado físico o psíquico<sup>518</sup>. La opinión del condenado, en estos supuestos en los que no es necesario su consentimiento para trasladarlo a cumplir a otro Estado miembro, se tendrá presente a la hora de transmitir la sentencia y el certificado, pudiéndose, incluso, comunicar ésta, por escrito, al Estado de ejecución<sup>519</sup>.

El condenado, obligatoriamente tiene que ser informado, en una lengua que comprenda, de que el Estado de emisión ha decidido transmitir la sentencia junto con el certificado. Para ello, utilizará el modelo normalizado del anexo II de la DM 909. Si el condenado está en el Estado de ejecución, transmitirá a este el formulario, informando de ello al condenado el Estado de ejecución<sup>520</sup>. Entendemos que la información al condenado de la decisión de trasladarlo es sumamente importante, ya que para él tiene destacados efectos jurídicos y personales, como el cumplimiento de la sentencia en otro país, sometimiento a su ordenamiento jurídico penal y de ejecución de pena, aplicación o no del principio de especialidad, etc<sup>521</sup>.

## 4.5. Requisitos para el traslado

### 4.5.1. Régimen del Convenio de Estrasburgo de 1983

Además de qué tipo de personas son susceptibles de ser trasladadas y la necesidad o no del consentimiento del condenado, que hemos ya estudiado, hay otros requisitos en el Convenio 112, que han de concurrir para poder efectuar el traslado de la persona condenada a pena privativa de libertad para cumplir en otro país.

- 1.- La sentencia debe ser firme<sup>522</sup>. No tiene sentido poner en marcha el complejo funcionamiento del sistema previsto para el traslado si la sentencia puede ser revocada, excepto en el singularísimo caso del recurso de revisión, en el que se puede revocar una sentencia firme de condena, si la sentencia puede variar<sup>523</sup>.
- 2.- La condena privativa de libertad, ha de ser mínimo de 6 meses<sup>524</sup>. Ya que el procedimiento de traslado es complicado y largo, puede que resten menos de ese período, cuando se puede hacer el traslado<sup>525</sup>.

<sup>518</sup> Art. 6.3 DM 909.

<sup>519</sup> Vid. art. 6.3 párrafo segundo DM 909.

<sup>520</sup> Vid. art. 6.4 DM 909.

<sup>521</sup> Vid. PALOMO DEL ARCO, A., op. cit., págs. 166 y sigs.

<sup>522</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 58 a 63.

<sup>523</sup> En el mismo sentido MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas", en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, pág. 87.

<sup>524</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 63 a 68; y MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 88.

<sup>525</sup> BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit. Pág. 283.

3.- Sin importar la concreta calificación jurídica del hecho, tiene que darse la doble incriminación en el Estado de condena y en el de cumplimiento.

#### 4.5.2. Sistema de la Decisión marco 2008/909/JAI

La **obligatoriedad de la firmeza de la sentencia**, la encontramos en la Decisión marco 2008/909/JAI en las mismas definiciones del art. 1, así por sentencia se entiende la resolución u orden firme de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión que impone una condena a una persona física<sup>526</sup>. De la misma forma, se entiende por condena, cualquier pena o medida privativa de libertad de duración limitada o indeterminada, impuesta por razón de una infracción penal como consecuencia de un proceso penal. Vuelve a insistir en la idea la norma cuando indica que la Decisión marco, sólo se aplicará al reconocimiento de sentencias y a la ejecución de condenas en el sentido de la Decisión marco, es decir, en los términos que se ha indicado en el art. 1<sup>527</sup>.

**Duración de la condena.** Se establece en el art. 9.1 de la Decisión marco 2008/909/ JAI, como uno de los motivos para el no reconocimiento y la no ejecución, entendemos que en concreto es un motivo de no ejecución y no de no reconocimiento, si a la recepción de la sentencia por la autoridad competente del Estado de ejecución, la parte de condena sin cumplir es inferior a 6 meses.

No se hace referencia al total de la condena impuesta, ni a la amenaza punitiva que se hace en la norma penal del Estado de emisión, como ocurre para el cumplimiento del requisito de la no necesidad de la doble tipificación<sup>528</sup>.

Doble tipificación. Es uno de los cambios más significativos con respecto al Convenio 112<sup>529</sup>. Es una concreción del ELSJ en el *Espacio Penitenciario Europeo*. No habrá control de doble tipificación de los hechos y, por lo tanto se reconocerá y ejecutará la condena impuesta, siempre que se cumplan las demás condiciones que exige la Decisión marco 2008/909/JAI, siempre que las infracciones que se relacionan estén castigadas con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos de tres años, según el Derecho del Estado de emisión<sup>530</sup>. Pero, ahora bien, según el párrafo 4 del art. 7 Decisión marco 2008/909/JAI, los Estados miembros podrá declarar, cuando adopten la Decisión marco o en un momento posterior, que no van a aplicar el principio de ausencia de doble tipificación, pudiéndose retirar esta declaración en cualquier momento. Sin duda esta posibilidad es un paso atrás en el ELSJ y, dentro del mismo, en el *Espacio Penitenciario Europeo*.

---

<sup>526</sup> El Estado de emisión transmitirá directamente la sentencia o copia certificada de la misma, además del certificado, a la autoridad competente del EJ, por cualquier medio escrito fehaciente, que permita al EJ estar seguro de su autenticidad (art. 5.1 DM 909). Cfr. Vid. Vid. BUJOSA VADELL, L.: "Reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008", en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2010.

<sup>527</sup> Vid. art. 3.3 DM 909.

<sup>528</sup> Art. 7.1 DM 909.

<sup>529</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 89 y 90 y MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 70 y sigs.

<sup>530</sup> Art. 7 DM 909.

Es importante tener presente, que para aplicar la ausencia de doble tipificación, lo determinante es la cifra máxima señalada por la ley para delito de que se trate, con que se castiga en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión. Las infracciones son<sup>531</sup>: pertenencia a organización delictiva; terrorismo; trata de seres humanos; explotación sexual de niño y pornografía infantil; tráfico ilícitos de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos; corrupción; fraude, incluido el que afecte a los intereses financieros de la UE, conforme al Convenio de 26 de julio de 1995 relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas; blanqueo del producto del delito; falsificación de moneda, incluida el euro; delito informático; delitos contra el medio ambiente, incluido el tráfico ilícito de especies animales protegidas y de especies y variedades vegetales protegidas; ayuda a la entrada y residencia en situación ilegal; homicidio voluntario, agresión con lesiones graves; tráfico ilícito de órganos y tejidos humanos; secuestro, detención ilegal y toma de rehenes; racismo y xenofobia; robo organizado o a mano armada; tráfico ilícito de bienes culturales, incluidas las antigüedades y las obras de arte; estafa; chantaje y extorsión de fondos; violación de derechos de propiedad intelectual o industrial y falsificación de mercancías; falsificación de documentos administrativos y tráfico de documentos falsos; falsificación de medios de pago; tráfico ilícito de sustancias hormonales y otros factores de crecimiento; tráfico ilícito de materiales nucleares o radiactivos; tráfico de vehículos robados; violación; incendio voluntario; delitos para los que es competente la Corte Penal Internacional<sup>532</sup>; secuestro de aeronaves y buques; sabotaje.

<sup>531</sup> Esta lista de 32 infracciones es ya clásica en el ELSJ, desde la aprobación de la orden europea de detención y entrega. Este mecanismo de dispensa de doble tipificación ha tenido sus dificultades jurídicas y sus detractores, así, el primer pronunciamiento que hace el Tribunal de Justicia, referente a la validez de la OEDE, se produce el 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW y Leden van de Ministerraad* (C-303/05).

La cuestión prejudicial se suscita en Bélgica al entender la asociación *Advocaten voor de Wereld*, que la orden de detención europea se tenía que haber articulado mediante un convenio y no por una Decisión marco, ya que estas sólo pueden tener como objetivo la aproximación de disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. También hace ver que si la extradición en Europa está regulada por convenio, tienen que ser un convenio y no una norma del Derecho derivado el que regule la nueva forma de extradición entre los países miembros. A la vez, estima, que la dispensa de la doble tipificación en el listado de delitos de la Decisión marco en aplicación de una OEDE, afecta a los principios de igualdad y no discriminación. También, según la organización, se ve afectado el principio de legalidad en materia penal, ya que las infecciones que no necesitan la doble tipificación, están formuladas de forma poco clara e imprecisa. Según su parecer, la persona que pudiera ser privada de libertad en cumplimiento de una OEDE, al estar este procedimiento exento de la doble tipificación, no se cumplirían los principios clásicos, unánimemente aceptados por los ordenamientos penales de los Estados miembros, de precisión, claridad y previsibilidad (legalidad penal).

Con respecto a la primera cuestión, la oportunidad de regular esta materia por convenio o por decisión marco, el TJ indica que no es exacto, conforme al texto de los Tratados, que las Decisiones marco, sólo puedan ser empleadas, en relación a los elementos constitutivos de delitos y a las penas aplicables<sup>528</sup>. De este modo, el campo de aplicación de las Decisiones marco, no se circunscribe al Derecho Penal material, sino que también engloba el Derecho Penal adjetivo o Derecho Procesal Penal, incluido el Derecho de ejecución de penas.

En referencia al incumplimiento del principio de legalidad, entiende el TJ que está salvado ya que la definición de las penas y las infracciones, son establecidas en el Derecho del Estado emisor. Para el Tribunal, basándose en la sentencia de 26 de octubre de 2006, *Koöninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, la igualdad y no discriminación supone tratar a las situaciones comparables de la misma manera y a que las diferentes, no sean tratadas de igual manera, salvo que dicho trato esté justificado. Así, dado el grado de confianza y solidaridad entre los Estados miembros, las infracciones que no dan lugar a la necesidad de doble tipificación, causan un perjuicio tan grave al orden público y a la seguridad pública que está justificado no exigir la doble tipificación.

<sup>532</sup> Vid. Estatuto de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, e Instrumento de Ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional hecho en Roma el 17 de julio de 1998.

Vid. QUESADA ALCALÁ, C. *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Titant Lo Blanch. 1ª edición. Valencia.

El Consejo puede aumentar esta lista, añadiendo categorías de infracciones. Para ello deberá, adoptar el acuerdo por unanimidad, previa consulta con el Parlamento Europeo en las condiciones del art. 39.1<sup>533</sup> del TUE. Con miras al traslado de la persona condena a pena privativa de libertad, en el caso de infracciones que no figuren en el apartado 1 del art. 7 de la Decisión marco 2008/909/JAI, el Estado de ejecución podrá condicionar el reconocimiento de la sentencia y su ejecución a que la sentencia se refiera a hechos constitutivos de infracción en su ordenamiento jurídico, independientemente de sus elementos constitutivos o la calificación de la misma<sup>534</sup>.

La sentencia se reconocerá y la condena se ejecutará si: conforme al art. 8 de la Decisión marco, ha sido transmitida conforme al art. 4, por el procedimiento establecido en el art. 5, siempre que el Estado de ejecución no decida ampararse en alguno de los motivos de no reconocimiento del art. 9. De esta manera, la autoridad competente del Estado de ejecución, tomará, sin demora, todas las medidas procedentes para la ejecución de la condena.

Entre estas medidas pueden estar la de **adaptar la condena**<sup>535</sup>, al Derecho del Estado de ejecución, si por su duración, es incompatible con su legislación. Sólo podrá tomar esta decisión, cuando la condena supere la pena máxima contemplada por la legislación nacional para delitos de la mismo tipo. Nunca podrá ser la duración de la pena adoptada, inferior a la pena máxima contemplada por la legislación del Estado de ejecución para los delitos del mismo tipo<sup>536</sup>. De la misma forma, si la condena, por su naturaleza, es incompatible con la legislación del Estado de ejecución, la autoridad competente de este, podrá adaptarla a la pena o medida establecida en su propio ordenamiento para delitos similares. La nueva condena ha de corresponder,

---

<sup>533</sup> Art. derogado por el TL. Así los artículos 29 a 39 del título VI del antiguo TUE, relativos a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial, se sustituyen por las disposiciones de los capítulos 1, 4 y 5 del título IV de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. No estableciéndose un precepto expreso en el TL que sustituya al antiguo art. 39, como sí ocurre con otros preceptos de la cooperación penal y policial.

<sup>534</sup> Vid. art. 7.3 DM 909.

<sup>535</sup> La adaptación de la condena se regula en el Convenio 112 en dos preceptos.

Artículo 10. Prosecución del cumplimiento

1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de Cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena.

2. Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de Cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, el Estado de Cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de Condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de Cumplimiento.

Artículo 11. Conversión de la condena

1. En el caso de conversión de la condena se aplicará el procedimiento previsto por la legislación del Estado de Cumplimiento. Al realizar la conversión la autoridad competente:

a) Quedará vinculada por la constatación de los hechos en la medida en que los mismos figuren explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de Condena;

b) No podrá convertir una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria;

c) Deducirá íntegramente el período de privación de libertad cumplido por el condenado; y

d) No agravará la situación penal del condenado y no quedará vinculada por la sanción mínima eventualmente prevista por la legislación del Estado de Cumplimiento para la o las infracciones cometidas.

2. Cuando el procedimiento de conversión tenga lugar después del traslado de la persona condenada, el Estado de Cumplimiento mantendrá detenida a dicha persona o tomará otras medidas con el fin de garantizar su presencia en el Estado de Cumplimiento hasta la terminación de dicho procedimiento.

<sup>536</sup> Vid. art. 8.2 DM 909.

siempre que sea posible a la condena impuesta en el Estado emisión, no pudiendo transformarse en una sanción pecuniaria<sup>537</sup>. La condena adaptada o nueva condena, no puede ser de peor condición o más gravosa para el condenado<sup>538</sup>; aunque esto será difícil de determinar en algunos casos concretos, será necesario oír al condenado.

Puede darse el caso de un reconocimiento y ejecución parcial<sup>539</sup> por aplicación del art. 10. Se podrá llegar a un acuerdo entre las autoridades competentes de los Estados, tras previas consultas, si el Estado de ejecución estima que puede considerar el reconocimiento parcial de la sentencia y la ejecución parcial de la condena. Se hará bajo las condiciones por ambas autoridades establecidas, siempre con la premisa de que no se perjudique al reo aumentando su condena.

#### 4.6. Procedimiento de traslado

En aplicación del Convenio sobre traslado de personas condenadas de 1983<sup>540</sup>, no se puede iniciar de oficio, sino a instancia de la persona condenada, a tal fin, podrá expresar, bien al Estado de condena bien al Estado de cumplimiento, su deseo de que se le traslade en virtud del presente convenio<sup>541</sup>. El traslado podrá solicitarse por el Estado de condena o por el Estado de cumplimiento<sup>542</sup>. En estos contactos entre Estados, en una primera fase administrativa, intercambian información sobre el futuro traslado y la documentación relativa al mismo.

En España es el Consejo de Ministro el que acepta o permite el traslado del extranjero, previa propuesta del Ministro de Justicia; siendo la Audiencia Nacional, en el supuesto de traslado a España, la que se pronuncia, ex art. 65.2 LOPJ. En el caso de traslado de un interno que cumple condena en España al extranjero, al no estar prevista esta situación en el ordenamiento español, siendo **competencia exclusiva** del Poder Judicial, según la Constitución<sup>543</sup> la ejecución de las condenas, es práctica del Ministerio de Justicia, consultar al juez o tribunal sentenciador sobre el traslado<sup>544</sup>.

<sup>537</sup> Vid. art. 8.3 DM 909.

<sup>538</sup> Vid. art. 8.4 DM 909.

<sup>539</sup> Vid. infra.

<sup>540</sup> Vid. ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. *Procedimientos penitenciarios*. Editorial Comares. Granada, 2009, págs. 170 a 171.

<sup>541</sup> Vid. art. 2.2 CSTPC.

<sup>542</sup> Vid. art. 2.3 CSTPC.

<sup>543</sup> Vid. art. 117.3 Constitución Española. “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

<sup>544</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit. Pág. 284, quienes estiman que si el órgano judicial que ha impuesto la condena, se opone al traslado, este no se debería efectuar.

A nuestro entender, el traslado de una persona condenada sin la aprobación del Juez o Tribunal que le condenó iría contra el art. 117 CE y el principio de separación de poderes. Es una materia que ha de ser resuelta por la ley que adapte la Decisión marco al Derecho español.

Sobre el control judicial de la Administración Penitenciaria y su origen puede GARCÍA VALDÉS, C.: “Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias”, en J. L. De Castro Antonio, *Derecho Penitenciario II*. (págs. 79 a 95). Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial.

La nueva regulación, que efectúa la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>545</sup>, no impone la obligación de que en todos los casos deba de confluír la autorización de las tres partes implicadas: Estado de emisión, Estado de ejecución y condenado. Así, concurriendo ciertas circunstancias, se podría transmitir una sentencia y el certificado incluso con la oposición del Estado de ejecución y del condenado. Sería cuando nos encontramos con un nacional de un Estado miembro, que vive en el Estado del que es nacional o al que va a ser expulsado una vez excarcelado en virtud de una orden de expulsión o traslado que trae causa de la sentencia condenatoria, cuando la infracción que ha cometido esté incluida en el listado del art. 7, con una pena máxima de al menos 3 años en el Estado de emisión, restándole como mínimo 6 meses de cumplimiento de condena. Siempre que el Estado de ejecución no hubiera hecho la declaración del párrafo 4 del art. 7, indicando que no tiene la intención de no aplicar el principio de dispensa de la doble imputación del listado de las 32 infracciones o categorías de infracciones, ni concurren, y sean alegados por el Estado de ejecución, motivos para el no reconocimiento o no ejecución del art. 9 de la Decisión marco.

#### 4.6.1. Con respecto al condenado

La regla general, en la nueva regulación, es el consentimiento del condenado, *ex* art. 6.1 Decisión marco 2008/909/JAI, pero las excepciones, como ya se ha apuntado, son muy importantes. No será necesario el consentimiento del reo<sup>546</sup>, cuando el Estado de ejecución sea el de nacionalidad y en el que viva el condenado<sup>547</sup>; o cuando el Estado de ejecución sea al que el condenado vaya a ser expulsado una vez liberado definitivamente, en base a una orden de expulsión o traslado que figure en la sentencia condenatoria o en una resolución judicial o administrativa o cualquier otra medida que derive de la sentencia. Es decir, los dos casos anteriores son los del art. 4.1 a y b. Tampoco será necesaria el consentimiento del condenado, si el Estado de ejecución es al que el condenado se haya fugado o al que haya regresado ante el proceso penal abierto contra él en el Estado de emisión o por haber sido condenado en el este<sup>548</sup>.

---

<sup>545</sup> Cfr. Vid. BUJOSA VADELL, L.: “Reconocimiento y ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 2008/909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18, 2010.

<sup>546</sup> Para MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., pág. 69, refiriéndose al CSTPC, el consentimiento del condenado es un requisito que da sentido a todo el “instituto jurídico del traslado”. Entienden que toda medida de reinserción social tiene que estar participada de forma voluntaria por el condenado. Un determinado Estado puede estar interesado en el traslado de un interno, pero si este no da su consentimiento hay pocas garantías de éxito de la resocialización de la pena.

En opinión de MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., págs. 88 y 89, el consentimiento del condenado es uno de los elementos esenciales en el mecanismo de transferencia establecido por el Convenio de 1983. El traslado con la oposición del delincuente repercutirá de forma negativa en su reinserción social; pudiendo llegar a producirse una *extradición subrepticia*. La voluntariedad del consentimiento tiene que venir indefectiblemente de una exacta información al interno de las repercusiones del traslado.

<sup>547</sup> Este supuesto no será de aplicación, según el art. 6.5 de la DM 909, a Polonia, bien sea Estado de emisión o Estado de ejecución, “en los casos en que la sentencia haya sido dictada antes de un período de cinco años a partir del 5 de diciembre de 2011. Dicha excepción, podrá no ser aplicable por comunicación de Polonia, al respecto, dirigida a la Secretaría General del Consejo.

<sup>548</sup> Sí es necesario el consentimiento del condenado en la hipótesis del art. 4.1.c.

En estos tres casos, si el condenado está en el Estado de emisión, se oirá antes de tomar la decisión o no del traslado, dando su opinión, que se tendrá en cuenta para la transmisión, verbalmente o por escrito. Podrá hacer esta declaración por su representante legal, si es procedente por su edad o estado físico o psíquico<sup>549</sup>. La opinión del condenado, en los casos en los que no es necesario su consentimiento para trasladarlo a cumplir a otro Estado miembro, se tendrá presente a la hora de transmitir la sentencia y el certificado, pudiéndose, incluso, comunicar ésta, por escrito, al Estado de ejecución<sup>550</sup>. El condenado puede solicitar el traslado tanto al Estado de emisión, como al Estado de ejecución<sup>551</sup>.

#### 4.6.2. En el Estado de Emisión

Según el art. 1 de la Decisión marco 2008/909/JAI, el Estado de emisión es el Estado miembro en el que se haya dictado una sentencia. El objeto rector y que ha de marcar toda la aplicación de la norma y su transposición por los Estados miembros, es la reinserción social del condenado. Parece desprenderse del art. 3, que el único objetivo de la norma de la UE es “para facilitar la reinserción social del condenado”. En base a esto, no pueden concurrir otros intereses de los Estados miembros, a la hora de efectuar el traslado de una persona condenada, otros motivos, como la disminución de su población penitenciaria o los internos de una determinada nacionalidad o un concreto delincuente, al menos si cae en contradicción con su reinserción social<sup>552</sup>.

Se tiene hasta tal punto como principio rector la reinserción social del condenado, que el Estado de ejecución puede indicar al de emisión, de forma motivada, que el cumplimiento de la condena en este Estado miembro, no facilitará la reinserción social del condenado, ni la integración con éxito de este en la sociedad<sup>553</sup>. Igualmente si no es vinculante la decisión del condenado, se le ha de escuchar y tener presente su opinión antes de trasladarlo. Nos preguntamos si en este caso, de ser flagrante que el traslado no favorece o perjudica la reinserción del condenado, puede ser la misma controlada por la autoridad judicial. Entendemos que sí ya que el concepto jurídico de reinserción social, puede ser determinado, concretado en ciertas ocasiones por el juez que controle la legalidad del acto de la Administración.

De la Decisión marco se desprende que el caso contrario, no es de obligado cumplimiento para el Estado de emisión, ya que no estaría compelido a trasladar al condenado aunque se estimara que de efectuarse el mismo se iba a facilitar la reinserción

<sup>549</sup> Art. 6.3 DM 909.

<sup>550</sup> Vid. art. 6.3 párrafo segundo DM 909.

<sup>551</sup> Vid. art. 4.5 DM 909.

<sup>552</sup> Por el contrario en la Decisión marco 947 de 2008, relativa al reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, no se tiene como único *leitmotiv*, la reinserción social del condenado, sino que también “el principio de la protección de las víctimas y del público en general”.

Los dos principios, son igualmente importantes, y conforme a la nueva tendencia en los ordenamientos penales, cada vez más protectores de las víctimas de hechos delictivos, tanto el delincuente, como el sujeto pasivo del delito, es digno de protección por el Derecho, si cabe aún más el segundo que el primero, porque se le ha producido un daño que no está obligado a soportar.

Acorde con esta idea encontramos la Decisión marco 220 de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Vid. *supra*.

<sup>553</sup> Vid. art. 4.4 DM 909.

social del condenado. Por ello, pensamos que no es claro que la reinserción social sea el verdadero o único ánimo que mueve al “legislador” europeo cuando aprobó la Decisión marco<sup>554</sup>. Muestra de lo que decimos es la redacción del art. 4.2, que señala “Podrá transmitirse la sentencia y el certificado cuando la autoridad competente del Estado de emisión [...], tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado.” Es decir, se da la posibilidad, no se obliga al Estado de emisión de transmitir la sentencia y el certificado, aunque se llegara a la conclusión de que con esta se facilitara la reinserción social del condenado. Este mecanismo podría entrar en contradicción con el tenor literal del art. 25 de la Constitución Española, cuando prescribe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado. Aunque el Tribunal Constitucional ha matizado que este no es el único fin de las condenas penales, sí es la reinserción social una máxima que ha de guiar el cumplimiento de la misma, especialmente cuando es evidente que un traslado mejoraría la situación del cumplimiento del condenado y su reintegración con éxito a la sociedad<sup>555</sup>.

Una cosa está clara en la regulación de la Decisión marco, que el Estado de emisión siempre tiene la posibilidad de hacer cumplir la condena, que han impuesto sus Jueces o Tribunales, en su territorio. Por el contrario, como antes hemos visto, concurriendo unas concretas circunstancias, el Estado de emisión con su sola voluntad, puede obligar al Estado de ejecución a aceptar el traslado. Por ello, se indica en la Decisión marco<sup>556</sup> que las solicitudes de traslado realizadas por el Estado de ejecución o por el propio condenado, sea al Estado de ejecución sea al Estado de emisión, “**no supondrán la obligación** del Estado de emisión de transmitir la sentencia acompañada del certificado.” Por consiguiente, siempre conserva la posibilidad de hacer cumplir la condena en su territorio. Aunque como ya hemos destacado, el concepto de *reinserción social del condenado*, puede llegar a ser tan ambiguo que dé la posibilidad de que sea utilizado para fines distintos, aunque igualmente respetables e importantes para la sociedad, a los previstos, al menos aparentemente, por la Decisión marco.

---

<sup>554</sup> Para el TC español, la reinserción social no es un derecho subjetivo, ya que indica en las Sentencias 112/96 de 24 de junio y 2/97: “Este Tribunal ha reiterado en varias ocasiones que el artículo 25.2 de la Constitución no contiene un derecho fundamental, sino un mandato al legislador para orientar la política penal y penitenciaria; se pretende que en la dimensión penitenciaria de la pena privativa de libertad se siga una orientación encaminada a esos objetivos, sin que estos sean su única finalidad (Autos del Tribunal Constitucional 15/84, 486/1985, 303/86 y 780/96, y sentencias del Tribunal Constitucional 2/87 y 28/88). Pero que este principio constitucional no constituya un derecho fundamental no significa que pueda desconocerse en la aplicación de las leyes, y menos aún cuando el legislador ha establecido, cumpliendo el mandato de la Constitución, diversos mecanismos e instituciones en la legislación penitenciaria precisamente dirigidos y dirigidas a garantizar dicha orientación resocializadora o, al menos, no desocializadora, precisamente facilitando la preparación de la vida en libertad a lo largo del cumplimiento de la condena”. Vid. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. *Diccionario interactivo de Derecho Penitenciario*. [en línea] Disponible en Web: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/index.html>

<sup>555</sup> Aunque la Constitución Española prescribe que las penas y medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del penado, como acabamos de examinar el Tribunal Constitucional ha matizado esta idea, ya que el art. 25.2 CE es una indicación al legislador, ( ATC 15 de 1984, de 11 de enero y SSTC 2 de 1987, 19 de 1988, entre otras) pero no configura un derecho subjetivo, que igualmente deber ser tenido presente por el encargado de ejecutar estas penas y medidas. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. en De la Oliva Santos y otros. “*Derecho procesal Penal*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007. Pág. 855.

Pero, no obstante, la Decisión marco 909, parece vincular el traslado a la reinserción, es por ello, más concreto que la Constitución española, que en su art. 25, parece dar una orientación o un principio programático, como nos ha indicado, en reiterada jurisprudencia el TC.

<sup>556</sup> Vid. art. 4.5 DM 909.

Otra cuestión que nos sugiere la aplicación y la futura de adaptación de la Decisión marco 2008/909/JAI al Derecho español, es si puede ser trasladado a un Estado miembro de la UE de un condenado en España, con el parecer contrario del órgano judicial que lo ha condenado<sup>557</sup>.

Para enfocar este problema, creemos que debemos partir de la regulación que la Constitución Española hace del Poder Judicial. Se prescribe en la misma<sup>558</sup>, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales** determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Se entiende que al Poder Judicial, no sólo se le encomienda el enjuiciamiento, sino que igualmente, la ejecución de lo por ellos dispuesto en resolución. A mayor abundamiento, el art 118 CE, indica que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el proceso **y en la ejecución de lo resuelto**. Bajo nuestro punto de vista el legislador español deberá establecer un mecanismo, para el traslado de la persona condenada, con el objeto de respetar lo prescrito por la Constitución, de consulta al Juez o Tribunal sentenciador para que autorice el traslado, no pudiéndose realizar el mismo, entendemos, si no está conforme este.

No hay un único texto jurídico en España que regule con especificidad la ejecución de las condenas penales en España<sup>559</sup>, en especial la pena privativa de libertad. Junto a otras circunstancias, este hecho ha coadyuvado a la poca claridad y dificultad de comprensión en la materia. Se ha llegado incluso a hablar de confrontación normativa<sup>560</sup>. Las normas aplicables en esta materia son variadas y de diferente rango y procedencia. Así<sup>561</sup> la propia Constitución Española, en sus artículos 25.2 y 117.3; la Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 5 y 9; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arts. 3 y 5; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, 9 y 10<sup>562</sup>; el Convenio de Estrasburgo sobre el Traslado de Personas Condenadas de 21 de marzo de 1983<sup>563</sup> y Convenios análogos y Protocolos referentes al traslado de personas condenadas; Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de ejecución de penas y ámbito penitenciario.

<sup>557</sup> Cfr. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 105 y sigs.

<sup>558</sup> Vid. art. 117.3 CE.

<sup>559</sup> La ejecución en el proceso penal es el “conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado, facultados legalmente para ello, que tienden a dar cumplimiento, dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos, a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales recaídas en un proceso penal. Cuando se trate de la ejecución de las penas privativas de libertad se deberá tener en cuenta que estas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.” HINOJOSA SEGOVIA, R. en De la Oliva Santos y otros. “*Derecho procesal Penal*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007, pág. 851.

<sup>560</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R. en DE LA OLIVA SANTOS y otros. “*Derecho procesal Penal*”. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007., pág. 848.

<sup>561</sup> Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., págs. 848 y 849.

<sup>562</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

<sup>563</sup> Instrumento de ratificación de 18 de febrero de 1985 del Convenio de 21 de marzo de 1983 sobre Traslado de Personas Condenadas (número 112 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo. Publicado en BOE núm. 138/1985, de 10 de junio de 1985.

Igualmente relevante es la jurisprudencia y el cuerpo de doctrina que se puede derivar de estas normas, en especial el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo que hemos de adjuntar, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, que con el desarrollo del ELSJ, va a ver incrementado sus pronunciamientos en la materia que estudiamos. Con inferior rango, encontramos: la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>564</sup>, la Ley de Demarcación y Planta Judicial<sup>565</sup>, la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>566</sup>, la Ley Orgánica General Penitenciaria<sup>567</sup>, su Reglamento de desarrollo<sup>568</sup> y el Código Penal<sup>569</sup>, entre otras normas.

A todos los textos anteriores, hemos de incorporar las Instrucciones y Circulares del centro directivo que corresponda, máximo responsable de la Administración Penitenciaria en España, debiendo ser el profesional del Derecho que deba aplicar estas, especialmente cuidadoso y vigilante para *levantar el velo* de las eventuales contradicciones y contravenciones con la legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en que pudieran incurrir los redactores de las Instrucciones o Circulares, ya que nos encontramos con una materia tan sensible como es la limitación de derechos fundamentales. Además hemos de añadir, como ya se indica a lo largo de esta investigación, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las Decisiones marco y directivas referentes a la ejecución de penas y el Derecho Penitenciario<sup>570</sup>, que amplían para los ciudadanos europeos el cuerpo jurídico que le es de aplicación en el caso de cumplir una condena privativa de libertad en un Estado miembro de la UE, lo que hemos denominado *Espacio Penitenciario Europeo*.

En España, la ejecución de la pena de prisión está encomendada a tres órganos del Estado, dos pertenecientes al Poder Judicial, el Juez o Tribunal sentenciador<sup>571</sup> y el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>572</sup>, y uno del Poder Ejecutivo, es decir, la Administración Penitenciaria. Además, coadyuva a la administración de la Justicia Penitenciaria, la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria<sup>573</sup>.

---

<sup>564</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Publicado en: BOE número 157 de 2/7/1985.

<sup>565</sup> Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial. Publicación: BOE núm. 313 de 30/12/1988.

<sup>566</sup> Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Publicada en BOE 260 de 17/09/1882.

<sup>567</sup> Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. Publicada en BOE 239 de 05/10/1979.

<sup>568</sup> Real decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario. Publicado en BOE 40 de 15/02/1996.

<sup>569</sup> Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE 281 de 24/11/1995 y normas modificativas posteriores.

<sup>570</sup> Vid. Decisión marco 947 de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y la Decisión marco 909 de 2008, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

<sup>571</sup> En España no hay un delimitación clara por el legislador de las competencias de los Jueces o Tribunales sentenciadores y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que no se ha desarrollado el art. 78 de la LOGP. Podemos establecer que, los Jueces o Tribunales sentenciadores, son competentes para: declarar la firmeza de la sentencia; acordar la suspensión y sustitución de las condenas; emitir el mandamiento de penado, el testimonio de sentencia y practicar la liquidación de condena; eventual abono de la prisión preventiva sufrida, aunque en caso de que la preventiva sea abonable en causas distintas la competencia será del Juez de Vigilancia Penitenciaria; aplicar el art. 76 del Código Penal; informar los eventuales indultos; aprobar el licenciamiento definitivo.

<sup>572</sup> Cfr. art. 76 LOGP.

<sup>573</sup> Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., pág. 852.

La configuración, como decimos poco clara y con contradicciones, de la ejecución de la pena de prisión en España, tiene un carácter mixto, judicial y administrativo, al mismo tiempo<sup>574</sup>, con predominio, como es propio de un Estado de Derecho y de la limitación de Derechos Fundamentales, del Poder Judicial, por la intervención de juzgados y tribunales y por los eventuales recursos que pueden darse, ante la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa<sup>575</sup>. Precisamente en la XIX Reunión de Magistrados y Magistradas de Vigilancia Penitenciaria<sup>576</sup>, estos han indicado que dado que la Decisión marco 909 de 2008 de aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, debe ser transpuesta antes del 5 de diciembre de 2011, y la Decisión marco 947 de 2008 de relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, antes del 6 de diciembre de 2011, “en la medida que se otorguen competencias a las autoridades judiciales, debería respetarse el esquema del reparto competencial vigente en Derecho interno entre Jueces o Tribunales sentenciadores y Juez de Vigilancia Penitenciaria.”

Sin riesgo a equivocarnos, Instituciones Penitenciarias es un órgano de la Administración, del Poder Ejecutivo, sea central, sea autonómico, como ocurre con la Administración Penitenciaria Catalana<sup>577</sup>, siendo esta la única Comunidad Autónoma que tiene transferida la competencia en prisiones<sup>578</sup>. Así la Administración Penitenciaria, al igual que los ciudadanos y todos los poderes públicos, en virtud del art. 9.1 de la Constitución, está sujeta a la propia Constitución y al resto del ordenamiento jurídico<sup>579</sup>.

Directamente relacionado con la materia objeto de investigación, encontramos la competencia de la Administración Penitenciaria de trasladar a los internos, penados e incluso preventivos, de una prisión a otra, en base a los arts. 79 LOGP y 31 del Reglamento Penitenciario<sup>580</sup>. Incluso los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la Reunión VIII<sup>581</sup>, en el criterio 13, indican, en relación con los traslados de internos de una prisión a otra de España, aunque estimamos criterios válidos para cualquier traslado, nacional o internacional, en base a la Decisión marco 2008/909/JAI, entre Estados miembros de la UE, no puede concurrir abuso o desviación de poder por la Administración, cuando, por ejemplo, se intente sustraer a la competencia de un Juez, cuando sea una sanción encubierta, o, en general, si se empeora la situación

---

<sup>574</sup> Este carácter mixto, se ve igualmente, en la naturaleza de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es un órgano del Poder Judicial, pero a la vez, tiene rasgos y funciones administrativas.

<sup>575</sup> Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., pág. 854.

<sup>576</sup> Hecha en Gran Canaria los días 24, 25 y 26 de mayo de 2010.

<sup>577</sup> Vid. Decreto 319 de 2006, de 5 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del servicio de ejecución penal de Cataluña. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña Núm. 4714 - 7.9.2006.

<sup>578</sup> vid. art. 5 del Real Decreto 400/2012 de 17 de febrero por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Interior (BOE n.º 42, de 18 de febrero. Corrección de errores en BOE n.º 88, de 12 de abril).

<sup>579</sup> HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., pág. 853.

<sup>580</sup> Así conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

<sup>581</sup> Celebrada en Madrid, en noviembre de 1994.

penitenciaria del interno<sup>582</sup>. Aunque estos traslados no se pueden hacer alterando lo ordenado en una resolución judicial, ya que iría contra la tutela judicial efectiva (SSTC 138 de 1986, de 7 de noviembre y 67 de 1991, de 22 de marzo)<sup>583</sup>.

Pero esta competencia para trasladar a los internos, repetimos penado y preventivos, de la Administración española, es distinta de las posibilidades que nos da y descubre la DM 909 de 2008, ya que en este último caso, el traslado se efectúa fuera de España, es decir, una vez materializado, *se saca* al penado fuera de la jurisdicción del Poder Judicial español, que es, por mandato constitucional, el encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, especialmente en materia penal; cosa que no sucede en un traslado dentro de España. De este modo, para efectuar un traslado fuera de España, en base la DM 909 de 2008, ha de contarse con la autorización o beneplácito del Juez o Tribunal sentenciador, debiendo ser órganos parte del Poder Judicial, es decir, Jueces o Tribunales, los designados por la ley que adapta la Decisión marco al Derecho español, como autoridades competentes a los efectos del art. 2.1 de la Decisión marco<sup>584</sup>.

El Estado de emisión, en base a la Decisión marco 2008/909/JAI, tiene tres “destinos” posibles para trasladar una persona condenada a pena prisión: al Estado en el que el condenado viva aunque no sea su Estado de nacionalidad; al Estado de nacionalidad del condenado, distinto del que vive, pero al que será expulsado una vez puesto en libertad; o bien, a cualquier Estado miembro, cuya autoridad competente consienta que se le transmita la sentencia y el certificado<sup>585</sup>. Entendemos que los tres supuestos no están jerarquizados, sino que en caso de que exista la posibilidad de trasladar al condenado a más de un Estado miembro, se optará por el que facilite la reinserción social del condenado, ya que la norma tiene por objeto “facilitar la reinserción social del condenado”<sup>586</sup>. Pero se deberá tener en cuenta que el Estado miembro transmitirá la sentencia y el certificado, sólo a un Estado de ejecución cada vez<sup>587</sup>. El certificado deberá ser traducido por el Estado de emisión a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del EJ<sup>588</sup>. Parece que el legislador europeo hace un llamamiento a que, en base al art. 4.1.c<sup>589</sup> de la Decisión marco 2008/909/JAI, los Estados miembros, trasladen a las personas condenadas, aún no siendo nacionales del Estado de ejecución, si con ello se favorece la reinserción social del condenado<sup>590</sup>.

La decisión de trasladar a una persona condenada por el Estado de emisión, no es una decisión irreversible, sino hasta que hubiere comenzado la condena en el Estado de ejecución. Así el Estado de emisión podrá retirar el certificado, indicando la causa, no pudiendo desde entonces el Estado de ejecución hacer cumplir la condena, lo que

---

<sup>582</sup> Vid. Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., pág. 868.

<sup>583</sup> Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R., op. cit., pág. 868.

<sup>584</sup> Así ordena este precepto, que cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo qué autoridad o autoridades, con arreglo a su legislación nacional, son competentes, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución.

<sup>585</sup> Vid. art. 4.1 DM 909.

<sup>586</sup> Vid. art. 31. DM 909.

<sup>587</sup> Vid. art. 5.3 DM 909.

<sup>588</sup> Continúa diciendo el art. 23 de la norma, que cualquier Estado miembro puede, en el momento de transposición de la Decisión marco o con posterioridad, declarar que aceptará una traducción a una o varias de las demás lenguas oficiales de las Instituciones de la UE.

<sup>589</sup> Es el caso que se da cuando el Estado de ejecución no es el de nacionalidad del condenado.

<sup>590</sup> Vid. art. 4.6 DM 909.

se hará por el Estado de emisión <sup>591</sup>. Una vez trasladada la persona condenada e iniciado el cumplimiento en el Estado de ejecución, el Estado de emisión no podrá hacer ejecutar la condena que impuso, salvo cuando estemos en el supuesto de ejecución parcial por el Estado de ejecución, lo que nunca podrá agravar la situación penitenciaria del condenado<sup>592</sup>.

Instado por el Estado de emisión, si el condenado se encuentra en el Estado de ejecución, incluso antes de que se reciba la sentencia y el certificado o antes de que se resuelva sobre el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena, el este último podrá detener al condenado o acordar otra medida cautelar para evitar la fuga del condenado y asegurar el cumplimiento de la condena, hasta que se produzca una decisión definitiva sobre el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena<sup>593</sup>. Este período será de abono para la futura liquidación de condena. Esta posibilidad de adoptar una medida cautelar, incluso privativa de libertad, en el Estado de ejecución para asegurar la presencia del condenado en este, debe ser introducida en España con una innovación legislativa en el régimen de las medidas cautelares personales y reales y, en especial, en la prisión preventiva, ya que los casos en los que se puede adoptar, como ya hemos examinado está tasados en la misma LECRIM. Análogas circunstancias concurren en la eventual detención que puede darse en el tránsito, ya que el art. 16.3 de la Decisión marco 2008/909/JAI, establece que el Estado miembro al cual se solicite el tránsito, podrá mantener la persona detenida durante el período estrictamente necesario para el tránsito por su territorio.

La materialización del traslado, evidentemente, si la persona condenada está en el Estado de emisión, se hará cuando acuerden las autoridades competentes del Estado de emisión y del Estado de ejecución, no pudiendo superar este plazo los 30 días, contando desde la resolución firme del Estado de ejecución sobre el reconocimiento de la sentencia y la ejecución de la condena<sup>594</sup>. Se ha de recordar que desde la recepción por el Estado de ejecución de la sentencia y el certificado, dispone de 90 días, salvo que exista motivo para aplazar el reconocimiento, para resolver sobre el reconocimiento y la ejecución de la condena<sup>595</sup>. Esta es una novedad importante de la Decisión marco 2008/909/JAI, ya que en el sistema del CSTPC, el procedimiento se alarga en el tiempo con la consiguiente desesperación del condenado que aguarda el traslado. Especial empeño han de poner las distintas Administraciones Penitenciarias de los Estados miembros para cumplir los plazos, lo que no siempre será fácil por la complicación que puede suponer la transferencia de internos especialmente peligrosos y la coordinación necesaria entre Administraciones de incluso varios Estados miembros.

Hay una obligación, diríamos de Justicia material, por la autoridad competente del Estado de emisión, de informar sin demora, al Estado de ejecución de toda resolución

---

<sup>591</sup> Vid. art. 13 DM 909.

<sup>592</sup> Vid. art. 22 DM 909.

<sup>593</sup> Vid. art. 14 DM 909.

<sup>594</sup> Si por algún motivo no se pudiera realizar este traslado en el plazo de 30 días, tras la adopción de la resolución firme por el EJ, las autoridades competentes del EJ y del EE, se pondrán en contacto inmediatamente con el objeto de efectuar el traslado que deberá efectuarse lo antes posible, comunicando el EE la nueva fecha al Estado de ejecución. En concreto dice la Decisión marco, en una frase que no alcanzamos a comprender el significado que “el traslado se realizará como máximo en un plazo de 10 días después de la nueva fecha acordada”. Vid. art. 15.2 DM 909.

<sup>595</sup> Vid. art. 12 DM 909.

o medida adoptada que tenga por efecto anular, de inmediato o en un plazo determinado, el carácter ejecutorio de la condena<sup>596</sup>. Juzgamos que hay una obligación de informar, no sólo al Estado de ejecución, sino también al propio condenado<sup>597</sup>.

El Estado de emisión deberá pagar los gastos del traslado físico de la persona condenada al Estado de ejecución y, en general, todos los ocasionados en su territorio<sup>598</sup>.

#### 4.6.3. En el Estado de Ejecución

Según el art. 1 de la Decisión marco 2008/909/JAI, el Estado de ejecución es el Estado miembro al que se haya transmitido una sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución. Puede ser, como hemos visto, el Estado miembro de nacionalidad del condenado, si vive en el mismo; el de nacionalidad del condenado si va a ser expulsado al mismo una vez cumplida la condena; o bien, el Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se transmita la sentencia y el certificado para el traslado y consiguiente ejecución de la pena de prisión. El Estado de ejecución puede señalar al Estado de emisión que tenga la intención de trasladar a una persona condenada, en parecer motivado, que el cumplimiento de la condena en su territorio no favorecerá la reinserción social del condenado, ni su reintegración social con éxito. Este dictamen motivado, se podrá presentar también una vez transmitida la sentencia y el certificado<sup>599</sup>. El Estado de ejecución puede instar, por propia iniciativa o a instancia del condenado, la transmisión de la sentencia, junto con el certificado, al Estado de emisión, el cual no está obligado al traslado de la persona condenada.

Por el contrario, el Estado de ejecución está obligado a aceptar un traslado, cuando nos encontramos con un nacional de un Estado miembro, que vive en el Estado del que es nacional o al que va a ser expulsado una vez excarcelado en virtud de una orden de expulsión o traslado que trae causa de la sentencia condenatoria, cuando la infracción que ha cometido esté incluida en el listado del art. 7, con una pena máxima de al menos 3 años en el Estado de emisión, restándole como mínimo 6 meses de cumplimiento de condena. Siempre que el Estado de ejecución no hubiera hecho la declaración del párrafo 4 del art. 7, indicando que no tiene la intención de no aplicar el principio de dispensa de la doble imputación del listado de las 32 infracciones o categorías de infracciones, ni concurran, y sean alegados por el Estado de ejecución, motivos para el no reconocimiento o no ejecución del art. 9 de la Decisión marco.

Aclara el párrafo 7 del art. 4 de la Decisión marco 2008/909/JAI, que cada Estado miembro puede indicar que no exigirá el reconocimiento previo como Estado de ejecución para la transmisión de la sentencia, en el caso de que el condenado no sea nacional de un Estado miembro en el que viva el condenado, ni al que vaya a ser

---

<sup>596</sup> En este caso, según el art. 20.2 DM 909, la autoridad competente del Estado de ejecución suspenderá la ejecución de la condena tan pronto, si es procedente, como la autoridad competente del Estado de emisión, le informe de la resolución o medida.

<sup>597</sup> Vid. art. 20.1 DM 909.

<sup>598</sup> Los demás gastos, serán afrontados por el Estado de ejecución. Vid. art. 24 DM 909.

<sup>599</sup> Vid. art. 4.4 DM 909.

expulsado una vez puesto en libertad, es decir, el supuesto contemplado en el art. 4.1.c, en este caso es necesario el consentimiento del condenado (art. 6.2) si:

- 1.- el condenado vive o ha estado residiendo legalmente y de forma continuada al menos durante 5 años en el Estado de ejecución y vaya a mantener un derecho de residencia permanente en dicho Estado<sup>600</sup>, o
- 2.- cuando el condenado tenga la nacionalidad del Estado de ejecución en casos distintos de los contemplados en el apartado 1, letras a) y b) del art. 4 de la DM 909.

Le será transmitida a la autoridad competente del Estado de ejecución, por la homóloga del Estado de emisión, directamente la sentencia<sup>601</sup> o copia certificada de la misma, junto con el certificado<sup>602</sup>, que deberá estar firmado<sup>603</sup> por ésta, por cualquier medio que deje constancia escrita y en condiciones tales que permita al Estado de ejecución verificar su autenticidad; pudiendo el Estado de ejecución solicitar al de emisión, que le transmita el original de la sentencia o copia certificada de la misma, así como el original del certificado<sup>604</sup>.

El art. 8 de la norma de la UE, bajo el título “Reconocimiento de la sentencia y ejecución de la condena”, en su primer apartado, parece que el Estado de ejecución está obligado a reconocer toda sentencia que le transmita el Estado de emisión. Decimos que esto es sólo en apariencia, ya que los requisitos son más de los que tras una primera lectura aparentan, pudiendo el Estado de ejecución alegar no pocas circunstancias para no admitir el traslado de la persona condenada para hacer cumplir la pena de prisión. En primer lugar, la sentencia tiene que haber sido transmitida con los requisitos prescritos en el art. 4, que como ya hemos visto, hacen referencia, entre otros, a la nacionalidad, la residencia, la mera voluntad del Estado de ejecución de admitir el traslado, la consecución de la reinserción social del condenado...

En segunda instancia, se tiene que hacer por el procedimiento tasado en el art. 5. En el que se indican requisitos tales como la remisión al Estado de ejecución de la sentencia y/o el certificado, de forma fehaciente o directamente los originales<sup>605</sup>, la necesidad

---

<sup>600</sup> Para esta hipótesis, se entenderá por *derecho de residencia permanente*, según el art. 4.7 in fine, el que la persona de que se trate: tenga un derecho de residencia permanente en el respectivo Estado miembro de conformidad con la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria adoptada basándose en los arts. 18, 40, 44 y 52 del TCE; o bien, posea un permiso de residencia válido, en calidad de residente permanente o de larga duración, en el respectivo Estado miembro, de conformidad con la legislación nacional de aplicación de la legislación comunitaria adoptada basándose en el art. 63 del TCE, por lo que respecta a los Estados miembros en los que es aplicable la legislación comunitaria, o de conformidad con el Derecho nacional por lo que respecta a los Estados miembros para los que no es aplicable.

<sup>601</sup> Para la DM 909, art. 1.a, sentencia es la resolución u orden firme de un órgano jurisdiccional del EE que impone una condena a una persona física. De esta forma, como es obvio por la naturaleza de las penas privativas de libertad, la norma no es aplicable a las condenas penales que puedan imponerse a las personas jurídicas, posibilidad especialmente habilitada en fechas recientes en el ordenamiento jurídico español por Ley Orgánica 5 de 2010.

<sup>602</sup> El certificado es el documento que figura en el anexo I de la propia DM 909.

<sup>603</sup> Vid. art. 5.2.

<sup>604</sup> Vid. art. 5.1 DM 909.

<sup>605</sup> En la práctica diaria de las prisiones, es muy importante la certeza de que los documentos que le son remitidos por los juzgados y otras autoridades judiciales y administrativas no son falsos, de lo contrario se puede dar el caso de graves errores con efectos en el propio cumplimiento de las condenas. Como ejemplo podemos citar libertades indebidas a causa de resoluciones judiciales en tal sentido falsas, o mantenimientos en prisión indebidas.

La posibilidad de que se produzcan errores y falsificaciones de documentos con incidencia penitenciaria, se verá aumentado en el *Espacio Penitenciario Europeo*, debido al desconocimiento de otros sistemas judiciales, los problemas idiomáticos, la complejidad de los procedimientos, etc. *Continúa*

de firma de los documentos, por la autoridad competente del Estado de emisión, las contactos entre autoridades competentes de los Estados miembros que se harán de forma directa, la transmisión de la sentencia y el certificado a un solo Estado de ejecución cada vez... Finalmente, el Estado de ejecución puede alegar alguno de los motivos, “para el no reconocimiento y la no ejecución” del art. 9<sup>606</sup>. Literalmente, el precepto dice “a no ser que decida acogerse a alguno de los motivos”, es decir, los casos detallados en el art. 9 no operan de forma automática, sino que tienen que ser planteados por el Estado de ejecución al Estado de emisión, en el caso de que concurran.

Nos preguntamos, si un condenado interesado en ser trasladado a un Estado miembro, como Estado de ejecución, estando conforme el de emisión, en el caso de oponer un motivo para el no reconocimiento o la no ejecución del art. 9 por este Estado de ejecución, habiéndose cumplido los requisitos de los arts. 4 y 5, si tendría el condenado la posibilidad de recurrir la decisión del Estado de ejecución, ante instancias administrativas y judiciales de este, para que se efectúe el traslado.

Siendo conscientes de la difícil respuesta a esta cuestión en el estado actual de evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, habría en primer lugar que acudir a las normas de desarrollo de los distintos Estados miembros, para examinar y valorar las vías administrativas y judiciales que han sido articuladas por estos. Atendiendo directamente a la Decisión marco 2008/909/JAI, nos encontramos con el recurrente problema del efecto directo de las Decisiones marco, que tan matizado se ha visto por la sentencia *María Pupino*<sup>607</sup>.

A nuestro parecer, la posición contraria, una eventual reclamación del condenado contra el Estado de emisión, por el no traslado al Estado de ejecución, está expresamente impedida por lo dispuesto en el art. 4.5, ya que las solicitudes de traslado por el Estado de ejecución o por el propio condenado, “no suponen la obligación del Estado de emisión de transmitir la sentencia acompañada del certificado”. Ahora bien, como ya hemos indicado, el condenado podría alegar que la no materialización del traslado perjudicaría su reinserción social, motivo que parece, de la exposición de motivos de la Decisión marco y de su articulado, ser el principio rector de la norma y de todo el *Espacio Penitenciario Europeo*. Podría ser flagrante y arbitraria la decisión de no trasladar al condenado, en aplicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones de los Estados miembros, así como los textos internacionales aplicables.

#### **4.6.4. Posibilidad de alegar por un Estado miembro o la Comisión Europea, el incumplimiento de un Estado miembro de lo prescrito por la Decisión marco 2008/909/JAI**

Nos encontramos con un complicado asunto de difícil solución jurídica, al menos satisfactoria, en el momento actual. Así, la enmarañada edificación del ELSJ, ha dado

---

Por ello, entendemos que las autoridades de la UE y de los Estados miembros, deben estar especialmente atentos para impedir que esto se produzca, potenciando los sistemas de autenticación de documentos.

<sup>606</sup> Vid. *supra*.

<sup>607</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, C-105/03, p. I-5285. Vid. *supra*.

como fruto un sistema flexible y desproporcionadamente complejo desde el punto de vista jurídico<sup>608</sup>, algo poco recomendable ya que afecta a derechos fundamentales y al patrimonio jurídico más íntimo de las personas<sup>609</sup>. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, no se “comunitariza” de forma inmediata el antiguo Tercer Pilar, sino que el Protocolo 36, sobre disposiciones transitorias, establece un régimen especial para los próximos 5 años en esta materia, transcurrido el cual, se aplica el régimen general. Se parte del mantenimiento de las normas propias de este Pilar y de sus efectos, hasta que no sean modificados, anulados o derogados<sup>610</sup>. Si son modificados, se pasará *ipso facto* a aplicar el régimen general a ese nuevo acto<sup>611</sup>.

Así las Decisiones marco, en tanto no sean modificadas, hasta el 1 de diciembre de 2014, se regirán por las normas del antiguo Tercer Pilar comunitario<sup>612</sup>. De este modo, hemos de tener presente que el Tratado de Ámsterdam, establecía unos mecanismos jurisdiccionales para la CPJP especiales. Se articula un recurso de anulación contra las Decisiones marco, sólo activable por la Comisión o un Estado miembro y un procedimiento contencioso para las cuestiones surgidas entre Estados miembros, no solucionadas en el Consejo en los seis meses anteriores. Además este Tratado regula una cuestión prejudicial de interpretación y apreciación de validez sobre las Decisiones marco, siendo esta competencia del Tribunal de Justicia, facultativa y graduable por los Estados miembros, ya que estos pueden no aceptarla y pueden limitar los órganos jurisdiccionales nacionales que lo pueden interponer (España lo ha limitado a la última instancia).

Para MANGAS MARTÍN Y LIÑÁN NOGUERAS<sup>613</sup>, estas limitaciones y la falta de efecto directo de las Decisiones marco, ha dado lugar a “una gravísima falta de eficacia y homogeneidad en el cumplimiento de estas normas”. La Comisión en este período de 5 años, no puede plantear recursos, lo que hace más importante los mecanismos de evaluación del art. 70 del TFUE. Una vez transcurrido este período, el TJUE, tendrá plenas competencias jurisdiccionales sobre los actos del antiguo Tercer Pilar.

<sup>608</sup> Vid. *supra*, análisis del ELSJ.

<sup>609</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2010. Sexta edición, pág. 110.

<sup>610</sup> Art. 10.2 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias.

La modificación de un acto contemplado en el apartado 1 conllevará que se apliquen, respecto del acto modificado y en relación con los Estados miembros a los que vaya a aplicarse el mismo, las atribuciones de las instituciones mencionadas en dicho apartado que establecen los Tratados.

<sup>611</sup> Artículo 9 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias.

“Los efectos jurídicos de los actos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión adoptados en virtud del Tratado de la Unión Europea antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa se mantienen en tanto dichos actos no hayan sido derogados, anulados o modificados en aplicación de los Tratados. Lo mismo ocurre con los convenios celebrados entre los Estados miembros sobre la base del Tratado de la Unión Europea.”

<sup>612</sup> Art. 10.1 y 3 del Protocolo sobre las disposiciones transitorias.

1. Con carácter transitorio y con respecto a los actos de la Unión en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal que hayan sido adoptados antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, las atribuciones de las instituciones en la fecha de entrada en vigor de dicho Tratado serán las siguientes: las atribuciones de la Comisión en virtud del artículo 226 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea no serán aplicables y las atribuciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en virtud del título VI del Tratado de la Unión Europea, en su versión vigente antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, seguirán siendo las mismas, aun cuando hayan sido aceptadas con arreglo al apartado 2 del artículo 35 del mencionado Tratado de la Unión Europea.

3. En cualquier caso, la medida transitoria mencionada en el apartado 1 dejará de tener efectos cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>613</sup> Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *op. cit.*, pág. 112.

El Estado de ejecución, podrá reconocer y ejecutar parcialmente la sentencia del Estado de emisión, según el art. 10 de la DM, o bien adaptar la según el art. 8 a su ordenamiento jurídico. Igualmente podrá aplazar el reconocimiento, durante un plazo razonable, si el certificado está incompleto o no corresponde con la sentencia, hasta que se enmiende<sup>614</sup>. Apela el art. 12 a que el Estado de ejecución resuelva a la mayor brevedad, en el plazo de 90 días, salvo causa justificada, sobre el reconocimiento y ejecución. Debiendo comunicar al Estado de emisión el motivo del retraso y el plazo que aún necesita.

## 4.7. Régimen jurídico del cumplimiento

### 4.7.1. Sistema del Convenio de Estrasburgo de 1983

El cumplimiento de la condena en el Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas, se rige por el ordenamiento jurídico del Estado de cumplimiento<sup>615</sup>, siendo el único competente para tomar las decisiones procedentes<sup>616</sup>. No puede haber una discriminación por ser un condenado en el extranjero<sup>617</sup>.

En aplicación de este Convenio pueden darse dos sistemas de cumplimiento<sup>618</sup>, que deberá ser especificado mediante declaración de los Estados firmantes, al Secretario General del Consejo, indicando cuál de los dos sistemas le es aplicable: método de prosecución y método de conversión<sup>619</sup>. El Estado de condena puede solicitar, antes del traslado de la persona condenada, que le informe el Estado de cumplimiento qué modelo de cumplimiento seguirá<sup>620</sup>. No se puede hacer una diferenciación precisa entre los dos sistemas, sino que ambos tienen características secantes<sup>621</sup>.

### 4.7.2. Sistema de prosecución

En el método de prosecución<sup>622</sup>, la condena podemos decir que se adapta, intentando que la pena que efectivamente cumpla el reo en el Estado de cumplimiento sea lo más semejante posible a la condena originaria. Comparte similitudes con el *exequátur*. Casi siempre es necesario algún tipo de transformación de la condena en el fenómeno del traslado de personas condenadas.

---

<sup>614</sup> Vid. art. 11 DM 909.

<sup>615</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 93.

<sup>616</sup> Vid. art. 9.3 CSTPC.

<sup>617</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 284.

<sup>618</sup> En el mismo sentido MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., pág. 77.

<sup>619</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit., pág. 284.

<sup>620</sup> Vid. art. 9.2 CSTPC.

<sup>621</sup> Para MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 94, la prosecución de la condena se hace sobre la base de una resolución judicial o administrativa del Estado de condena. Sólo de forma excepcional se puede adaptar la condena original a la legislación del Estado de cumplimiento, con la condición de que la condena resultante no sea ni más severa, ni de mayor duración que la primera.

<sup>622</sup> Artículo 10. CSTPC. Prosecución del cumplimiento

1. En el caso de prosecución del cumplimiento, el Estado de Cumplimiento quedará vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la sanción tal como resulten de la condena. *Continúa*

En el art. 10 del Convenio sobre el Traslado de Personas Condenadas, se destaca que el Estado de cumplimiento queda vinculado por la naturaleza jurídica y la duración de la pena, tal y como se indica en la sentencia. Si por la naturaleza jurídica o la duración de la condena primaria, existiera incompatibilidad con el ordenamiento jurídico del Estado donde se va a cumplir la condena, se podrá adaptar ésta por este último Estado según su legislación, sin que se pueda empeorar la situación jurídica del condenado, ni exceder del máximo previsto en la ley interna<sup>623</sup>.

### 4.7.3. Sistema de conversión

El método de conversión supone la sustitución de la condena extranjera. Así, mediante un procedimiento judicial o administrativo del Estado de cumplimiento, se transforma la sanción impuesta en el Estado de condena por una prevista por la legislación del Estado de cumplimiento para la misma infracción, en las condiciones enunciadas en el artículo 11<sup>624</sup>.

Para la conversión la autoridad competente del Estado de cumplimiento, deberá respetar una serie de reglas que indica el propio Convenio. Estará vinculado por los hechos probados explícita o implícitamente en la sentencia dictada en el Estado de condena. No podrá convertir, el Estado de cumplimiento, una sanción privativa de libertad en una sanción pecuniaria. Se abonará en la liquidación de condena<sup>625</sup>, que se practique en el Estado de cumplimiento, el período de privación de libertad cumplido por esa causa, sea como penado, sea como preventivo, en el Estado de condena. Nunca se podrá agravar la situación jurídica del condenado. El Estado de cumplimiento, al practicar la conversión de la condena, no estará vinculado por la sanción mínima que pudiera prescribir las leyes del Estado de cumplimiento para la o las infracciones por los que fue condenado en el Estado de cumplimiento<sup>626</sup>.

---

2. Sin embargo, si la naturaleza o la duración de dicha sanción fueren incompatibles con la legislación del Estado de Cumplimiento o si la legislación de dicho Estado lo exigiere, el Estado de Cumplimiento podrá adaptar, mediante resolución judicial o administrativa, dicha sanción a la pena o medida prevista por su propia ley para las infracciones de igual naturaleza. Dicha pena o medida corresponderá en la medida de lo posible, en cuanto a su naturaleza, a la impuesta por la condena que haya de cumplir. No podrá agravar por su naturaleza o por su duración la sanción impuesta en el Estado de Condena ni exceder del máximo previsto por la ley del Estado de Cumplimiento.

Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 78 y sigs.

<sup>623</sup> Vid. BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J., op. cit. Pág. 285.

<sup>624</sup> BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, critican que la condena pueda ser adaptada por un órgano administrativo, estimando que debe ser siempre la autoridad judicial., op. cit. pág. 286.

Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 80 y sigs. Para MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., págs. 94 a 96, la conversión de la condena supone una verdadera sustitución de la pena primitiva u originaria, tras un proceso judicial o administrativo en el Estado de cumplimiento, es decir, una especie de *exequatur*.

<sup>625</sup> BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA indican que en el curso del expediente, el Estado de cumplimiento, puede señalar un pronóstico de la condena que cumplirá al Estado de condena pero la liquidación será practicada por la Audiencia Nacional., op. cit., pág. 286.

<sup>626</sup> BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA destacan que en España, la adaptación es obligada pena la condena extranjera es a perpetuidad o cuando es superior a 30 años [actualmente 40].

#### 4.7.4. Cumplimiento según la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo

En esta se establece que la ejecución de la condena se regirá por el Derecho del Estado de ejecución. De esta forma, una vez efectuado el traslado, sólo las autoridades competentes del Estado de ejecución son las encargadas del procedimiento de ejecución y de adoptar todas las decisiones conexas que se presentan en el cumplimiento de una condena de prisión, incluida la libertad condicional o anticipada<sup>627</sup>.

Obligatoriamente, se deducirá en la liquidación de condena que practique el Estado de ejecución, el tiempo de privación de libertad que hubiere sufrido el condenado, sea como penado, sea como preventivo, en relación con la condena a la que se refiere la sentencia. Debemos incluir aquí también el período de prisión que hubiere sufrido en el tránsito<sup>628</sup>. En la liquidación de condena a practicar, al serle obligado el abono del período de privación de libertad sufrido a causa de la condena, pueden surgir problemas por el eventual doble cómputo que puede darse si ese tiempo ha sido ya abonado por el EE a otra causa<sup>629</sup>. Una vez iniciado el cumplimiento en el Estado de ejecución, el de emisión no tiene ya la potestad de hacer cumplir al que ha condenado la pena de prisión o medida de seguridad privativa de libertad que ha impuesto. Parece del tenor literal del art. 22.1 que el Estado de ejecución se despreocupa absolutamente del cumplimiento de la condena, pero no será así en todos los casos.

En el supuesto de fuga del condenado<sup>630</sup>, dice el segundo párrafo del artículo, que el “derecho de ejecución de la condena revertirá al Estado de emisión cuando el Estado de ejecución le haya informado de la no ejecución parcial de la condena en virtud del artículo 21, letra h.” es decir, en caso de fuga de la persona condenada. Podría dar la sensación de que en caso de fuga del condenado automáticamente la condena se debe cumplir en el Estado de ejecución. Entendemos que lo que hace la Decisión marco es dar la posibilidad que de fugarse el condenado puede el Estado de emisión hacer cumplir la condena, lo que excluye la posibilidad de que en el caso de que el Estado de ejecución logre detener y reingresar en prisión al fugado continúe con el cumplimiento de la condena. A la vez se está dando la posibilidad al Estado de emisión de perseguir al fugado, como si fuera un condenado que estuviera cumpliendo condena en su territorio, pudiendo sus fuerzas de seguridad y los órganos judiciales del Estado de emisión decretar el ingreso en prisión por su propia autoridad, no teniendo que ser requeridos por el Estado de ejecución<sup>631</sup>.

También durante el cumplimiento de la condena, la desvinculación del Estado de emisión no es absoluta, ya que según el art. 21, en sus cuatro últimos apartados, se imponen al Estado de ejecución unas obligaciones de información vigente la condena, por escrito y dejando constancia, a la autoridad competente del Estado de emisión. Toda decisión,

<sup>627</sup> Vid. art. 17.1 DM 909.

<sup>628</sup> Vid. art. 17.2 DM 909. En este sentido MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 95.

<sup>629</sup> Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 57 de 2008 y la nueva redacción del art. 58 del Código Penal, hecha por Ley Orgánica 5 de 2010. Vid. supra.

<sup>630</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 133 y sigs.

<sup>631</sup> Para MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., pág. 135, es importante destacar que para la valoración de la fuga o el quebrantamiento se tendrá que acudir siempre al Derecho positivo y la jurisprudencia del Estado de cumplimiento; ya que no siempre, en esta materia, todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno hacen la misma interpretación del quebrantamiento de condena.

junto con su motivación, de concesión de amnistía o indulto<sup>632</sup> por el Estado de ejecución que afecte al condenado trasladado, tiene que ser comunicada a la autoridad competente del Estado de emisión. Si lo solicita este último, también le informará al de ejecución del inicio y del fin de la libertad condicional o anticipada<sup>633</sup>. Ha de ponerse en conocimiento, como ya se ha indicado, de la fuga del condenado trasladado. Por último, también será objeto de comunicación al Estado de emisión, de la ejecución de la condena<sup>634</sup>.

En ciertas ocasiones, es necesario poner en conocimiento de las víctimas de los delitos los cambios significativos del condenado, en especial los que supongan la salida de prisión. A nuestro juicio para dar mayor eficacia a esta medida se debería agilizar los trámites a realizar en estos casos, determinando si es el Estado de emisión o el de ejecución el que tendrá que informar a las víctimas en estos casos.

El art. 17.4 de la norma, con una redacción algo confusa, abre una posibilidad que puede dar ciertos problemas en su aplicación. Así, se establece que los Estados miembros pueden disponer que las decisiones que afecten a la libertad condicional o anticipada tomen en consideración “asimismo las disposiciones del Derecho nacional, que señale el Estado de emisión, en virtud de las cuales la persona tenga derecho a la concesión de la libertad anticipada o condicional en una fecha determinada.”<sup>635</sup> Entendemos que cuando se refiere la Decisión marco a las disposiciones del Derecho nacional, hace referencia al Derecho del Estado de emisión en materia de libertad condicional o anticipada. Esta remisión a la regulación de la institución de la libertad condicional o anticipada durante el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución y rigiéndose el cumplimiento de la condena, excepto en materia de libertad condicional o anticipada, por el ordenamiento de este Estado, puede generar distorsiones y confusiones, además de que podría suponer, en ciertos casos, un incumplimiento del principio de igualdad con respecto al resto de los internos que cumplan condena en el Estado de ejecución<sup>636</sup>.

También en el período de cumplimiento, una vez realizado el traslado, tanto una amnistía como un indulto podrían ser concedidos tanto por el Estado de emisión, como por el de ejecución<sup>637</sup> si sus legislaciones lo permiten. Entre otras, la justificación de esta medida de Justicia materia, es la de que no empeore la situación jurídica del condenado con el traslado. De este modo, si se concede un indulto en el Estado de emisión, para no perjudicar al condenado trasladado, se le aplica también a él, aunque ya no esté bajo la jurisdicción del Estado de emisión. De la misma forma, se atentaría al principio de igualdad, en el caso de que se aprobara una medida de indulto o

<sup>632</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 128 a 131.

<sup>633</sup> Vid. art. 21.g

<sup>634</sup> En el mismo art. 21 se imponen otras obligaciones de información al Estado de emisión por el Estado de ejecución, tales como comunicación de la transmisión de la sentencia y del certificado a la autoridad competente para su ejecución; 1 año localización del condenado imposibilitando el cumplimiento de la condena; la resolución firme por la que se decide o no el reconocimiento y la ejecución de la condena y la decisión de adaptar la condena a la legislación del Estado de ejecución.

<sup>635</sup> La propia norma en el punto 3 del mismo art. 17, posibilita que a requerimiento de la autoridad competente del EE, podrá la autoridad competente del EJ, informarle sobre las disposiciones aplicables en materia de libertad anticipada o condicional, pudiendo incluso el Estado de emisión retirar el certificado en base a la información facilitada.

<sup>636</sup> BUENO ARÚS y DE MIGUEL ZARAGOZA, indican que no puede producirse, refiriéndose a la regulación del CSTPC, durante el cumplimiento de la condena en el Estado de cumplimiento, una discriminación positiva por el solo hecho de que se trate de un nacional condenado en el extranjero., op. cit., pág. 284.

<sup>637</sup> Vid. art. 19.1 DM 909.

amnistía en el Estado de ejecución y, cumpliendo los requisitos que dispusiera el decreto de aprobación de la medida, no pudiera ser aprovechada por el condenado trasladado por el hecho de que hubiera sido condenado en otro Estado miembro.

Lógica y acorde con la filosofía que informa toda la Decisión marco, es la disposición segunda del art. 17, en la que se dispone que sólo será el Estado de emisión el que pueda proceder a la revisión de la sentencia firme aunque se esté cumpliendo en el Estado de ejecución. El recurso de revisión es un remedio extraordinario, pero recurso al fin y al cabo, que sólo a órganos jurisdiccionales de un mismo Estado corresponde conocer<sup>638</sup>.

Estimamos fundamental la **traducción de la sentencia**<sup>639</sup> cuando se cumpla condena, si el Estado de ejecución tiene una lengua diferente a la que se ha dictado la sentencia en el Estado de emisión. La traducción oficial de la sentencia es crucial para el tratamiento penitenciario. Una de las cosas de las que tiene que partir este, es de los hechos delictivos, es decir, los hechos que se entienden probados en la resolución judicial y que han sido la causa de la sanción penal. Los expedientes penitenciarios de los internos tienen como base y documentos más importantes, el testimonio de sentencia. En determinados casos, como en el cómputo de ciertos períodos de seguridad o la aplicación de regímenes especiales de cumplimiento, tienen su razón de ser no sólo por el delito cometido, sino también los hechos constitutivos de infracción penal<sup>640</sup>.

## 4.8. Relaciones con la orden europea de detención y entrega y con otros Acuerdos o Convenios

### 4.8.1. Euro-orden.

La Decisión marco 2008/909/JAI por la que se establece en la Unión Europea la orden europea de traslado de personas condenadas, comparte con la Decisión marco 2002/584/JAI<sup>641</sup> relativa a la orden europea de detención y entrega, muchas similitudes<sup>642</sup>.

Conforme a esto, el art. 25 de la Decisión marco 2008/909/JAI, señala que esta se aplicará, *mutatis mutandis*, a la ejecución de condenas cuando un Estado miembro se comprometa a ejecutar la condena en virtud del art. 4.6 de la Decisión marco 2002/584/JAI<sup>643</sup>, o cuando un Estado miembro, en aplicación igualmente

<sup>638</sup> Vid. MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I., op. cit., págs. 122 a 128.

<sup>639</sup> Vid. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., pág. 92.

<sup>640</sup> Cfr. art. 23.3 DM 909, en el que se da la posibilidad de que los Estados miembros hagan constar la posibilidad de que cuando consideren que el contenido del certificado es insuficiente para decidir sobre la ejecución de la condena, pueda decidir que la sentencia o las partes fundamentales de la misma vayan acompañadas de una traducción a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales de las instituciones de la UE.

<sup>641</sup> Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L190 de 18.7.2002).

<sup>642</sup> Para un detallado estudio de las relaciones del Convenio del Consejo de Europa sobre el Traslado de Personas Condenadas de 1983, puede consultarse MANZANARES SAMANIEGO, J. L., op. cit., págs. 98 y sigs.

<sup>643</sup> Es decir, cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno.

del art. 5.3<sup>644</sup> de esta última norma, haya impuesto la condición de que la persona condenada sea devuelta para cumplir la condena en el Estado miembro de que se trate, a fin de impedir la impunidad de esa persona.

#### 4.8.2. Otros Acuerdos y Convenios

La Decisión marco 2008/909/JAI sustituirá desde el 5 de diciembre de 2011<sup>645</sup>, a una serie de convenios y textos internacionales por incidir en la misma materia que la Decisión marco. Estos textos son: 1.- Convenio de 21 de marzo de 1983, sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 (BOE 10 de junio de 1985), y su Protocolo Adicional de 18 de diciembre de 1997. 2.- Convenio Europeo Número 70 sobre el Valor Internacional de las Sentencias Penales (Número 70 del Consejo de Europa) (“BOE núm. 78/1996, de 30 de marzo de 1996”) Instrumento de ratificación del Convenio Europeo número 70 sobre el valor internacional de las sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970. 3.- El Título III, capítulo 5, del Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990 del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes<sup>646</sup>. 4.- Convenio entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas sobre la ejecución de condenas penales extranjeras de 13 de noviembre de 1991.

No obstante, según el apartado 2 del art. 26 de la Decisión marco 2008/909/JAI, los Estados miembros podrá seguir aplicando los acuerdos y arreglos bilaterales o multilaterales en vigor después del 27 de noviembre de 2008 (fecha de aprobación de la Decisión marco 2008/909/JAI, aunque su entrada en vigor se difiere al día siguiente de su publicación en el DOUE, que efectivamente de hace el 5 de diciembre de 2008, entrando en vigor el 6)<sup>647</sup>, en la medida en que estos permitan ir mas allá de los objetivos de la misma y contribuyan a simplificar o facilitar en mayor medida los procedimientos de ejecución de condenas<sup>648</sup>.

De la redacción del precepto parece que incluso antes de la adaptación por los Estados miembros a sus ordenamientos, la norma ya surte efectos, pues parece que los Estados miembros sólo podrá seguir aplicando normas internacionales referentes al traslado de personas condenadas después del 27 de noviembre de 2008 siempre que

<sup>644</sup> Es decir, cuando la persona que fuere objeto de la orden de detención europea a efectos de entablar una acción penal fuere nacional del Estado miembro de ejecución o residiere en él, la entrega podrá supeditarse a la condición de que la persona, tras ser oída, sea devuelta al Estado miembro de ejecución para cumplir en éste la pena o la medida de seguridad privativas de libertad que pudiese pronunciarse en su contra en el Estado miembro emisor.

<sup>645</sup> Vid. art. 26.1 DM 909. Cfr. PALOMO DEL ARCO, A., op. cit., págs. 174 y sigs.

<sup>646</sup> Convenio de 19 de junio de 1990 de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. Instrumento de ratificación firmado en Madrid el 23 de junio de 1993. BOE N° 81 de fecha 5 abril 1994.

<sup>647</sup> No alcanzamos a comprender el motivo por el que la fecha que se indica es la de la firma de la Decisión marco y no la de entrada en vigor que es cuando toda norma jurídica produce sus efectos. Probablemente se trate de un simple error material o de transcripción, ya que en el apartado siguiente se hace referencia a la fecha de publicación de la norma en el Diario Oficial, el 5 de diciembre de 2008.

<sup>648</sup> Los Estados miembros, a más tardar el 5 de marzo de 2009, notificarán al Consejo y a la Comisión los acuerdos y arreglos existentes mencionados en el apartado 2 del art. 26 que deseen seguir aplicando.

“estos permitan ir más allá de los objetivos” de la Decisión marco 2008/909/JAI “y contribuyan a simplificar o facilitar en mayor medida los procedimientos de ejecución de condenas<sup>649</sup>.”

Esta disposición parece estar en contradicción con la disposición transitoria de la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>650</sup>, que indica que las solicitudes de traslado recibidas antes del 5 de diciembre de 2011, seguirán rigiéndose por lo dispuesto en los instrumentos jurídicos vigentes sobre el traslado de los condenados.

De forma paralela a esto<sup>651</sup>, los Estados miembros pueden celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales después del 5 de diciembre de 2008, siempre que sean más beneficiosos y/o simplifiquen los procedimientos de ejecución de condenas<sup>652</sup>.

#### 4.9. Aplicación espacial y temporal del nuevo sistema de traslado de personas condenadas

La norma es de aplicación a los Estados miembros de la Unión Europea, incluido el territorio de Gibraltar<sup>653</sup>. La Decisión marco entra en vigor según el art. 30, el día siguiente de su publicación en el DOUE, es decir, surte efectos desde el 6 de diciembre de 2008.

Se dan unas disposiciones transitorias que diferencian el régimen de aplicación antes y después del 5 de diciembre de 2011, fecha límite para la transposición de la Decisión marco. Antes de esa fecha, como ya se ha indicado, se aplican, aunque parece que con matices según el art. 26.2, los textos vigentes relativos al traslado de personas condenadas<sup>654</sup>. Con posterioridad al 5 de diciembre de 2011<sup>655</sup>, a las solicitudes de traslado, se les aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros<sup>656</sup> en virtud de la presente Decisión marco<sup>657</sup>.

---

<sup>649</sup> Quizá lo que está intentado decir la normas es que hasta el 5 de diciembre de 2011, fecha límite en que ha de ser adaptada la Decisión marco a los ordenamientos internos, estos convenios deben ser interpretados partiendo de la Decisión marco 909 en los traslados entre los Estados miembros.

<sup>650</sup> Vid. art. 28.1 DM 909.

<sup>651</sup> Vid. art. 26.3

<sup>652</sup> Los Estados miembros notificarán al Consejo y a la Comisión todos los nuevos acuerdos o arreglos a que se refiere el apartado 3 del art. 26, en los tres meses siguientes a su firma.

<sup>653</sup> Vid. art. 27 DM 909. Vid. PALOMO DEL ARCO, A., op. cit., pág. 163.

<sup>654</sup> El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas se empezó a aplicar independientemente de la fecha en que se dictó la sentencia condenatoria, es decir, antes o después de su entrada en vigor. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas”, en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, pág. 85.

<sup>655</sup> Vid. art. 28.1 DM 909.

<sup>656</sup> No obstante, en virtud del párrafo 2 del art. 28 de la Decisión marco, cualquier Estado miembro podrá formular, en el momento de la adopción de la presente decisión marco, una declaración en la que indique que en los casos en los que la sentencia firme haya sido dictada antes de la fecha que especificará, seguirá aplicando, en su calidad de Estado de emisión y de ejecución, los instrumentos jurídicos vigentes sobre el traslado de condenados aplicables antes del 5 de diciembre de 2011.

En caso de efectuarse tal declaración, dichos instrumentos se aplicarán en dichos casos por lo que respecta a todos los demás Estados miembros, con independencia de que hayan formulado o no la misma declaración. La fecha de que se trate no podrá ser posterior al 5 de diciembre de 2011.

Dicha declaración se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea. Podrá ser retirada en cualquier momento.

<sup>657</sup> En caso de no transposición o de hacerse de forma incorrecta sería de aplicación la doctrina del TJUE referente al efecto directo de las Decisiones marco.

Los Estados miembros habrán de tener transpuesta la Decisión marco 2008/909/JAI antes del 6 de diciembre de 2011<sup>658</sup>. El Consejo deberá verificar, antes del 5 de diciembre de 2012, según informe de la Comisión, el cumplimiento de la Decisión marco 2008/909/JAI por los Estados miembros.

---

<sup>658</sup> Vid. art. 29 DM, que además indica que en su segundo párrafo, que los Estados miembros transmitirán a la Secretaría General del Consejo y a la Comisión el texto de las disposiciones de adaptación de sus legislaciones nacionales en virtud de las obligaciones derivadas de la presente Decisión marco.

De la misma forma, según el art. 29.3, la Secretaría General del Consejo, notificará a los Estados miembros y a la Comisión, las notificaciones y declaraciones hechas por los Estados miembros en aplicación de los arts. 4.7 u art. 23. 1 y 3 de la DM 909, en los casos que se hubieran efectuado.



## CAPÍTULO 5.

### **PENAS Y MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO SUSTITUTIVO LEGAL A LA PENA DE PRISIÓN: PENAS SUSPENDIDAS, SUSTITUIDAS O EN LIBERTAD CONDICIONAL EN EL ESPACIO PENITENCIARIO EUROPEO.**

Estas instituciones son las que intenta regular la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008), se incardina en las normas procedentes de la UE que tienen como objetivo facilitar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, en nuestro caso, concretamente, en la sustitución, suspensión de condenas penales y la libertad condicional<sup>659</sup>. Para MAPELLI CAFFARENA, B. y GONZÁLEZ CANO, M. I.<sup>660</sup>, es diferente el traslado de personas condenadas a penas de prisión de la concesión de la libertad condicional al reo extranjero para el cumplimiento en su país de residencia, ya que no hay un traslado diferido al último período de cumplimiento, sino la aplicación de medidas o controles de la libertad condicional, sin que el país receptor pudiera revocar esta. Como veremos el escenario es diferente con la nueva Decisión marco 2008/947/ JAI, ya que el sistema, en este sentido, se perfecciona y racionaliza en relación a la escasa regulación anterior.

El devenir de la construcción del ELSJ, nos hará ver si es suficiente con el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, o bien, es sólo una ilusión y es necesario incidir en la armonización de las legislaciones penales, que por el momento cuenta con la reticencia de muchos Estados miembros por lo que ellos entienden

---

<sup>659</sup> Vid. Considerando 2 de la Decisión marco 947.

Con respecto a la actual regulación puede consultarse ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. *Procedimientos penitenciarios*. Editorial Comares. Granada, 2009, págs. 171 y 172.

<sup>660</sup> Op. cit., págs. 39 y 40.

una pérdida de soberanía, de poder<sup>661</sup>. Con el avance del ELSJ y con este del *Espacio Penitenciario Europeo*, se producirá una perfección del sistema que ahora se intenta de reconocimiento de resoluciones judiciales. Esto tendrá lugar cuando las mentes de los dirigentes más reacios de los Gobiernos de los Estados miembros, estén preparados para rendirse a la evidencia de la necesidad y la practicidad de la armonización de leyes y reglamentos en materia penal. Sin duda, los Jueces y Tribunales de los Estados miembros y, en especial, de la propia UE van a jugar en este cometido un papel decisivo, como lo están haciendo en el resto del proceso de integración europeo<sup>662</sup>, en especial en la garantía de los derechos fundamentales en el proceso de integración.

Se configura este nuevo instrumento jurídico como un complemento de la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>663</sup>, en lo referente al reconocimiento y ejecución de condenas penales impuestas por órganos judiciales de la UE<sup>664</sup>. Son dos normas fundamentales de configuración del *Espacio Penitenciario Europeo*, dentro del ELSJ. Una hace referencia al reconocimiento y ejecución de penas privativas de libertad y la otra, al reconocimiento y ejecución de penas sustituidas, suspendidas o la libertad condicional. La necesidad de regular la materia en la UE, se basa, además de por ser necesario en un verdadero y cierto ELSJ, en la no ratificación por todos los Estados miembros de la UE del, podemos considerar único instrumento europeo que regula este ámbito, como es el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, para la vigilancia de las personas con condenas suspendidas o en libertad condicional<sup>665</sup>.

En las intenciones del “legislador” europeo está, a diferencia de la Decisión marco 2008/909/JAI, en la que aparentemente sólo se atiende a la reinserción social del condenado, junto a este ideal de reeducación, la de mejorar el control del cumplimiento de las medidas impuestas en virtud de penas sustituidas, suspendidas o en aprobación de libertades condicionales, que han de ser cumplidas en Estados miembros distintos

---

<sup>661</sup> No obstante, no es extraña la postura que aboga por una armonización de las normas penales y procesales penales, para que el reconocimiento de resoluciones judiciales en este ámbito sea efectiva y rodeado de las garantías necesarias para una materia tan sensible a los derechos fundamentales. En concreto en la Decisión marco 947, se entiende que los Estados miembros van a encontrar importantes dificultades a la hora de transponerla, dada la grandes diferencias entre los distintos ordenamientos penales de los Estados miembros, en especial en lo que hace referencia a los mecanismos alternativos a la prisión y el control de la libertad condicional. Vid. SANZ MORÁN, A. J. “Reflexiones en torno a la idea de “Libertad Vigilada”, en ARANGÜENA FANEGO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 300.

<sup>662</sup> No han sido pocas las críticas, desde el punto de vista democrático y por su carácter “tecnocrático”, al sistema de producción “legislativa” de las normas del antiguo Tercer Pilar Comunitario, es decir, mediante Decisiones marco del Consejo, sin intervención del Parlamento Europeo, que vinculan y obligan a legislador en una cierta dirección a los Parlamentos nacionales de los Estados miembros.

A la vez, MIRANDA RODRIGUES, critica la merma de las garantías fundamentales, ya que el ausencia de armonización de las normas penales y de sus garantías incrementa el riesgo de una orientación represiva y aseguradora, dando lugar a una nivelación por abajo de las garantías penales. Vid. SANZ MORÁN, A. J. “Reflexiones en torno a la idea de “Libertad Vigilada”, en ARANGÜENA FANEGO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 292.

<sup>663</sup> Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por la que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008, pág. 27), objeto de investigación también en este trabajo.

<sup>664</sup> Vid. Considerando 3 DM 947.

<sup>665</sup> Vid. Considerando 5 DM 947.

del que las impuso, para “evitar la reincidencia y de este modo tener en cuenta el principio de protección de las víctimas y del público en general”.<sup>666</sup> Es decir, se atiende a la prevención especial, a la general y a la protección de las víctimas de los delitos y a la posible nueva comisión de delitos contra estas, como puede ser la imposición de medidas de alejamiento de las víctimas<sup>667</sup>.

Se parte en la Decisión marco de unas medidas que coinciden en todos los ordenamientos penales de los Estados miembros, por los que son obligatorias, no obstante, pueden los Estados miembros establecer excepciones. Además los Estados miembros pueden ampliar las medidas que en sustitución, suspensión de penas y en cumplimiento de una libertad condicional están dispuestos a hacer cumplir en su territorio<sup>668</sup>. Estas medidas obligatorias están relacionadas con la conducta, con la residencia, la educación y la formación, las actividades de ocio y las limitaciones o modalidades del ejercicio de una actividad profesional. Como ejemplos en el mismo Considerando 10, se citan la obligación de abandonar el consumo de alcohol, obligación de cambiar de residencia por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, asistencia a cursos de seguridad vial, la cesación en la práctica de ciertos deportes, la búsqueda de un trabajo en un ámbito diferente al señalado en la resolución judicial, que es medida diferente de la inhabilitación profesional impuesta en sentencia. Acorde con los avances científicos, para el seguimiento y cumplimiento de las medidas<sup>669</sup>, se pueden utilizar dispositivos tecnológicos<sup>670</sup>. En cualquier caso, deben ser las legislaciones de los Estados miembros, las que dispongan la posibilidad de aplicar medios telemáticos para el cumplimiento de libertades condicionales y medidas en sustitución o suspensión de penas.

---

<sup>666</sup> En este Considerando 8 de la DM 947, se habla de la protección del “público en general”. Quizá la palabra público no es acertado, creemos que lo correcto sería el empleo de la palabra ciudadano, independientemente de que fueran ciudadanos de la UE, o ciudadanos de otros Estados, o el empleo de la palabra “sociedad”.

<sup>667</sup> Con respecto al fin de la pena se contraponen dos teorías, la absoluta y la relativa. Las teorías absolutas dan a la pena un mero carácter retributivo, se pena porque se ha cometido una infracción penal, porque se ha “pecado”. Para Kant era retribución por el mal del delito y, por el contrario, para Hegel, era una afirmación del Derecho que había sido negada por el delito. Las teorías relativas, estiman que la pena tiene un sentido de prevención para que no se cometan delitos, es una visión utilitaria de la pena. Se observan dentro de esta misma concepción, dos finalidades principales, contrapuestas y, a la vez, armonizadas: prevención general y prevención especial. La pugna entre, especialmente acusada en la actualidad, entre prevención especial y general, por las teorías de la “Nueva defensa social” de GRAMÁTICA o el “Proyecto Alternativo”, entiende MIR PUIG que “la prevención especial debe retroceder cuando resulte absolutamente incompatible con las necesidades generales de protección de la sociedad.”

Entiende QUINTANO, que la pena se impone por lo que se ha hecho, sin que se dé una eximente por la probabilidad de no volver a delinquir, así impera el carácter retributivo, aunque pueden confluír otros fines de la pena, como la prevención general y especial. Por ello, la Constitución Española en su art. 25, además de consagrar el principio de legalidad, indica que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social del delincuente; matizando el Tribunal Constitucional y la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que este precepto constitucional no establece que reeducación y reinserción social sea la única finalidad de la pena privativa de libertad (STC 303 y 780 de 1986 y 19 y 23 de 1988 y STS 81 de 1993). Vid. LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2004, págs. 324 y 235.

<sup>668</sup> Vid. Considerando 9 DM 947.

<sup>669</sup> Vid. Considerando 11 DM 947.

<sup>670</sup> La tecnología siempre que esté acorde con una eficaz y humana política penitenciaria, principios y fines de la pena, es positiva en el cumplimiento de sanciones penales. Debe evitarse siempre un control total con medios electrónicos del individuo.

Se entiende que los dispositivos telemáticos deben estar completados con la asistencia del personal de la Administración Penitenciaria, incluidos programas de reparación de daños a las víctimas, dado la sensación de impunidad que pueden dar este tipo de medidas y la propia necesidad de reparación del daño. *Continúa*

Se posibilita con la Decisión marco 2008/947/JAI que la sentencia condenatoria se transmita al Estado miembro en el que la persona resida de forma legal y habitual; o bien, al Estado miembro diferente al que reside la persona condenada, cuando esta, sin perder su derecho de residencia, tenga la intención de trasladarse a otro Estado miembro por haber conseguido en este un contrato de trabajo, si es familiar de una persona que reside de forma legal y habitual en dicho Estado miembro, o si se propone seguir unos estudios o una formación en dicho Estado miembro<sup>671</sup>. Se hace en el Considerando 17 una llamada de atención, como no podía ser menos en el ELSJ, a que el principio de territorialidad no sea un obstáculo excesivamente invocado para el reconocimiento y ejecución de sentencias y medidas. En el caso de que una de las medidas a aplicar por el Estado de ejecución, fuese la de trabajos en beneficio de la comunidad, se faculta a este a negarse si tienen una duración inferior a seis meses.

Especialmente preocupada aparece la Decisión marco 2008/947/JAI, con las garantías jurisdiccionales de los sometidos a medidas en aplicación de la norma<sup>672</sup>. Así, a diferencia de la Decisión marco 2008/909/JAI, que casi no hace mención a eventuales recursos jurisdiccionales, dejando toda su regulación a los Estados miembros, la Decisión marco 2008/947/JAI, prescribe que todos los Estados miembros han de garantizar que las personas condenadas objeto de las decisiones de esta norma, tengan la potestad de recurso legal según el Derecho nacional, sin que el hecho de que las autoridades competentes designadas para adoptar dichas decisiones en base a la Decisión marco 2008/947/JAI, sean o no autoridades judiciales. Asimismo, toda decisión ulterior relativa a una pena suspendida, una pena sustitutiva o una libertad condicional, en virtud de la cual, se imponga una pena u otra medida privativa de libertad, tienen que estar acordadas imperativamente por una autoridad judicial.

Con respecto al certificado, que deberá transmitirse junto con la sentencia, tiene su modelo en el anexo I. Destaca el Considerando 19 que el formulario del certificado está redactado de modo que contiene los elementos esenciales de la sentencia y, cuando sea procedente, de la resolución de “libertad vigilada”, debiéndose traducir a

---

De este modo un penado, que estando en libertad, sigue cumpliendo condena, y mantiene su actividad laboral retribuida, tiene mayores ingresos para pagar la responsabilidad civil procedente del delito.

Se favorece, de la misma manera, la humanización de los sistemas penales, pues se evita el ingreso o las estancias prolongadas en prisión, con los perjuicios para la persona que esto supone.

A la vez hay una reducción de los costes del cumplimiento de la pena de prisión y una reducción de la población penitenciaria. Se estima que un interno en España supone, como mínimo al Estado 52 euros; mientras que un brazalete electrónico tiene un coste de algo más de 4 euros.

En el ámbito de la violencia de género, el empleo de medios electrónicos, tiene dos consecuencias, el control del condenado, disminuyendo la posibilidad de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima y el apoyo a la víctima, ya que hace disminuir la posibilidad de victimización secundaria, ya que da la posibilidad de un mayor control de su eventual amenaza.

La gestión técnica de los dispositivos telemáticos, sin ningún problema de legalidad puede ser gestionado por sociedades privadas especializadas, no haciendo en ningún momento el Estado cesación de funciones en la encomiendas penitenciarias y de cumplimientos de pena que las normas españolas hacen a los Jueces y Tribunales y a la Administración Penitenciaria. No encontramos óbice, para que el condenado, si dispone de medios económicos cargue con el gasto de la aplicación de estos medios.

Siempre deben estar garantizados, al igual que en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, los derechos fundamentales de la persona condenada. Vid. OTERO GONZÁLEZ, P. *Control telemáticos de los Penados. Análisis jurídico, económico y social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

<sup>671</sup> Vid. Considerandos 13 y 14 DM 947.

<sup>672</sup> Vid. Considerandos 21 y 22 de la DM 947.

la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución. Este certificado, está configurado de tal forma que ayude a las autoridades competentes del Estado de ejecución en la adopción de decisiones en aplicación o en el contexto de la Decisión marco 2008/947/JAI, como resoluciones de reconocimiento y vigilancia de medidas de “libertad vigilada” y penas sustitutivas, su adaptación al Derecho nacional y las decisiones ulteriores que sean procedentes en caso de incumplimiento de medidas. Es decir, como posteriormente veremos, no hay obligación de traducir la sentencia, sino de enviar traducido a idioma oficial del Estado miembro de ejecución el certificado anexo.

Entendemos que la posibilidad de traducción de las sentencias a todos los idiomas oficiales de la UE puede suponer un retraso para la transmisión de esta, por ello las distintas autoridades han de estar muy atentas a que el certificado sea lo suficientemente completo como para no necesitar la traducción de la sentencia. En la propia norma, se indica que se transmitirá la sentencia, junto con el certificado, pero parece que sólo es obligatoria la traducción del certificado; aunque esta siempre se ha de remitir, quizá para que por parte del Estado de ejecución, si le es necesario, hacer una traducción oficial o no en el cumplimiento de las medidas. En la Decisión marco 2008/909/JAI se da la posibilidad de que el Estado de ejecución, en caso del traslado de personas condenadas, requiera al de emisión a la traducción oficial de la sentencia, caso que no se da en la Decisión marco 2008/947/JAI. En cualquier caso, la idea de la norma es que se produzca un contacto directo entre autoridades competentes, sean judiciales o administrativas<sup>673</sup>.

Los **datos de carácter personal**, serán tratados conforme al Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981<sup>674</sup>. Es una remisión innecesaria desde el punto de vista de la aplicación del mencionado texto, ya que aunque no se hubiere hecho referencia a este, hubiera sido igualmente de aplicación, pero tiene un significado de atención y, ya que la UE tiene una especial preocupación en esta materia<sup>675</sup>. Igualmente es de aplicación la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal y el desarrollo que efectúe los Estados miembros de la misma ya que esta se aplica a los datos recogidos o tratados por las autoridades competentes para la prevención, la investigación, la

<sup>673</sup> Vid. Considerando 20.

<sup>674</sup> Ratificado por España el 27 de enero de 1984 (BOE de 15 de noviembre de 1985). Mediante este Convenio se prescriben unos principios para la protección de datos de los individuos y el tratamiento automatizado de los mismos y se establece un Comité Consultivo para la mejora de estos. Los principios fundamentales sobre los que se basa son: principios finalistas (pertinencia de datos, no utilización abusiva, derecho del olvido); principio de lealtad; principio de exactitud; principio de publicidad; principio de acceso individual y principio de seguridad. Las partes firmantes se comprometen a articular un eficaz sistema de recursos y sanciones para la protección y vigor de los principios.

El desarrollo de la técnica y la evolución de la sociedad, hacen necesarios nuevos instrumentos jurídicos para la protección del tratamiento de datos de carácter personal. Vid. REBOLLO DELGADO, L. *Vida Privada y Protección de Datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 2008.

<sup>675</sup> La directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, no se aplica al tratamiento de datos personales efectuado en el ejercicio de actividades no comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, como las contempladas en el título VI del Tratado de la Unión Europea (antiguo Tercer Pilar comunitario), ni, en ningún caso, a las operaciones de tratamiento de datos relacionadas con la seguridad pública, la defensa, la seguridad del Estado o las actuaciones del Estado en materia penal.

detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de sanciones penales<sup>676</sup>. Aunque ambas Decisiones marco son de 27 de noviembre de 2008, la 947 se publica en el DOUE el 16 de junio de 2008. Y no es hasta el 30 de diciembre de 2008, cuando se publica la 977, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal<sup>677</sup>.

Esta Decisión marco 2008/947/JAI, va a jugar un papel destacado en el *Espacio Penitenciario Europeo*, ya que coadyuvará a una eficaz y legal aplicación de los principios que deban imperar en esta importante materia relativa a la protección de datos de carácter personal de personas que cumplen condenas penales. La aprobación de la norma se hace en base al principio de subsidiariedad<sup>678</sup>, condicionado por el de proporcionalidad<sup>679</sup>.

## 5.1. Precisiones terminológicas

El título de la Decisión marco es fácil que nos conduzca a error por lo enrevesado del enunciado (“*sentencias y resoluciones de libertad vigilada de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas*”) y por la imprecisión técnica de la expresión “libertad vigilada”<sup>680</sup>, que no tiene el significado de la figura recientemente introducida en el Código Penal español en el art. 106, también denominada por el legislador libertad vigilada<sup>681</sup>, y penas sustitutivas. Tanto la versión alemana, como la inglesa hacen referencia a resoluciones de sometimiento a prueba para la supervisión de

---

<sup>676</sup> Vid. *supra*.

<sup>677</sup> En esta se determina que la legislación en el ámbito del ELSJ de la Unión Europea debe mejorar la cooperación policial y judicial en materia penal en cuanto a su eficacia y a su legitimidad y respeto de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. La existencia de normas comunes para el tratamiento y la protección de los datos personales tratados con el fin de prevenir y luchar contra la delincuencia contribuye a la consecución de ambos objetivos. Es necesario especificar los objetivos de la protección de datos en el marco de las actuaciones policiales y judiciales y establecer normas sobre la legalidad del tratamiento de datos personales, con el fin de garantizar que toda información que pueda intercambiarse se ha tratado lícitamente y de conformidad con los principios fundamentales relacionados con la calidad de los datos. Al mismo tiempo, no deben verse comprometidas en modo alguno las actuaciones legítimas de las autoridades policiales, aduaneras, judiciales y demás autoridades competentes.

<sup>678</sup> En aplicación de este principio, los ámbitos que no sean de competencia exclusiva, la UE podrá actuar sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción que se pretende no pudieran ser alcanzados de forma adecuada por los Estados miembros, lográndose mejor, por la dimensión y los efectos de la acción que se pretende, a escala de la UE (art. 5.3 TUE). Es un elemento configurador de la actuación de la UE.

<sup>679</sup> El contenido y la forma de la acción de la Unión Europea, no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos establecidos en los Tratados (art. 5.4 TUE).

<sup>680</sup> La Decisión marco 947, en el art. 2 dedicado a las definiciones, indica que resolución de libertad vigilada es una sentencia firme de un órgano judicial o una resolución firme de una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada sobre la base de tal sentencia, a) que conceda una libertad condicional, o b) que imponga medidas de libertad vigilada. Y las medidas de libertad vigilada son, las obligaciones impuestas e instrucciones dictadas por una autoridad competente a una persona física de conformidad con el Derecho nacional del Estado de emisión en relación con una pena suspendida, una condena condicional o una libertad condicional.

<sup>681</sup> La libertad vigilada, según la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 5 de 2010, es una medida de seguridad que el Tribunal impone, de manera facultativa o preceptiva, según la propia norma señala en cada caso, y cuyo contenido se concreta en una serie de limitaciones, obligaciones, prohibiciones o reglas de conducta, aplicables separada o conjuntamente, dentro de los márgenes de duración específicos que en su caso resulten de la parte especial del Código, tendentes no solo a la protección a las víctimas, sino también a la rehabilitación y la reinserción social del delincuente, objetivo que preside toda la reforma. Y que puede modificarse, ya en fase de ejecución, atendiendo a la evolución del sujeto y mediante un sencillo trámite que se caracteriza por un reforzamiento de la garantía de contradicción, que alcanza incluso a las víctimas que no sean parte en el proceso. *Continúa*

medidas probatorias y sanciones alternativas, que entendemos que es el verdadero contenido de la Decisión marco<sup>682</sup>. Asimismo, en el texto italiano, no se hace referencia alguna a la libertad vigilada, institución que se recoge en el Derecho Penal italiano, con similares características a como se ha regulado la figura introducida en España, para los adultos, en el Código Penal, por Ley Orgánica 5 de 2010. No alcanzamos a comprender el motivo por el que se utilizó la expresión “libertad vigilada”, “resolución de libertad vigilada” o “medida de libertad vigilada” en esta Decisión marco.

Igualmente, también hay poca claridad en la Decisión marco 2008/947/JAI, similar a lo que ocurre en el Derecho interno español, que mezcla penas privativas de derechos, medidas no privativas de libertad y cargas o condiciones en base a una suspensión condicional o sustitución de la pena de prisión, al asimilar penas sustitutivas de la privativa de libertad y cargas y tareas para quien se suspende o sustituye una pena o a quien se le decreta la libertad condicional<sup>683</sup>.

Para SANZ MORÁN<sup>684</sup>, la Decisión marco 2008/947/JAI, tiene como objetivo “garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones que, en relación con penas suspendidas, sustituidas o a la libertad condicional, en cuanto última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, impongan tareas o cargas que comporten un control o supervisión de quien se encuentra en alguna de las mencionadas situaciones, las cuales tienen en común el sometimiento a prueba de la conducta de aquel a quien se suspende o sustituye una pena, o que accede a la libertad condicional.” Asimismo, son necesarias las precisiones terminológicas en las definiciones que hace la Decisión marco en el art. 2<sup>685</sup>, que seguidamente desarrollamos.

## 5.2. Aplicación

La Decisión marco establece normas conforme a las cuales un Estado miembro, distinto de aquel en que la persona de que se trate hubiera sido condenado, reconocerá la sentencia y, si procede, la resolución de libertad vigilada y vigilará las medi-

---

Es aplicable no sólo cuando el pronóstico de peligrosidad del individuo se relaciona con estados patológicos que han determinado su inimputabilidad o semiinimputabilidad, sino también cuando la peligrosidad deriva del específico pronóstico del sujeto imputable en relación con la naturaleza del hecho cometido, siempre y cuando el propio legislador así lo haya previsto de manera expresa.

En estos casos, tal y como resulta del nuevo artículo 106.2, la medida no se establece, por obvias razones, con carácter alternativo a la pena de prisión o para su ejecución previa a ésta, sino que se impone en sentencia junto a la pena privativa de libertad para su ejecución posterior a la excarcelación, y se hará o no efectiva justamente en función de ese pronóstico de peligrosidad, formulado cuando se acerca dicho momento extintivo de la pena y reconsiderado después con cadencia como mínimo anual (artículo 98.1).

<sup>682</sup> Vid. SANZ MORÁN, A. J. “Reflexiones en torno a la idea de “Libertad Vigilada”, en ARANGÜENA FANE-GO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, pág. 294.

<sup>683</sup> SANZ MORÁN, A. J., op. cit., págs. 295 a 297.

<sup>684</sup> SANZ MORÁN, A. J., op. cit., pág. 295.

<sup>685</sup> De la misma forma en otros Convenios relativos al traslado de personas condenadas se dan definiciones en el propio texto legal, así encontramos el art. 1 del Convenio del Consejo de Europa sobre el Traslado de personas condenadas. En este se definen también con grave imprecisión terminológica “condena”, “sentencia”, “Estado de condena”, etc. MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: “El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas”, en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, pág. 85.

das de libertad vigilada impuestas, partiendo de una sentencia o de las penas sustitutivas contenidas en una sentencia, tomando todas las demás decisiones necesarias en relación con dicha sentencia, salvo que en base a esta Decisión marco se establezca otra cosa<sup>686</sup>.

La norma será de aplicación<sup>687</sup> al reconocimiento de sentencias y, si procede, de resoluciones de libertad vigilada; a la transferencia de la responsabilidad de la vigilancia de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas y a todas la demás decisiones contempladas en los dos apartados anteriores. Por el contrario, no es aplicación a la ejecución de sentencias penales por las que se impongan penas privativas de libertad o medidas de privación de libertad, para las que sean de aplicación la Decisión marco 2008/909/JAI. Tampoco al reconocimiento y ejecución de sanciones pecuniarias y resoluciones de decomiso, para las que sean de aplicación la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias<sup>688</sup>, y de la Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.<sup>689</sup>

Se marcan como objetivos<sup>690</sup>: la consecución, o al menos la ayuda, a la reinserción social del condenado; la protección de las víctimas y de la sociedad en general; y la aplicación de medidas de libertad vigilada y de penas sustitutivas de personas condenadas, que no vivan en el Estado de condena. Para facilitar la aplicación de la norma, como es frecuente en las Decisiones marco, a la manera de las normas anglosajonas, se dan una serie de definiciones<sup>691</sup>, muy apropiadas en este caso, pero que no contribuyen de forma definitiva, como hemos indicado, al esclarecimiento de la materia en cuestión, aunque sí tienen la virtud de fijar su contenido.

El Estado de emisión es el Estado miembro en el que se ha dictado una sentencia en el sentido de la Decisión marco 2008/947/JAI. Siendo el Estado de ejecución el Estado miembro en el que se procede a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas a raíz de una decisión adoptada conforme al art. 8 de la Decisión marco 2008/947/JAI. Se entenderá por sentencia la resolución u orden firme de un órgano judicial del Estado de emisión, en virtud de la cual, se condena por la comisión de una infracción penal y se le impone<sup>692</sup>: una pena privativa de libertad o cualquier medida privativa de libertad, si se ha puesto en libertad condicional, durante el cumplimiento de la sentencia o mediante una resolución posterior de libertad vigilada; una pena suspendida; una condena condicional; o bien, una pena sustitutiva.

---

<sup>686</sup> Vid. art. 1.1 DM 947 de 2008.

<sup>687</sup> Vid. art. 1.2 DM 947 de 2008.

<sup>688</sup> DO L 76 de 22.3.2005, p. 16.

<sup>689</sup> DO L 328 de 24.11.2006, p. 59.

<sup>690</sup> Vid. art. 1.1 DM 947.

<sup>691</sup> Vid. art. 2 DM 947 de 2008.

<sup>692</sup> Las desventajas que suponen las penas privativas de libertad, así como el cuestionamiento de que las prisión haga una verdadera labor resocializadora, ha hecho que este sea criticada, incluso se ha pedido su completa desaparición, lo que a nuestro juicio, por el momento y desgraciadamente, no es posible.

Una de las formas de atenuar la exagerada aplicación de la pena de prisión, son las penas alternativas, en las que se incluyen a la sustitución y la suspensión de condenas. Vid. NISTAL BURÓN, J y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Manual de Derecho Penitenciario*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2011, pág. 83.

Seguidamente, en la misma disposición, se dan definiciones de estas resoluciones incluidas en la definición de condena. Así con respecto a la pena suspendida<sup>693</sup>, en España podría incluir la sustitución y la suspensión de condena, aunque para darle coherencia al *ecosistema* de la Decisión marco 2008/947/JAI, entendemos que se refiere a la suspensión de condena: es cualquier pena privativa de libertad cuya ejecución se suspende de forma condicional, en su totalidad o en parte, al dictarse sentencia, al pronunciarse una sentencia, imponiendo uno a más medidas de libertad vigilada; que pueden establecerse en la propia sentencia o indicarse en una resolución de libertad vigilada aparte dictada por autoridad competente. Cuando la norma habla de condena condicional<sup>694</sup>, entendemos que se hace referencia a la institución de la sustitución de condenas. Sería la sentencia en virtud de la cual se difiere<sup>695</sup> de forma condicional, la imposición de una pena imponiendo una o más medidas de libertad vigilada, o en la que se imponen medidas de libertad vigilada en lugar de una pena privativa de libertad o una medida privativa de libertad. Pudiéndose incluir la medida de libertad vigilada en la propia sentencia, o bien, determinarse en una resolución de libertad vigilada aparte dictada por una autoridad competente<sup>696</sup>.

Una pena sustitutiva<sup>697</sup> se impone en sustitución de una condena condicional, junto con medidas de libertad vigilada: es la pena que no constituye ni una pena privativa de libertad, ni una medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria y que impone al condenado una obligación o instrucción. La libertad condicional<sup>698</sup> es una resolución firme, dictada por una autoridad competente o basada en el Derecho nacional, sobre la liberación anticipada de una persona condenada tras el cumplimiento de parte de la pena privativa de libertad u otra cualquier medida privativa de libertad, en virtud de la imposición de una o más medidas de libertad vigilada. Una resolución de libertad vigilada<sup>699</sup> es una sentencia firme de un órgano judicial o una resolución firme de una autoridad competente del Estado de emisión, adoptada sobre la base de tal sentencia, a) que conceda una libertad condicional, o bien, b) que imponga medidas de libertad vigilada, que puede ser tanto en el caso de una pena suspendida (suspensión), como para una condena condicional (sustitución). Medidas de libertad vigilada<sup>700</sup> serían las obligaciones

<sup>693</sup> Vid. art. 2.2 DM.

<sup>694</sup> Vid. art. 2.3 DM.

<sup>695</sup> Según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia española, *diferir*, significa aplazar la ejecución de un acto.

En España podría entenderse como la sustitución de condena, pero el empleo de la expresión “diferir, de forma condicional, la imposición de una pena” genera dudas acerca de si efectivamente es una sustitución. También se podría estar haciendo referencia, aunque sería una interpretación forzada, a una vía que impide la entrada de un asunto en el sistema judicial penal, o mejor dicho, se anticipa a la imposición de una pena de prisión. Así la autoridad competente de la investigación del delito y de la imposición de la sanción, subordina a la no continuación del procedimiento al cumplimiento de ciertas condiciones. También se puede incluir aquí medidas de mediación o restaurativas.

Por el momento, en España, estas vías prejudiciales de resolución de contenciosos penales no son posibles, pues el Ministerio Fiscal, sujeto al principio de legalidad tiene la obligación de ejercer la acusación, no habiéndose instaurado en España, por el momento, el principio de oportunidad

<sup>696</sup> Vid. CID MOLINÉ, J. “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, en ARANGÜENA FANEGO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 267 a 288.

<sup>697</sup> Vid. art. 2.4.

<sup>698</sup> Vid. art. 2.6.

<sup>699</sup> Vid. art. 2.5.

<sup>700</sup> Vid. art. 2.7.

impuestas e instrucciones dictadas por una autoridad competente a una persona física de conformidad con el Derecho nacional del Estado de emisión, en relación con una pena suspendida una condena condicional o una libertad condicional.

Hemos de destacar lo farragoso de las definiciones, no exentas de dificultades para encuadrar las respectivas figuras en el Derecho español. A nuestro juicio las definiciones del art. 2 no aportan nada, todo lo contrario, contribuyen a la confusión de una materia ya de por sí mal enfocada y poco clara por el legislador español<sup>701</sup> de las medidas alternativas a la prisión. No se ha de intentar encontrar una equivalencia perfecta con los conceptos dados en el precepto y del Derecho español, sino principalmente tener presente que la Decisión marco 2008/947/JAI, tiene como ámbito de aplicación y objetivo, como ha destacado SANZ MORÁN, el de “garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones que, en relación con penas suspendidas, sustituidas o a la libertad condicional, en cuanto última fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad, impongan tareas o cargas que comporten un control o supervisión de quien se encuentra en alguna de las mencionadas situaciones, las cuales tienen en común el sometimiento a prueba de la conducta de aquel a quien se suspende o sustituye una pena, o que accede a la libertad condicional.”<sup>702</sup>

### 5.3. Autoridades competentes

Serán, tanto cuando actúe como Estado de emisión, como cuando la haga como Estado de ejecución, las que cada Estado miembro comunique a la Secretaría General del Consejo, de acuerdo con su legislación nacional<sup>703</sup>. Estas autoridades pueden ser judiciales o no, según lo prescrito por los ordenamientos internos de los Estados miembros. Pero para no ser autoridad judicial la designada por los Estados miembros, la propia Decisión marco 2008/947/JAI, algo que hubiera sido de agradecer que también se indicara en la Decisión marco 2008/909/JAI<sup>704</sup>, tienen que cumplirse una condición. La exigencia es que sea posible, en aplicación del ordenamiento interno de los Estados miembros, que una autoridad no judicial, adopte resoluciones en el contexto

---

<sup>701</sup> Piénsese, por ejemplo, en la confusión entre suspensión y sustitución de condenas, o en la naturaleza de las medidas o condiciones para la suspensión, que unas veces son tales, como en el art. 83 CP, pero otras son medidas de seguridad no privativas de libertad del art. 96.3 CP, o sustitución y las penas sustitutivas.

SANZ MORÁN, op. cit. pág. 295, critica la equiparación, que hace el art. 4.1 DM 947, entre penas sustitutivas de la pena privativa de libertad, que sólo se pueden imponer en sustitución de otras penas, y las cargas o tareas, que anexas control de la conducta, impuesta a quien se le suspende o sustituye una pena, o se le concede la libertad condicional.

<sup>702</sup> Tampoco nos parece satisfactoria la traducción italiana de los que en la versión española de la DM 947, se ha denominado libertad vigilada, habla este texto, en los apartados 5 y 7, de “decisione di sospensione condizionale” y de “misure di sospensione condizionale”, que lo podemos traducir como “decisión de suspensión condicional” y como “medidas de suspensión condicional”. Términos que estimamos incorrectos, ya que no es una suspensión condicional siempre, sino que se puede tratar de una suspensión de condena, de una sustitución o de una libertad condicional.

<sup>703</sup> Vid. art. 3.1.

<sup>704</sup> Artículo 2 Designación de las autoridades competentes.

1. Cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo qué autoridad o autoridades, con arreglo a su legislación nacional, son competentes de conformidad con la presente Decisión marco, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución.

2. La Secretaría General del Consejo pondrá a disposición de todos los Estados miembros y de la Comisión la información recibida.

de la Decisión marco 2008/947/JAI, es decir, para la sustitución, la suspensión o la libertad condicional.

De tratarse de las decisiones previstas en las letras b) o c), del apartado 1 del art. 14, si la autoridad designada no es judicial, los Estados miembros están obligados a articular la forma de que la decisión sea revisada, si lo insta el interesado, por una autoridad judicial u otro órgano independiente de características similares a las de un órgano judicial<sup>705</sup>. En estas dos decisiones, a saber, son decisiones ulteriores por la autoridad competente del Estado de emisión, referentes a la pena suspendida, la libertad condicional, la condena condicional o la pena sustitutiva, si la persona condenada comete una nueva infracción penal, si se opta (apartado b) por la revocación de la ejecución de la suspensión de la sentencia o de la resolución de la puesta en libertad condicional y (apartado c), si se impone una pena privativa de libertad o medidas de privación de libertad en caso de una pena sustitutiva o de una condena condicional.

En España se ha de significar, que la Constitución es especialmente garantista en la materia, así prescribe que la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente, implique privación de libertad<sup>706</sup>. Con el objeto de facilitar la aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI, la Secretaría General del Consejo, facilitará la información recibida en base a este art. 3, a todos los Estados miembros y a la Comisión<sup>707</sup>.

#### 5.4. Medidas, obligaciones e “instrucciones”

Bajo la rúbrica del art. 4 de la Decisión marco 2008/947/JAI, se incluyen medidas de libertad vigilada, es decir, obligaciones e instrucciones impuestas o dictadas, de conformidad con el Derecho nacional del Estado de emisión en relación a una pena suspendida, una condena condicional o una libertad condicional y penas sustitutivas, que igualmente pueden ser obligaciones o instrucciones. Ya hemos visto lo criticable de esta equiparación entre condiciones propias de la libertad condicional y de la suspensión y la sustitución de condenas, con las penas sustitutivas.

El elenco que efectúa el apartado 1 del art. 4 de la Decisión marco 2008/947/JAI, es obligatorio para todos los Estados miembros. Es decir, estos están compelidos a, en caso de reconocimiento, tener que hacerlos cumplir como Estado de ejecución. Así el apartado 2, completa el precepto indicando que, los Estados miembros notificarán

---

<sup>705</sup> Vid. art. 3.3.

Este artículo parece ir acorde con el Considerando 21 de la DM 947 que indica que todos los Estados miembros deben garantizar que las personas condenadas objeto de las decisiones contempladas por la presente Decisión marco disfrutan de una serie de derechos y posibilidades de recurso legal con arreglo al Derecho nacional, independientemente de que las autoridades competentes designadas para adoptar dichas decisiones en virtud de la presente Decisión marco tengan carácter judicial o no judicial.

Pero puede separarse, al dar la posibilidad de que sea una autoridad no judicial, aunque de similares características a las de un órgano no judicial, de lo indicado en el Considerando 22, que señala que todas las decisiones ulteriores en relación con una pena suspendida, una condena condicional o una pena sustitutiva cuya consecuencia sea la imposición de una pena u otra medida privativa de libertad deben ser adoptadas por una autoridad judicial.

<sup>706</sup> Vid. art. 25.3 Constitución Española.

<sup>707</sup> Vid. apartado 4 del art. 3.

a la Secretaría General del Consejo las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas que, además de las obligatorias del apartado 1, cuya vigilancia están dispuestos a asumir. Esta declaración se hará al transponer la Decisión marco a su ordenamiento interno. A su vez la Secretaría General del Consejo, podrá a disposición de los Estados miembros y de la Comisión esta información.

Entre estas medidas obligatorias para los Estados miembros, no se hace referencia a la **multa**, pena arquetípica en el caso de sustitución de penas privativas de libertad<sup>708</sup>. Aunque entendemos que esta omisión no represente un problema o laguna en el *Espacio Penitenciario Europeo*, ya que sería de aplicación, como una pena impuesta directamente en el mismo fallo condenatorio, o bien como sanción aplicada como sustitución de una pena privativa de libertad, la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005<sup>709</sup>, relativa al principio de aplicación de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias. Así conforme a esta Decisión marco 2005/214/JAI<sup>710</sup> y las leyes de transposición en los distintos Estados miembros, podrá transmitirse una resolución, junto con un certificado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4, a las autoridades competentes de un Estado miembro en el que la persona física o jurídica contra la que se haya dictado resolución posea propiedades, obtenga ingresos o tenga la residencia habitual o, en el caso de una persona jurídica, esté ubicada su sede.

En la propia norma, se indica que se entiende<sup>711</sup>, entre otras, como sanción pecuniaria, la obligación de pagar una cantidad de dinero, en virtud de una condena por una infracción, impuesta mediante una resolución<sup>712</sup>. Puede, incluso, acordarse pena de prisión u otra pena alternativa, como medida sustitutoria, en caso de no percepción de la sanción pecuniaria<sup>713</sup>. Así, cuando no sea posible ejecutar una resolución, total o parcialmente, el Estado de ejecución podrá aplicar sanciones alternativas, incluidas las de privación de libertad, si su legislación así lo estipula en los casos en que el Estado de emisión haya previsto la aplicación de dichas sanciones alternativas en el certificado al que se hace referencia en el artículo 4 de la Decisión marco

---

<sup>708</sup> SANZ MORÁN, op. cit., pág. 296.

<sup>709</sup> Desarrollada en el Derecho español por la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniaria y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias (BOE No 293 de 5.12.2008).

<sup>710</sup> Vid. art. 4.1 DM 214.

<sup>711</sup> Vid. art. 1 b) i) DM 214.

<sup>712</sup> A los efectos de la DM 214, se entiende por “resolución”, una resolución firme por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona física o jurídica cuando dicha resolución emane:

i) de un órgano jurisdiccional del Estado de emisión respecto de una infracción penal contemplada en la legislación del Estado de emisión,

ii) de una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano jurisdiccional respecto de una infracción penal contemplada en la legislación del Estado de emisión, siempre que la persona interesada tenga la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales,

iii) de una autoridad del Estado de emisión distinta de un órgano jurisdiccional respecto de hechos punibles con arreglo al Derecho nacional del Estado de emisión por constituir infracción a normas legales, siempre que la persona afectada haya tenido la oportunidad de que su caso sea juzgado por un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales,

iv) de un órgano jurisdiccional que tenga competencia, en particular, en asuntos penales, siempre que la resolución se dicte conforme a una resolución correspondiente a lo establecido en el inciso iii).

<sup>713</sup> Vid. art. 10 DM 214.

2005/214/JAI. La severidad de la sanción alternativa se dictaminará con arreglo a la legislación del Estado de ejecución, pero no excederá del nivel máximo estipulado en el certificado transmitido por el Estado de emisión<sup>714</sup>.

Las **medidas obligatorias** son la obligación de la persona condenada de comunicar a una autoridad específica todo cambio de domicilio o lugar de trabajo; obligación de no entrar en determinadas localidades, lugares, o zonas definidas del Estado de emisión o del Estado de ejecución; imposición de limitaciones respecto a la salida del territorio del Estado de ejecución; requerimientos relativos a la conducta, la residencia, la educación y la formación o las actividades de ocio, o que establezcan límites al ejercicio de una actividad profesional o determinen modalidades de tal ejercicio<sup>715</sup>; obligación de presentarse en determinadas fechas ante una autoridad específica; obligación de evitar todo el contacto con personas específicas; obligación de evitar todo el contacto con objetos específicos que la persona condenada ha utilizado o podría utilizar para cometer infracciones penales; obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación<sup>716</sup>.

Extraña que no se haga mención alguna a la imposibilidad del condenado de hacer frente a estas responsabilidades económicas, por ejemplo a causa de la insolvencia probada del reo. También pueden exigirse la satisfacción de responsabilidades civiles en el *Espacio Penitenciario Europeo*, en aplicación de la Decisión marco 2005/214/JAI<sup>717</sup>, relativa al principio de aplicación de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y las normas de transposición de los Estados miembros que han hecho de la misma. En España, toda persona criminalmente responsable por un delito, lo es asimismo, civilmente, si del hecho se derivaran daños o perjuicios, ya que la ejecución de un hecho previsto en la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios causados<sup>718</sup>. La responsabilidad civil comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La mejora de la situación penitenciaria de los internos en prisiones españolas, puede estar condicionada a la satisfacción de las indemnizaciones provenientes de sus actividades delictivas<sup>719</sup>, ya que la clasificación o progresión al tercer grado de

<sup>714</sup> Cfr. 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. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 303 a 348.

<sup>715</sup> SANZ MORÁN, op. cit. pág. 297, indica que es difícil la concreción de eventuales limitaciones al “ejercicio de una actividad profesional” en el Derecho español, en el que, indica este autor, no es ni una pena sustitutiva, ni una carga o tarea en las instituciones probatorias.

Entendemos que esta limitación al ejercicio de una actividad profesional, podría encuadrarse, para el caso de la libertad condicional, en la regla 1ª, del art.96.3 del CP, es decir, como inhabilitación profesional.

<sup>716</sup> SANZ MORÁN, op. cit. pág. 296, indica que esta regla parece hacer referencia a la responsabilidad civil derivada del delito, que no es ni una pena sustitutiva, ni una medida de vigilancia. Destacando que la suspensión condicional de la pena o la progresión de grado penitenciario, se supedita a la satisfacción de la responsabilidad civil.

<sup>717</sup> Desarrollada en el Derecho español por la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniaria y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias (BOE No 293 de 5.12.2008).

<sup>718</sup> Cfr. arts. 109 y siguientes del CP.

<sup>719</sup> Vid. art. 72.5 LOGP.

tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas; delitos contra los derechos de los trabajadores. Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social; delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal. En caso de suspensión condicional de la pena, la concesión de esta, se supedita a que se hubieran satisfecho las responsabilidades civiles causadas, salvo que el condenado no pueda hacer frente a las mismas<sup>720</sup>. También se tiene presente el esfuerzo para reparar el daño causado, para conceder o no la sustitución de condena<sup>721</sup>.

Finalmente, como medidas se citan la obligación de realizar trabajos en beneficio de la comunidad, obligación de cooperar con un agente de vigilancia o con un representante de un servicio social que tenga responsabilidades respecto de la persona condenada y la obligación de someterse a tratamiento terapéutico o a tratamiento de deshabitación<sup>722</sup>. A diferencia del Código Penal español, la Decisión marco 2008/947/JAI, no establece en qué consiste cada medida concreta del art. 4. En el Derecho español, en el caso de la suspensión de la condena, art. 80 del CP, las medidas que pueden imponerse, en caso de que la pena suspendida fuese de prisión, y si se estima necesario, son las del art. 83 CP, además, naturalmente, de la obligación de no delinquir. Para la sustitución de condena del art. 88 CP, como pena sustitutiva se pueden imponer multa, trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente. Como medidas, en la sustitución pueden imponerse, igualmente, las del art. 83 CP<sup>723</sup>. Tanto la suspensión, como la sustitución es decretada por el Juez o Tribunal sentenciador. Por el contrario, la libertad condicional, es aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria<sup>724</sup>. La libertad condicional, de los arts. 90 y siguientes del CP,

---

<sup>720</sup> Vid. art. 81.3 CP.

<sup>721</sup> Vid. art. 88.1 CP.

<sup>722</sup> SANZ MORÁN, op. cit. pág. 297, destaca las dudas de éxito de un tratamiento médico impuesto de forma coercitiva.

<sup>723</sup> El art. 88 CP, establece un régimen especial en el caso de que el condenado hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género.

<sup>724</sup> Cfr. art. 80, 88 y 90 del CP.

da la posibilidad que se impongan, al decretarse esta, una o varias de las medidas previstas tanto en el art. 83, como en el art. 96.3 CP.

Así las obligaciones o deberes<sup>725</sup> que pueden imponerse en caso de suspensión, sustitución o libertad condicional son<sup>726</sup>: a) Prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos. b) Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida. c) Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que estos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas. d) Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de animales y otros similares. e) Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si se tratan de delitos relacionados con la violencia de género, se condicionará siempre la suspensión al cumplimiento de las obligaciones indicadas en los puntos 1, 2 y 5 del art. 83 del CP. Además, en caso de libertad condicional, puede también imponerse medidas y obligaciones propias de las medidas de seguridad no privativas de libertad<sup>727</sup>. f) Inhabilitación profesional<sup>728</sup>. g) Expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente, en aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI, entendemos que no será de aplicación esta medida. h) Libertad vigilada<sup>729</sup>, recientemente introducida esta institución en el ordenamiento penal español por LO 5 de 2010, tiene naturaleza jurídica de medida de seguridad no privativa de libertad<sup>730</sup>. Serán impuestas por el Juez o Tribunal en la sentencia para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta, siempre que así lo disponga de manera expresa este Código<sup>731</sup>. Consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las medidas del art. 106.1 del Código Penal, análogas a las del art. 83 y al 96.3. i) Custodia familiar. j) Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores<sup>732</sup>. k) Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

<sup>725</sup> Vid. art. 83 CP.

<sup>726</sup> El Juez o Tribunal sentenciador será informado, como mínimo cada tres meses sobre el cumplimiento de estas reglas de conducta.

<sup>727</sup> Cfr. arts. 90.2 y 96.3 del CP.

<sup>728</sup> Vid. art. 45 CP

<sup>729</sup> Vid. arts. 105 y 106 del CP.

<sup>730</sup> Hemos de advertir nuevamente, que la expresión libertad vigilada, en este caso no tiene el mismo significado que el el título y el articulado que el empleado en la Decisión marco 947 de 2008.

<sup>731</sup> El art. 23 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de la penas privativas de libertad y sustitución de penas, establece que en los supuestos en que se haya impuesto al penado la medida de libertad vigilada de cumplimiento posterior a una pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria, antes de finalizar el cumplimiento de la pena privativa de libertad y a solicitud del Juez de Vigilancia Penitenciaria, elevará a éste un informe técnico sobre la evolución del penado, a los efectos previstos en el artículo 106, párrafo 2, del Código Penal. El referido informe será elaborado por la Junta de Tratamiento, u órgano autonómico equivalente, del Centro Penitenciario en el que el penado se encuentre cumpliendo condena, o del que esté adscrito si se encuentra en libertad condicional.

<sup>732</sup> Vid. art. 47 del CP.

## 5.5. Medidas alternativas a la prisión en Europa y España

La política criminal europea en materia de penas, tiene su punto de partida en la creación del Consejo de Europa en 1949 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950. Con instrumentos tales como Resoluciones de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>733</sup> y los Informes del Comité para la Prevención de la Tortura tras la visita a centros penitenciarios<sup>734</sup>. Con el desarrollo del ELSJ, la Unión Europea toma conciencia de la necesidad de actuar en el ámbito de las penas sustitutivas, condenas condicionales y la libertad condicional, para facilitar su cumplimiento en Estados miembros distintos de en los que se ha dictado la resolución judicial en cuestión. Por ello, se aprueban Decisiones marco tales como las relativas al reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (Decisión marco 2008/947/JAI), la relativa a pena de prisión (Decisión marco 2008/909/JAI), la relativa a sanciones alternativas a la prisión (Decisión marco 2008/947/JAI) y la relativa medidas alternativas a la prisión preventiva (Decisión marco 2009/829/JAI).

Todas estas normas y disposiciones de las instituciones y comités europeos, son capitales para la conformación del *Espacio Penitenciario Europeo*. Se parte de la necesidad de humanizar el sistema de penas, intentando recurrir a la pena de prisión lo menos posible, aunque parece, como queda demostrado por las reformas penales de los últimos veinte años en los códigos penales europeos, que cada vez nos alejamos más de este objetivo. De la misma forma se pretende facilitar el cumplimiento de las sanciones penales en los Estados miembros donde el condenado tenga más arraigo o donde menos le perjudique.

El sistema penológico en Europa debería responder a la idea de que la prisión fuera el último recurso<sup>735</sup> y que la imposición de una de las denominadas penas alternativas a la prisión, fuera la respuesta normal a la comisión de un delito<sup>736</sup>. El Consejo de Europa destaca los efectos negativos, para la persona y su familia, del encarcelamiento (Recomendación de 30 de septiembre de 1999); la inhabilidad de la pena privativa de libertad de lograr la reinserción social del delincuente; las consecuencias perjudiciales para los derechos humanos de la persona en caso, como los actuales, de masificación y el coste del mantenimiento del sistema penitenciario (Recomendación de 30 de septiembre de 2003)<sup>737</sup>.

Una significativa proporción de la población penitenciaria está en situación de preso, preventivo. En España se pretende que la prisión provisional sólo se adopte

<sup>733</sup> El Comité de Ministros del Consejo de Europa tiene un órgano técnico encargado especialmente de esta materia, es el Comité Europeo en Problemas Criminales y el Consejo para la Cooperación Penológica.

<sup>734</sup> Vid. CID MOLINÉ, J. "La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse", en ARANGÜENA FANEGO, C. y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 267 a 288.

<sup>735</sup> Este deseo, estimamos, que por el momento no es realizable, la pena de prisión es un mal necesario al que parece que la sociedad no puede renunciar, para asegurar la convivencia en unos parámetros razonables. Aunque, a la vez, entendemos que el recurso a la pena de prisión no está justificado por los niveles de delincuencia en Estados como España, que tiene uno de los índices de población penitenciaria más altos de Europa.

<sup>736</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., pág. 270.

<sup>737</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit. págs., 273 y 274.

cuando objetivamente sea necesaria y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional<sup>738</sup>. No obstante, la legislación debe dar a la autoridad judicial que debe tomar la difícil decisión de encarcelar, de forma provisional, a una persona que aún no ha sido juzgado, pero respecto de la que concurren unas circunstancias de las que se pueden derivar graves consecuencias, como la fuga, la comisión de nuevos delitos, la alteración de pruebas, alternativas para decretar la prisión preventiva sólo en los casos verdaderamente necesarios<sup>739</sup>. Entre estas medidas alternativas, podemos destacar la nueva posibilidad que brinda la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional<sup>740</sup>.

En cuanto a la *Probation* se configura, en las Reglas Europeas de Probation<sup>741</sup>, como la pena alternativa a la prisión, consisten en la vigilancia, consejo, motivación, formación y ayuda en general, de un agente de la comunidad sobre una persona que ha cometido un hecho delictivo. En España no está muy desarrollada esta institución, especialmente para los reincidentes, salvo en el caso del art. 87 del Código Penal<sup>742</sup>. El servicio de *probation*, o servicio de ejecución de sanciones en la comunidad, según la mencionada Recomendación de 2010 del Consejo de Europa, tiene como misión la realización de informes pre-sanción para la autoridad judicial sobre los efectos del encarcelamiento en la persona y la eficacia de las penas alternativas. Tiene también encomendado, la ejecución y la valoración del cumplimiento de sanciones comunitarias alternativas, como los trabajos en beneficio de la comunidad, la libertad condicional, o la propia *probation*.

Asimismo, hay una implicación de los servicios de probation con las víctimas, fomentando la mediación penal, en los casos que sean procedentes y asistiéndolas<sup>743</sup>. Pero quizá la tarea más importante, desde el punto de vista de la prevención general, lo encontramos con la atención del servicio de probation con el propio delincente mediante la comprensión de la génesis de la actividad delictiva, las posibilidades de corrección de su conducta y consejos y ayudas para el aprovechamiento de las oportunidades que el sistema asistencia les puede prestar. En nuestro país, un equivalente al servicio de probation están integrado en la misma Administración Penitenciaria, con algo más autonomía en Cataluña, no estando bien definidas sus competencias<sup>744</sup>.

La última innovación legislativa que se ha hecho en España en esta materia, a raíz de la importante reforma del Código Penal, hecha por Ley Orgánica 5 de 2010, es el

<sup>738</sup> Art. 502.2 LECRIM.

<sup>739</sup> Vid. Recomendación del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 2006.

<sup>740</sup> DOUE de 11 de noviembre de 2011. L 294/20. Vid. supra.

<sup>741</sup> Vid. Recomendación del Consejo de Europa de 20 de enero de 2010.

<sup>742</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., pág. 276.

<sup>743</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., págs. 285 y 286.

<sup>744</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., pág. 286.

No obstante, entendemos que debemos destacar el esfuerzo de la actual Administración Penitenciaria española por la construcción de centros de cumplimiento en regímenes de semilibertad con algunas funciones propias de los servicios de probation.

Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, que deroga el Real Decreto 515 de 2005, que tenía análoga regulación. En este nuevo texto se definen a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas, como unidades administrativas multidisciplinares dependientes de la Administración penitenciaria que tienen encomendado la tarea de ejecución de las medidas y penas alternativas a la privación de libertad<sup>745</sup>. Es importante destacar en este punto la no obligatoriedad de informe presentencia<sup>746</sup>. El Consejo de Europa aconseja que los Jueces y Tribunales cuenten con un informe anterior a la imposición del tipo de condena sobre la persona contra la que se va a imponer una pena<sup>747</sup>. En España sólo se puede dar este informe, y con carácter facultativo, para suspender o sustituir una condena.

Con respecto a la libertad condicional, la Recomendación de 24 de septiembre de 2003, relativa a *conditional release (parole)*, destaca que ésta es uno de los medios más eficaces para prevenir la reincidencia y promover la reinserción social del delincuente<sup>748</sup>. Con CID MOLINÉ<sup>749</sup>, entendemos que las Recomendaciones del Consejo de Europa, son fundamentales para el reconocimiento de resoluciones judiciales en la UE. Estos textos configuran y han de ser tenidos muy presentes en el *Espacio Penitenciario Europeo*.

## 5.6. Regulación positiva en España

Se entiende en España, según ya se ha destacado, como mixta la ejecución penal, diferenciándose dos aspectos, ejecución y cumplimiento. La ejecución, en sentido estricto, es exclusiva del Poder Judicial; por el contrario, el cumplimiento de la pena privativa de libertad, corresponde a la Administración Penitenciaria, aunque siempre sujeta al control de los Jueces y Tribunales. Se parte de esta distinción del art. 117.3 de la Constitución española, que prescribe que esta exclusiva, de juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado, para los Jueces y Tribunales. A la vez, la Ley Orgánica General Penitenciaria, encarga a la Administración Penitenciaria, encarnada en Instituciones Penitenciarias, el cumplimiento, entre otras penas, la de prisión<sup>750</sup>.

### 5.6.1. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

Es un medio de no cumplir la pena de prisión impuesta en sentencia, una vez superado un período de prueba. En nuestro país no se sigue el sistema anglo-norteamericano, en el que se deja en suspenso el pronunciamiento de la sentencia, sino que una vez

---

<sup>745</sup> Vid. art. 2.4 del Real Decreto 840 de 2011.

<sup>746</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., pág. 278.

<sup>747</sup> Recomendación de 19 de octubre de 1992.

<sup>748</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., pág. 282.

<sup>749</sup> Vid. CID MOLINÉ, J., op. cit., págs. 287 y 288.

<sup>750</sup> Cfr. NISTAL BURÓN, J y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., op. cit., págs. 82 y 83.

dictada esta, desde la Ley de Condena Condicional de 1908, se deja en suspenso la condena impuesta. La actual regulación de esta institución que se hace en el Código Penal en los arts. 80 a 87 y el mencionado Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, no emplea la expresión “condena condicional”, como hace la DM 947 de 2008, y se refiere siempre a suspensión de condena.

Podrán, los Jueces o Tribunales sentenciadores, mediante resolución motivada<sup>751</sup>, suspender el cumplimiento de las penas privativas de libertad no superiores a dos años. Por error de hecho, por defectuosa observación de los elementos necesarios para la suspensión, cabe recurso de súplica, reforma y apelación. En caso de no concurrir este error de hecho, sólo es posible ejercitar recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>752</sup>. Se deberá tener presente la peligrosidad criminal del condenado. Por LO 5 de 2010, se introduce en este art. 80 CP, otro factor a tener presente, la existencia de otros procedimientos penales contra reo.

El plazo de suspensión es de 2 a 5 años, para las penas de prisión superiores a 2 años; y de 3 meses a 1 año, para las penas leves<sup>753</sup>. Este plazo se fija, por la autoridad judicial sentenciadora, tras la audiencia de las partes. Se deberá atender a las circunstancias personales del condenado, el hecho y la duración de la pena. La aplicación de una pena alternativa, no suspende la obligación de la satisfacción de la responsabilidad civil. Se podrá suspender cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, si el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo<sup>754</sup>.

También hay especificidades en la regulación del CP español, art. 87, para el caso de dependientes de drogas, alcohol y otras sustancias con efectos análogos. En este supuesto, el legislador consciente de las causas que en muchos casos llevan a comisión de ciertas actividades delictivas y de las dificultades de la desintoxicación en un centro penitenciario, especialmente en lo referente a drogas tóxicas, atenúa las condiciones para la concesión de la suspensión de condena, excepto en el caso de la audiencia de las partes, que no es preceptiva en el régimen general salvo lo dispuesto en el art. 86 CP.

Como requisitos se imponen<sup>755</sup>, en primer lugar, la primariedad delictiva. No teniéndose en cuenta los delitos imprudentes, ni los antecedentes penales cancelados o cancelables<sup>756</sup>. La pena o la suma de las penas impuestas no pueden ser superior a 2 años, sin incluir en este cómputo la responsabilidad personal subsidiaria por impago

<sup>751</sup> La resolución es discrecional, pero nunca arbitraria, por ello ha de ser motivada, tanto si se acuerda la medida alternativa, como si se deniega (STC 2134 de 1994).

<sup>752</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., pág. 246.

<sup>753</sup> Es posible la suspensión de la localización permanente.

<sup>754</sup> Esta suspensión, que hacen los jueces y tribunales, entendemos que puede producirse incluso una vez iniciado el cumplimiento de la pena, durante el ingreso en prisión.

<sup>755</sup> Vid. art. 81 CP, modificado por Ley Orgánica 5 de 2010.

<sup>756</sup> Entendemos que tampoco tendrá relevancia las faltas para la suspensión.

de multa. Las responsabilidades civiles deben de haber sido satisfechas, salvo que el órgano sentenciador entienda la imposibilidad del condenado para pagarlas<sup>757</sup>. Con el objeto de hacer eficiente la Administración de Justicia<sup>758</sup>, el art. 82 CP, insta que con la mayor urgencia, una vez firme la sentencia, se pronuncie el Juez o Tribunal sentenciador sobre la concesión o no del beneficio<sup>759</sup>. Las condiciones que pueden imponerse del art. 83 del Código Penal ya han sido objeto de estudio<sup>760</sup>.

La pena se entenderá redimida, una vez cumplido el tiempo de suspensión y las condiciones, en el caso de que hubiesen sido impuestas, siempre que no se hubiera delinquir, como es lógico. Igualmente los penados que hubieran redimido su condena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador. En el supuesto de remisión condicional, el plazo que ha de transcurrir sin delinquir de nuevo el condenado tiene particularidades en el caso de la suspensión de penas, así una vez obtenida la remisión definitiva, este tiempo, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no se hubiere disfrutado de este beneficio<sup>761</sup>.

Por el contrario, si el condenado suspendido, delinque durante el plazo de suspensión fijado, se revocará la suspensión de la ejecución de la pena<sup>762</sup>. No es automática la revocación, salvo casos relacionados con la violencia de género ex 84. 3 CP, si se incumplen las medidas potestativas, de haber sido impuestas. Así la autoridad judicial podrá, sustituir la regla por otra, prorrogarla o revocar la suspensión, en caso de

---

<sup>757</sup> Quizá hubiera sido más correcto por el legislador referirse a la declaración de insolvencia del condenado.

<sup>758</sup> En el cumplimiento de la sustitución de penas, tiene un protagonismo destacado la Administración Penitenciaria, al no existir en España, como hemos indicado un servicio de *probation* independiente. Así recibida la resolución o mandamiento judicial que determine las condiciones de cumplimiento de la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, así como los particulares necesarios, cuando se imponga algunos de los deberes u obligaciones previstos en el artículo 83.1.5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del Código Penal o la condición de tratamiento y demás requisitos previstos en su artículo 87, los servicios que gestionan las penas y medidas alternativas del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo su cumplimiento.

Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas una vez recibida la documentación, procederán al estudio y valoración de la situación del condenado y, en atención a la misma, elaborarán el plan individual de intervención y seguimiento, que se comunicará para su conocimiento al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sin perjuicio de su inmediata ejecutividad. Se remitirá el caso al servicio o centro correspondiente, para que el condenado inicie o continúe el tratamiento o programa judicialmente establecidos.

Durante el período de suspensión, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas efectuarán el control de las condiciones fijadas en el plan de intervención y seguimiento. Los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán al órgano jurisdiccional competente para la ejecución sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas cuando así lo solicite o con la frecuencia que éste determine y, en todo caso, cada tres meses conforme al Código Penal. Igualmente, informarán cuando las circunstancias personales del condenado se modifiquen, cuando se produzca cualquier incumplimiento de las reglas de conducta impuestas y cuando haya finalizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas.

Vid. arts. 14 a 19 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas.

<sup>759</sup> Se deberá oír al ofendido, en los delitos sólo perseguibles previa denuncia o querrela del ofendido, antes de decretar la suspensión de condena (art. 86 CP).

<sup>760</sup> Vid. *supra*.

<sup>761</sup> Vid. art. 136 CP.

<sup>762</sup> Se entiende que no es procedente la revocación de la suspensión si el delito es anterior a esta.

ser reiterado el incumplimiento<sup>763</sup>. Contra la revocación y la remisión de la pena suspendida, caben recurso de reforma, apelación o súplica<sup>764</sup>.

En el Derecho español hay una suspensión preceptiva, que puede llegar a convertirse en sustitución en cierta medida, para el supuesto de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad<sup>765</sup>, según lo dispuesto en el art. 99 del Código Penal<sup>766</sup>.

### 5.6.2. Sustitución de penas

El régimen de la sustitución de penas privativas de libertad, que nos interesa a efectos de la Decisión marco 2008/947/JAI, se regula en el art. 88 del CP, ya que la sustitución del art. 89 CP, tendría en este caso escasa o nula aplicación<sup>767</sup>. En nuestro país se pueden sustituir condenas privativas de libertad de hasta 2 años, aunque se entiende que el régimen general es el de la sustitución de las condenas que no excedan de un año. No siendo preceptiva la imposición de medidas del art. 83 CP. Los Jueces o Tribunales pueden sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de **un año** por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad. También se permite la sustitución de condenas, para las penas de prisión que no excedan de **seis meses**, también por localización permanente, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate.

Para valorar la oportunidad de la sustitución, se deberá atender imperativamente, a las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en especial, el esfuerzo para reparar el daño causado. No se pueden sustituir condenas a delinquentes habituales<sup>768</sup>. Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de **dos años** a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social<sup>769</sup>.

<sup>763</sup> Vid. art. 84 CP.

<sup>764</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., pág. 250.

<sup>765</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., pág. 252.

<sup>766</sup> En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el juez o tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el artículo 96.3.

<sup>767</sup> El art. 88 ha sido reformado por Ley Orgánica 5 de 2010, en el sentido de posibilitar la sustitución de la pena de prisión de hasta 6 meses por localización permanente.

<sup>768</sup> A los efectos de sustitución de condenas, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para el cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al artículo 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad. Vid. art. 94 CP.

<sup>769</sup> En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

El cómputo para las penas sustitutivas, se hace de la siguiente manera: cada día de prisión, se sustituye por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo o por un día de localización permanente. El Juez o Tribunal, al igual que en la suspensión, podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida<sup>770</sup>. Se establece un régimen especial, más duro, para los delitos relacionados con la violencia de género<sup>771</sup>.

De darse un incumplimiento, total o parcial de la pena sustitutiva<sup>772</sup>, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente. El Derecho español, no permite la imposición de penas sustitutivas de otras.

### 5.6.3. La libertad condicional

La libertad condicional<sup>773</sup>, es una institución que en nuestro ordenamiento, pertenece al ámbito penal y, dentro de este, al penitenciario<sup>774</sup>. El Derecho penitenciario español actualmente se basa en el sistema de individualización científica, separado en grados penitenciarios. Se considera el último o cuarto grado la libertad condicional<sup>775</sup>. Podrán acceder a la libertad condicional los condenados que estén cumpliendo pena de prisión y: estén en tercer grado de tratamiento penitenciario, que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena, aunque se admiten excepciones, y sobre los que se emita un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social acorde con el art. 67 de la LOGP<sup>776</sup>.

---

<sup>770</sup> El art. 19 del Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas, dispone que en el supuesto de sustitución regulado en el artículo 88.1 del Código Penal, si se impusiere al condenado, junto a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad la obligación de seguir un programa específico de reeducación y tratamiento psicológico, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas remitirán el condenado al centro, institución o servicio específico para la realización de dicho programa, de forma compatible con el cumplimiento de la pena, y realizarán el pertinente seguimiento del programa del que informarán oportunamente al órgano jurisdiccional competente para la ejecución.

<sup>771</sup> En estos casos, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en lugar distinto y separado del domicilio de la víctima. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.

<sup>772</sup> Nos surge la duda, según la redacción del apartado 2 de este art. 88, cuáles son los efectos en caso de incumplimiento por parte del condenado de las medidas del art. 83, en caso de haber sido impuestas. El CP no se pronuncia, entendemos que haciendo una interpretación analógica, para no perjudicar al condenado que se aplicaría el mismo régimen del art. 84 establecido para la suspensión de condenas.

<sup>773</sup> Vid. arts. 90 a 93 del CP y 192 a 201 del Reglamento Penitenciario de 1996 y Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979.

<sup>774</sup> Vid. LUZÓN CUESTA, J. M., op. cit., págs. 254 a 257.

<sup>775</sup> Para MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas", en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, pág. 83, existen obstáculos jurídicos y prácticos para la concesión de la libertad condicional a un extranjero en el país cumple condena de prisión.

<sup>776</sup> De esta manera, concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria, que como es sabido en España es el encargado de aprobar la libertad condicional, puede imponer alguna o algunas de las medidas de los arts. 83 y 96.3 del Código. La imposición de las medidas, es decir, su necesidad y conveniencia ha de ser motivada e individualizada, ya que suponen en la mayoría de los casos una limitación importante de los derechos fundamentales. Hay en el Código Penal, con respecto a la libertad condicional unos supuestos especiales en los que se suavizan los requisitos para su concesión y el régimen de cumplimiento<sup>777</sup>. Así, los internos que hubieran desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales, se podrá conceder la libertad condicional a los internos que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena y cumplan los otros dos requisitos<sup>778</sup>.

También podrá el Juez de Vigilancia Penitenciaria adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional con respecto a los dos tercios de condena, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales. Esta posibilidad se les dará a los penados que hubieren desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

También por razones, no ya como recompensas o tratamentales, sino humanitarias, los que estuvieran cumpliendo condena que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena<sup>779</sup>, o según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional. Más aún se flexibiliza el sistema, si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez

---

<sup>777</sup> Además de los casos que se exponen en este epígrafe el RP regula la libertad condicional de extranjeros no residentes legales en España y para los Españoles residentes en el extranjero, que a nuestro juicio, a diferencia de algunas resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, es aplicable a los nacionales de los Estados miembros de la UE, incluso antes de la aplicación de la DM 947 de 2008 y que se desarrolla en epígrafe separado de la investigación.

Así en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

<sup>778</sup> En estos casos, según el art. 91.1 CP el juez de vigilancia penitenciaria, resolverá previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes.

<sup>779</sup> Vid. Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 8 de 2001, relativa a la "Atención integral a las personas mayores en el medio penitenciario".

de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el artículo 75 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

En todas las modalidades de libertad condicional, esta durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Es decir, salvo por amnistía o indulto, no será posible el acortamiento de la condena. Si en el período de libertad condicional, el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas<sup>780</sup>, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional<sup>781</sup>.

## 5.7. Procedimiento

### 5.7.1. Esquema general

Se transmitirá la sentencia y la resolución de libertad vigilada<sup>782</sup>: primero, al Estado miembro en el que la persona condenada tenga su residencia legal y habitual, en los casos en que la persona condenada haya regresado o desee regresar a dicho Estado. También, al Estado miembro distinto del que la persona condenada tenga su residencia legal y habitual, siempre que la autoridad competente de este Estado haya dado su consentimiento a dicha transmisión<sup>783</sup>. Sólo se podrá transmitir la sentencia y la resolución de libertad vigilada a un único Estado miembro cada vez<sup>784</sup>. Si se desconoce la autoridad competente del Estado de ejecución, el Estado de emisión podrá apoyarse en los puntos de contacto de la *Red Judicial Europea*<sup>785</sup>. Por esto, los Estados miembros al incorporar la Decisión marco 2008/947/JAI a su ordenamiento interno, indicarán en qué condiciones sus autoridades competentes pueden dar el consentimiento a la transmisión de la sentencia y de una resolución de libertad vigilada, cuando no sean el

---

<sup>780</sup> Un sistema más gravoso para el liberado condicional se establece en el art. 93.2 y 3 del CP, para quienes hubieran sido condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.

<sup>781</sup> Por lo tanto, la inobservancia de las reglas de conducta suponen la revocación automática.

<sup>782</sup> Vid. art. 5 DM 947 de 2008.

<sup>783</sup> Obsérvese que la Decisión marco 947 no hace referencia expresa a la nacionalidad, sino a la residencia. De esta forma se diferencia de lo dispuesto en el art. 4 de la DM 909, que sí condicionaba el traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad, en gran medida, a la nacionalidad del condenado.

<sup>784</sup> Art. 6.5.

<sup>785</sup> Vid. Acción Común del Consejo 428 de 1998 (DOUE L 191 de 7 de julio de 1998, pág. 4).

Asimismo, si la autoridad del EJ que reciba una sentencia y, en su caso, una resolución de libertad vigilada, junto con el certificado mencionado en el apartado 1 del art. 6 de la DM 947, no sea competente para reconocerla ni para adoptar las correspondientes medidas de vigilancia de las medidas de libertad vigilada o la pena sustitutiva, los transmitirá de oficio a la autoridad competente e informará de ello sin demora a la autoridad competente del Estado de emisión por cualquier medio que deje constancia escrita.

Los mismos mecanismos de agilización de la tramitación de traslado de personas condenadas y de cumplimiento de penas alternativas, se dispone en la DM 909, para el traslado de personas condenadas.

Estado al que el condenado haya regresado o desee regresar y tenga en este su residencia legal y habitual, es decir, el supuesto primero del art. 5 de la DM 947<sup>786</sup>.

Parece del tenor literal del art. 5 que el Estado de emisión tiene plena libertad para transmitir, o no, la sentencia, así se indica literalmente que “La autoridad competente del Estado de Emisión podrá [...]” Pero, a diferencia de la Decisión marco 2008/909/JAI, la voluntad del condenado es determinante casi siempre para la transmisión. Así se señala “[...] en los casos en que la persona haya regresado o desee regresar a dicho Estado.” Por lo tanto, quizá sólo sea obligatoria la transmisión de la sentencia y, si procede, la resolución de libertad vigilada, siempre con la anuencia del Estado de emisión, en los casos en que el condenado se encuentre en el Estado de ejecución, en cuyo caso este último no se puede negar a la transmisión.

Es obligatorio que al transmitir una sentencia y, en su caso, una resolución de libertad vigilada, junto con estas resoluciones, pudiendo ser la segunda, judicial o administrativa, que se acompañe del certificado<sup>787</sup> de formulario normalizado del anexo I de la propio Decisión marco 2008/947/JAI<sup>788</sup>. Para agilizar el procedimiento, todas las comunicaciones oficiales entre la autoridades competentes de los Estados miembros, se harán de forma directa<sup>789</sup>. La entrega de la documentación entre autoridades, se hará de forma escrita y fehaciente, es decir, de tal forma que permita al Estado de ejecución asegurarse de su autenticidad<sup>790</sup>.

Para que el certificado pueda surtir efecto debe estar firmado, debiendo la autoridad competente del Estado de emisión garantizar su contenido, según el apartado 3 del art. 6<sup>791</sup>. En el certificado se podrán incluir las medidas y penas del art. 4.1, que

<sup>786</sup> Los Estados miembros presentarán una declaración a la Secretaría General del Consejo para informarla de la decisión adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 5. Los Estados miembros podrán modificar esta declaración en cualquier momento. La Secretaría General del Consejo pondrá a disposición de todos los Estados miembros y de la Comisión la información recibida. (art. 5.4 DM 947).

<sup>787</sup> Vid. art. 6.1 DM.

<sup>788</sup> La inclusión de formularios normalizados es una práctica habitual del “legislador” de la UE en las normas relativas al ELSJ, ya que facilita el entendimiento entre autoridades y Administraciones de diferentes Estados, aún más en un momento de desarrollo del Derecho en la UE en el que la armonización de los Ordenamientos internos de los Estados miembros está por desarrollar.

No obstante, los formularios o impresos normalizados pueden ser objeto de crítica ya que no deja de chocar que una autoridad judicial efectúa resoluciones judiciales que afecten a derechos fundamentales y en materia penal, mediante documentos estereotipados. Por ello entendemos, que siempre, incluso en uso de un formulario normalizado, la motivación del documento y la decisión, ha de ser completa y escrupulosa.

<sup>789</sup> Vid art. 6.2 *in fine* DM 947.

<sup>790</sup> Si la autoridad competente del Estado de ejecución así lo solicita, se le transmitirá el original de la sentencia y, en su caso, de la resolución de libertad vigilada, o copias certificadas de las mismas, así como el original del certificado. Vid. art. 6.2 DM.

<sup>791</sup> Entendemos que será válida la firma clásica, manual, y la firma digital. Cfr. Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia y Ley 13/2009 de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial. Debe, asimismo, consultarse la ley 59 de 2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, BOE 20 de diciembre de 2003, que introduce en el Derecho español, la directiva 1999/93/CE del Parlamento Europeo, del 13 de diciembre de 1999, que plantea un marco común para la firma electrónica, y que deroga el Real Decreto Ley 14/1999, sobre firma electrónica. Se intenta con estas normas, que la firma electrónica tenga una rápida imputación en Europa, para las relaciones entre ciudadanos, empresas y Administraciones Públicas.

Abogamos por una implantación de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia con la implantación de expediente judicial electrónico y las comunicaciones seguras telemáticas y digitales, para la prestación de un mejor y más eficaz servicio público. Este aprovechamiento de las nuevas tecnologías son más necesarias, si cabe, en el ELSJ, por las distancias, los tiempos, la pertenencia a Administraciones diferentes, con prácticas diversas y poco armonizadas, necesidades de seguridad en la tramitación de los asuntos, que no siempre están garantizados por los medios tradicionales.

recordemos son obligatorias para todos los Estados miembros, y conforme al apartado 2 del art. 4, las penas y medidas que al transponer los Estados miembros la Decisión marco 2008/947/JAI, indique cada Estado miembro que está dispuesto a asumir su vigilancia<sup>792</sup>.

### 5.7.2. Estado de emisión

A diferencia de la Decisión marco 2008/909/JAI, en la que la decisión del Estado de emisión era revocable mientras no hubiera comenzado la ejecución de la pena privativa de libertad en el Estado de ejecución<sup>793</sup>; en la Decisión marco 947, el límite lo marca la comunicación por parte del Estado de ejecución al de emisión del reconocimiento de la sentencia y, en su caso, de la resolución de libertad vigilada, aunque se establecen excepciones en el apartado 2 del art. 7. Tampoco llegado ese momento, podrá tomar ninguna de las denominadas *decisiones ulteriores*<sup>794</sup> relacionadas con la pena suspendida, la libertad condicional, la condena condicional y la pena sustitutiva del art. 14 de la Decisión marco 2008/947/JAI<sup>795</sup>.

No obstante esto, la competencia que se había transmitido por el Estado de emisión al Estado de ejecución, en principio irrevocable, comunicada la resolución de aceptación, **revertirá al Estado de emisión** si la autoridad competente de este comunica a la autoridad competente del EJ la retirada del certificado, una vez indicada la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista por el Derecho nacional del Estado de ejecución para la infracción que dio lugar a la resolución y que podría imponerse a la persona condenada en caso de incumplimiento de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas<sup>796</sup>.

También revertirá la competencia al Estado de emisión, si el de ejecución, no revoca la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la resolución de la puesta en libertad condicional o no impone una pena privativa de libertad o medidas de privación de libertad, en caso de incumplimiento de una medida de libertad vigilada o pena sustitutiva o si la persona condenada comete otra infracción penal. Esta posibilidad, según el art. 14.3, puede ser habilitada por declaración del Estado de ejecución en el momento de la transposición de la Decisión marco 947, o bien, en fecha posterior, declarando que no asumirá estas responsabilidades de los apartados 1, letras b) y c) del art. 14, en los casos o categorías que especifique<sup>797</sup>.

---

<sup>792</sup> Vid. art. 6.4 DM 947.

<sup>793</sup> Art. 13 DM 909.

<sup>794</sup> Vid. *infra*.

<sup>795</sup> Tales decisiones ulteriores, pueden estar relacionadas con la modificación de las obligaciones o instrucciones, revocación de la sentencia o resolución de libertad vigilada o imposición de una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad.

<sup>796</sup> Así el apartado 4 del art. 9 indica que una vez recibida la información contemplada en los artículos 16, apartado 2, o 18, apartado 5, la autoridad competente del Estado de emisión podrá decidir retirar el certificado mencionado en el artículo 6, apartado 1, siempre y cuando no haya comenzado todavía la vigilancia en el EJ. Esta decisión se tomará y comunicará a la mayor brevedad, dentro de un plazo máximo de diez días tras la recepción de la información.

<sup>797</sup> En estos casos, no se verán afectadas ni la obligación de reconocer la sentencia y, en su caso, la resolución de libertad vigilada, ni la obligación de adoptar sin demora todas las medidas necesarias para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas.

En particular estas responsabilidades podrán no asumirse, con respecto a las penas sustitutivas, cuando la sentencia no imponga una pena privativa de libertad o medida de privación de libertad que deba aplicarse en caso de incumplimiento de las obligaciones o requerimientos de que se trate; con respecto a las condenas condicionales; o bien, en los casos en que la sentencia se refiera a hechos que no constituyan infracción según el Derecho del Estado de ejecución, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o su calificación.

Por último, la competencia revertirá al Estado de emisión en los casos del art. 20. De este modo, cuando el condenado cuya sentencia y/o resolución de libertad vigilada que había sido transferida al Estado de ejecución, se fugue o deje de tener su residencia legal habitual en el Estado de ejecución, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá volver a transferir a la autoridad competente del Estado de emisión la competencia respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y respecto de cualquier decisión ulterior relacionada con la sentencia. También dispone este art. 20 que si el condenado cuya sentencia y/o resolución de libertad vigilada que había sido transferida al Estado de ejecución, tiene procedimientos penales pendientes de substanciación en el Estado de emisión<sup>798</sup>, la autoridad competente de este podrá solicitar a la autoridad competente del Estado de ejecución, que le devuelva la competencia respecto de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y respecto de cualquier resolución ulterior relacionada con la sentencia. En estos dos casos, la devolución de la competencia es aparentemente potestativa para el Estado de ejecución, ya que el texto siempre se expresa con un “podrá”. Incluso en el apartado segundo dice literalmente: “En tal caso, la autoridad competente del Estado de ejecución podrá transferir dicha competencia a la autoridad competente del Estado de emisión.” Es decir, no hay una obligación, de concurrir las circunstancias planteadas, de devolución de competencias. Pero el precepto nos genera una serie de dudas.

De darse la fuga del condenado, quizá lo más conveniente y lógico sería la persecución del mismo por el Estado de ejecución, para el cumplimiento de que ha sido transferida y la imposición de una condena por quebrantamiento de condena, atendiendo al Derecho del Estado de ejecución. En este caso, de haberse fugado el condenado al Estado de emisión, lo razonable sería la detención del evadido y el traslado al Estado de ejecución, para cumplir la primera condena y el enjuiciamiento por un delito de quebrantamiento de condena.

De dejar de tener residencia legal habitual en el Estado de ejecución, no vemos óbice para que el condenado siga cumpliendo en este Estado. Cabe la posibilidad de que de que sea al propio condenado al que le interesa que la competencia para el cumplimiento le sea devuelta al Estado de emisión, o incluso a cualquier otro Estado miembro, por motivos laborales, formativos, familiares, etc. Esto puede ser razonable desde el punto de vista de la reinserción social del condenado, pero difícil de gestionar por la complicación que suponen la transferencia de competencias para el cumplimiento de penas alternativas.

---

<sup>798</sup> Serán procesos penales de nueva tramitación en la mayoría de los casos, ya que no tendría sentido transmitir una sentencia y resolución de libertad vigilada conociendo que el penado tiene aún causas pendientes con los jueces o tribunales penales del Estado de emisión, lo suficientemente relevantes, como para solicitar al EJ que le vuelva a transferir las competencias del cumplimiento de las condenas sustitutivas que estaba cumpliendo en el Estado de ejecución.

En el supuesto de la tramitación en el Estado de emisión de procesos penales contra el condenado, estando ya cumpliendo en el Estado de ejecución, aunque es potestativa la devolución de la competencia al Estado de ejecución, entendemos que en aplicación de una orden europea de detención y entrega podría no ser potestativa, para el este Estado, la entrega de la persona condenada. En cuyo caso, en el que frecuentemente se decretará en el Estado de emisión la prisión preventiva, el ingreso en prisión, en el Estado de emisión del condenado, y ahora preso preventivo, haría muy difícil el cumplimiento simultáneo de la pena que había sido transferida al Estado de ejecución. Si no se decretara medida cautelar personal alguna contra el condenado en el Estado de emisión, por esos nuevos juicios penales, este podría simplemente comparecer las veces que fuera citado por la autoridad judicial penal del Estado de emisión, incluso mediante el uso de videoconferencia u otros medios que habilita la legislación procesal para el cumplimiento de citaciones y requerimientos de los Jueces o Tribunales.

Este art. 20 se ve completado, con su apartado tercero, por la obligación del Estado de emisión de tener que abonar la pena ya cumplida en el Estado de ejecución y las condiciones de cumplimiento<sup>799</sup> que ya tenía el condenado en el Estado de ejecución y las posibles ulteriores que se hubieran haber podido tomar por este, en base al art. 16.1<sup>800</sup>.

### 5.7.3. Estado de ejecución

Se establece como regla general la aceptación por este<sup>801</sup>, del reconocimiento de la sentencia y de resolución de libertad vigilada que le pretende transmitir el Estado de emisión, si se hace esta según lo dispuesto en el art. 5<sup>802</sup> y por el procedimiento esta-

---

<sup>799</sup> No entendemos el motivo por el que se tienen en cuenta, sólo en caso de devolución de competencias, el período y grado de cumplimiento y las decisiones ulteriores en que se encuentre el penado, y no indique la norma que se tengan igualmente presente esas circunstancias, o por lo menos se aconseje que las autoridades del EJ, las tengan presente, al efectuar el primer traslado. Así si un condenado, antes del traslado al EJ ya estaba ya cumpliendo condena en el EE, como se indica en la DM 909, el traslado no debe suponer un empeoramiento de su situación, como parece querer decir el apartado 3 del art. 20.

<sup>800</sup> Así en una aparente lógica jurídica el apartado 3 del art. 20 dispone que cuando, en aplicación del artículo 20, apartados 2 y 3, se devuelva la competencia al EE, la autoridad competente de dicho Estado reasumirá dicha competencia. Para la ulterior vigilancia de las medidas de libertad vigilada o la aplicación de las penas sustitutivas, la autoridad competente del EE tendrá en cuenta el período y grado de cumplimiento de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas en el EJ, así como toda decisión adoptada por el EJ de conformidad con el artículo 16, apartado 1.

Pero entendemos que la lógica es sólo aparente pues esta disposición de la Decisión marco podría chocar con el art. 93. 2 y 3 del Código Penal español para los casos de quebrantamiento de la libertad condicional por condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, ya que estos casos, el tiempo pasado en libertad condicional, no le será de abono. Así, estos preceptos disponen que en el caso de condenados por delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, el juez de vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional.

Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el juez de vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda. En estos casos, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

<sup>801</sup> Vid. art. 8.1 DM 947.

<sup>802</sup> Persona condenada que tenga su residencia legal y habitual en el Estado miembro en que se pretenda transmitir la sentencia y, si procede, resolución de libertad vigilada, en los casos en que la persona condenada haya regresado o desee regresar a dicho Estado miembro; o bien, si la transmisión se quiere efectuar al Estado miembro, distinto del en que la persona condenada tenga su residencia legal y habitual, siempre que esta última autoridad haya dado su consentimiento a dicha transmisión.

blecido en el art. 6. No tendrá la obligación de aceptar el traslado, si concurre alguno de los motivos de denegación del art. 11<sup>803</sup> de la propia Decisión marco, y lo alega. Es decir, al igual que sucede con el art. 9 de la Decisión marco 2008/909/JAI, análogo a este, no son impedimentos automáticos, sino que deben acaecer y querer el Estado de ejecución alegarlos. La autoridad competente de este comunicará a la mayor brevedad, sin poder ser este plazo superior a 60 días<sup>804</sup>, a la autoridad competente del Estado de emisión, una vez recibida la sentencia y el certificado y, en su caso, la resolución de libertad vigilada junto con el certificado del anexo I, su decisión sobre el reconocimiento para vigilar las medidas y hacer cumplir las penas<sup>805</sup>. Una vez tomada la decisión por la autoridad competente del Estado de ejecución, este informará inmediatamente al Estado de emisión acerca de esta<sup>806</sup>.

Con respecto a este plazo máximo de 60 días debemos hacer dos matizaciones. Se podrá no cumplir este plazo, aplazando la decisión la autoridad competente del Estado de ejecución, si el certificado del art. 6.1 (anexo I), está incompleto o no se refiere a la sentencia, o en su caso, a la resolución de libertad vigilada, hasta que, en un plazo razonable el Estado de emisión lo complete o corrija<sup>807</sup>. También en casos extraordinarios<sup>808</sup>, la autoridad competente del Estado de ejecución, si necesitara un plazo superior a estos 60 días, informando de inmediato de los motivos a la autoridad competente del Estado de emisión, podrá tomar la decisión en un plazo mayor que le deberá hacer saber en la propia comunicación de demora. La norma europea tiene especial interés en agilizar las comunicaciones entre autoridades competentes de los distintos Estados miembros. Así en el art. 15<sup>809</sup>, dispone que estas podrán consultarse mutuamente para facilitar la aplicación “ordenada y eficiente” de la ; Decisión marco 2008/947/JAI habiendo prescrito ya, en el art. 6.2, que las comunicaciones entre autoridades competentes se harán de forma directa.

Antes o durante la vigilancia de medidas o el cumplimiento de penas sustitutivas, el Estado de ejecución, por cualquier medio que deje constancia escrita y sin demora, **deberá informar al Estado de emisión**, en varias ocasiones<sup>810</sup>. En primer lugar, informará del traslado de la sentencia y, en su caso, de la resolución de libertad vigilada, así como del certificado mencionado en el artículo 6, apartado 1 (anexo I), a la autoridad competente responsable de su reconocimiento y de tomar las medidas oportunas para la vigi-

<sup>803</sup> Disposición que se desarrolla en epígrafe aparte.

<sup>804</sup> En la DM 909, este plazo es de 90 días. De este modo parece entender es legislador que la decisión con respecto a penas privativas de libertad supone una mayor complejidad que la que se haga respecto a las penas y medidas alternativas, aunque quizá en la realidad no siempre ocurra así, por la variedad y tipos de medidas y penas que se pueden dar en aplicación de la DM 947.

<sup>805</sup> Vid. art. 12 DM 947.

<sup>806</sup> Esta información se hará de cualquier forma que deje constancia. Entendemos como ya se ha indicado, que en las comunicaciones, que la Decisión marco estimula a que sean de forma directa entre autoridades competentes, que deben aprovecharse los medios tecnológicos que telemáticos seguros, (expediente electrónico).

<sup>807</sup> Vid. art. 8.2 DM 947.

<sup>808</sup> Vid. art. 12.2 DM 947.

<sup>809</sup> Este es un precepto que por obvio, puede parecer innecesario, aunque entendemos que no está demás el fomento de la cultura de comunicaciones entre autoridades judiciales y administrativas relacionadas en el mundo de la Justicia y las prisiones, ya que en no pocas ocasiones, en la ejecución de condenas, una comunicación fluida puede solucionar importantes problemas burocráticos. Por ello, pensamos que es crucial el fomento de encuentros periódicos entre responsables en los ámbitos afectados y la formación en idiomas y en otras culturas jurídicas y en Derecho comparado.

<sup>810</sup> Estas circunstancias se relacionan en el art. 18 de la DM 947.

lancia de las medidas de libertad vigilada o la pena sustitutiva, en el supuesto contemplado en el artículo 6, apartado 7. Es decir, el traslado de oficio que se ha de efectuar, cuando una autoridad no competente del Estado de ejecución reciba la documentación procedente para el traslado, a la autoridad que efectivamente es la competente en este<sup>811</sup>.

Asimismo, se deberá poner en conocimiento del Estado de emisión, la no localización de la persona condenada en el territorio del Estado de ejecución, lo que hace imposible y exime de responsabilidad a este de vigilar las medidas de libertad vigilada o penas sustitutivas, incluso después de la transmisión de la sentencia, la resolución de libertad vigilada y el anexo. La decisión final, reconociendo o no la sentencia y, en su caso, la resolución de libertad vigilada y la toma o no de medidas para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas serán también comunicadas. En caso de denegación del reconocimiento y la no adopción de medida, se ha de informar al Estado de emisión los motivos de la decisión<sup>812</sup>. Ha de ser objeto de comunicación cualquier decisión, motivada, de adaptación de medidas de libertad vigilada o penas sustitutivas<sup>813</sup>. Igualmente se comunicará, toda decisión del Estado de ejecución, que suponga la concesión al condenado amnistía o indulto, por la que se deje de vigilar una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva<sup>814</sup>.

El Estado de ejecución, además,<sup>815</sup> informará a la autoridad competente del Estado de emisión, en relación a las posibles resoluciones ulteriores que tuviera que adoptar

---

<sup>811</sup>Esta es una concreción de la necesaria simplificación y agilización de trámites administrativos, que entendemos debe imperar en todo procedimiento de tal naturaleza.

<sup>812</sup>La decisión de no reconocer una sentencia y la resolución de libertad vigilada, no tomando las medidas consecuentes, en los casos que el Estado de ejecución, en aplicación de la DM 947, tenga obligación de hacerlo, pueden dar lugar a un incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros. En esta eventual situación, hemos de tener presente que con respecto a la posibilidad de alegar por un Estado miembro o la Comisión Europea, el incumplimiento de otro Estado miembro de lo prescrito por la DM 909, nos encontramos con un complicado asunto de difícil solución jurídica, al menos satisfactoria, en el momento actual.

Así, la enrevesada edificación del ELSJ, ha dado como fruto un sistema flexible y desproporcionadamente complejo desde el punto de vista jurídico, algo poco recomendable ya que afecta a derechos fundamentales y al patrimonio jurídico más íntimo de las personas. Con la entrada en vigor del TL el 1 de diciembre de 2009, no se “comunitariza” de forma inmediata el antiguo Tercer Pilar, sino que el Protocolo 36, sobre disposiciones transitorias, establece un régimen especial para los próximos 5 años en esta materia, transcurrido el cual, se aplica el régimen general. Se parte del mantenimiento de las normas propias de este Pilar y de sus efectos, hasta que no sean modificados, anulados o derogados. Si son modificados, se pasará *ipso facto* a aplicar el régimen general a ese nuevo acto. Así las Decisiones marco, en tanto no sean modificadas, hasta el 1 de diciembre de 2014, se regirán por las normas del antiguo Tercer Pilar comunitario.

Así hemos de tener presente que el Tratado de Ámsterdam, establecía unos mecanismos jurisdiccionales para la CPJP especial. Se articula un recurso de anulación contra las Decisiones marco, sólo activable por la Comisión o un Estado miembro y un procedimiento contencioso para las cuestiones surgidas entre Estados miembros, no solucionadas en el Consejo en los seis meses anteriores. A la este Tratado regula una cuestión prejudicial de interpretación y apreciación de validez sobre las Decisiones marco, siendo esta competencia del TJ, facultativa y graduable por los Estados miembros, ya que estos pueden no aceptarla y pueden limitar los órganos jurisdiccionales nacionales que lo pueden interponer (España lo ha limitado a la última instancia).

Para MANGAS MARTÍN Y LIÑÁN NOGUERAS, estas limitaciones y la falta de efecto directo de las Decisiones marco, ha dado lugar a “una gravísima falta de eficacia y homogeneidad en el cumplimiento de estas normas”. La Comisión en este período de 5 años, no puede plantear recursos, lo que hace más importante los mecanismos de evaluación del art. 70 del TFUE. Una vez transcurrido estos cinco años el TJUE, tendrá plenas competencias jurisdiccionales sobre los actos del antiguo Tercer Pilar.

<sup>813</sup>Esta posibilidad está habilitada por el art. 9 de la DM 947.

<sup>814</sup>Tanto el EE como el EJ podrán conceder amnistía e indulto, según el art. 19. Por ello, la comunicación de la concesión de estos, ha de ser bidireccional, tanto cuando lo concede un Estado miembro como otro. Por el contrario, la revisión de la sentencia, de la misma manera que sucedía en la DM 909, sólo la puede hacer el Estado de emisión.

<sup>815</sup>Vid. art. 17 DM 947.

este último Estado miembro si fuera el competente para ello, de las circunstancias concurrentes e importantes sobre este particular, que será objeto de estudio más adelante.

**Infracciones penales** que pueden dar lugar al reconocimiento y adopción de medidas pertinentes<sup>816</sup>. Estas se establecen en un precepto casi literal al art. 7 de la Decisión marco 2008/909/JAI. No se dará examen de doble tipificación de los hechos y, por lo tanto se reconocerá la sentencia y, en su caso la resolución de libertad condicional y la vigilancia de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, cuando además se cumplan los otros requisitos que exige la Decisión marco 2008/947/JAI, debiendo estar las infracciones que se relacionan, castigadas con una pena o medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos de tres años, según el Derecho del Estado de emisión<sup>817</sup>. Para aplicar la ausencia de doble tipificación, como ya se ha precisado<sup>818</sup>, lo determinante es la cifra máxima señalada por la ley para delito de que se trate con que se castiga en el ordenamiento jurídico del Estado de emisión.

No obstante, reproducirse en la Decisión marco la ya célebre en el ELSJ lista de 32 infracciones no necesitadas de doble tipificación, siempre que los hechos estén castigados con una pena privativa de libertad de por lo menos tres años en el Estado de emisión, este importante avance podrá verse atenuado si se efectúa la declaración por los Estados miembros que habilita el Art. 10.4 de la DM. De esta manera se da la posibilidad a los Estados miembros de que al transponer la Decisión marco o, incluso, con posterioridad, mediante notificación a la Secretaría General del Consejo, de que no va aplicar la no necesidad de doble tipificación del listado de las 32 infracciones<sup>819</sup>. Juzgamos que la posibilidad de hacer esta exclusión en una ocasión posterior, puede dar lugar a cierta inseguridad jurídica, ya que en cualquier momento un Estado miembro puede decidir prácticamente no aplicar la Decisión marco en su conjunto. En el supuesto de situaciones de oportunidad política o de cualquier otro tipo, en el que un determinado Estado no le interese trasladar a ciertos internos o grupos de internos a su territorio, podría, *motu proprio*, excluir la aplicación de la norma para algún delito grave con el objeto de que no se produzca el traslado.

Las infracciones del art. 10.1 pueden verse ampliadas por el Consejo, “en todo momento”, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, según lo prescrito en el art. 10.2 de la Decisión marco. Hemos de advertir que este precepto hace referencia al art. 39.1 del antiguo TUE, actualmente la remisión debe hacerse al artículo 82, apartados 1 y 2, del TFUE. Cuando el hecho delictivo no sea de los de la lista de 32 infracciones, el Estado de ejecución puede supeditar el reconocimiento y la ejecución de la condena a la doble tipificación, según art. 10.3 Decisión marco. No podrá alegarse esta doble tipificación, para no reconocer una sentencia y, de ser procedente, una resolución de libertad condicional y la vigilancia de medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, en materias relativas a impuestos o derechos, de aduana y de cambio, invocando que el Estado de ejecución no tiene los mismos

<sup>816</sup> Vid. art. 10 DM 947.

<sup>817</sup> Art. 10 DM 947.

<sup>818</sup> Vid. *supra*.

<sup>819</sup> Sin duda esta posibilidad es un paso atrás en el ELSJ y, dentro del mismo, en el *Espacio Penitenciario Europeo*.

impuestos o derechos o no que no hace la misma regulación al respecto (Art. 11.1 d) *in fine* de la Decisión marco)<sup>820</sup>.

Ya sea el Reino Unido Estado de emisión, como Estado de ejecución, la Decisión marco 2008/947/JAI es aplicable a Gibraltar<sup>821</sup>.

## 5.8. Circunstancias para el no reconocimiento

La primera causa de denegación la configura el hecho de que el certificado<sup>822</sup> del art. 6.1. sea incompleto o no corresponda a la sentencia o resolución de libertad vigilada, no siendo completado o corregido en un término razonable, según la habilitación que hace el art. 8.2 de la Decisión marco 2008/947/JAI<sup>823</sup>.

Se denegará el reconocimiento y la vigilancia, **si no se dan las condiciones del art. 5.1 y 2 o del art. 6.4**. Es decir, cuando el Estado de ejecución no sea el Estado miembro en el que la persona condenada, tenga su residencia legal y habitual, en los casos en que esta haya regresado o desee regresar a dicho Estado miembro. O bien, cuando no concurriendo estas circunstancias, el Estado miembro, en el que se pretende el traslado, no dé el consentimiento. O bien, cuando las medidas y penas a hacer cumplir por el Estado de ejecución, sean distintas de las indicadas en el apartado 1 del art. 4; o bien, distinta de las incluidas en la notificación que pudiera efectuar el Estado de ejecución, en el momento de la transposición de la norma a su Derecho interno, indicando que está dispuesto asumir medidas y penas diversas a las del párrafo 1 del art. 4.

**Principio non bis in ídem**<sup>824</sup>. Podrá ser este motivo igualmente alegado por el Estado de ejecución, en caso de concurrencia. La Unión Europea, como señalamos en su momento, obligada por el fin de crear un verdadero ELSJ, se ha visto constreñida a desarrollar con profusión el principio *non bis in ídem*. Son abundantes las resoluciones del TJUE en la materia, pero eminentemente en Derecho Administrativo sancionador. No obstante, con el aumento de las competencias del ELSJ en cuanto a la cooperación judicial penal y policial que va a tener desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, es seguro que la jurisprudencia del TJ va a ser incrementada.

Este principio, fundamental en el moderno Derecho Penal, ha tenido un nutrido reflejo en la jurisprudencia del TEDH, aunque en ciertas ocasiones contradictoria en cuanto a la necesidad sólo de identidad de los hechos materiales, o si también es necesaria la identidad del interés jurídico protegido. Está recogido en el art. 14.7 del Pacto

---

<sup>820</sup> Como ya se ha indicado, no entendemos porqué en materias tributarias se cierra toda puerta a la necesidad de doble tipificación y no se hace lo mismo con otras infracciones o con otros bienes jurídicos protegidos, más importantes que los relativos a la Hacienda Pública, por normas penales. Parece que aún a la UE se le ve el plumero de organización internacional de integración con orígenes exclusivamente económicos.

<sup>821</sup> Vid. art. 24 DM 947.

<sup>822</sup> El modelo de certificado se establece en el anexo I, que se redactará o traducirá a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del EJ, o a una o varias de las demás lenguas oficiales de las instituciones de la UE aceptadas por dicho Estado miembro.

<sup>823</sup> Vid. art. 11 DM 947, similar al art. 9 DM 909.

<sup>824</sup> Vid. *supra* comentario al respecto efectuado en el epígrafe correspondiente a la DM 909.

Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966<sup>825</sup> y en el Protocolo número 7, art. 4<sup>826</sup>, al Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>827</sup>. También se ha de tener presente, al analizar régimen jurídico aplicable en la Unión con respecto a este principio, de los artículos 54 a 58 del Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990.

Fundamental es el art. 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es un avance con respecto al sistema de la CAAS, va a suponer un estímulo claro a la labor de perfeccionamiento del ELSJ, cuya detallada regulación, ante la ausencia de una normativa clara procedente de la UE, ya que no existe ni Decisión marco, ni directiva que lo regule expresamente, tendrá que ser completado, nuevamente, por el TJUE, en aquellos conceptos que aún están por definir, como el de sentencia penal firme. Afortunadamente, la Unión Europea el 30 de noviembre de 2009, aprueba la Decisión marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales (DO L 328 de 15.12.2009).

**La ausencia de tipificación de los hechos como delito en el Estado de ejecución**, también es causa para el no reconocimiento y la no vigilancia, en los casos del art. 10.3, es decir, hechos no incluidos en el elenco de las 32 infracciones del art. 10.1, habiendo supeditado el Estado de ejecución el reconocimiento y vigilancia, a que los hechos sean igualmente constitutivos de infracción penal en su ordenamiento interno, o bien, si el Estado de ejecución ha declarado que no elimina el requisito de la no necesidad de doble tipificación del art. 10.1<sup>828</sup>.

También la **prescripción** de la pena, según el ordenamiento del Estado de ejecución, cuando esta se refiera a hechos que son competencias de este, es causa potestativa de denegación<sup>829</sup>. Supone, la prescripción de condena, el paso del tiempo, no habiéndose cumplido la misma, o habiéndose iniciado, esta se interrumpe, generalmente por el quebrantamiento. Es decir, el Estado, precisamente por el transcurso del tiempo que legalmente establece, no ve necesario sancionar el hecho o hacer cumplir la condena que ha

---

<sup>825</sup> “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

<sup>826</sup> “1.- Nadie podrá ser procesado ni castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado por sentencia firme de conformidad con la ley y los procedimientos penales de dicho Estado.

2.- Lo dispuesto en el apartado anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas o cuando un vicio esencial en ese procedimiento pudieran afectar a la sentencia dictada”.

<sup>827</sup> Por Decisión de 21 de octubre de 1998, la Comisión Europea de Derechos Humanos, ha indicado que el art. 4 del Protocolo nº 7 no comprende la aplicación del principio *non bis in idem* en material penal cuando intervienen órganos judiciales de Estados diferentes. Para dar eficacia al principio en procesos penales de diferentes Estados, estos tienen que acordarlo mediante convenios bilaterales o multilaterales.

<sup>828</sup> No obstante, esto, como ya se ha indicado, el propio párrafo d) del apartado 1, del art. 11, indica que en materia fiscal, aduanera y de cambio, no podrá denegarse la ejecución de la sentencia o, en su caso, la resolución de libertad condicional aduciendo que el Derecho del Estado de ejecución no impone el mismo tipo de tasas o impuestos o no contiene el mismo tipo de reglamentación en materia de impuestos, de derechos de aduana o de cambio que el Derecho del Estado de emisión.

<sup>829</sup> La Decisión marco 909, se refiere “cuando la ejecución de la condena haya prescrito [...]” y la DM 947 a “cuando la ejecución de la pena haya prescrito [...]”. Entendemos que aquí las palabras condenas y ejecución de la pena, tienen el mismo significado.

Véase comentario al respecto en el epígrafe, *supra*, de la investigación relativo al traslado de personas condenadas a penas de prisión.

impuesto<sup>830</sup>. En España las penas y las medidas de seguridad impuestas en sentencia firme, prescriben conforme a los artículos 113 a 135 del Código Penal<sup>831</sup>.

Como decíamos, cuando nos referíamos a la prescripción en el traslado de personas condenadas, se debe tener presente en la prescripción de los delitos y las penas la reinserción social del delincuente. Una persona condenada a una penas de prisión, pendiente de cumplimiento, verá condicionada su vida por la “deuda que tiene con la sociedad”; estando de esta forma, en cierta manera, vinculado a la pena que no sabe si va efectivamente a cumplir.

**Existencia de inmunidad** de la persona condenada, conforme al Derecho del Estado de ejecución, que imposibilite la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas. Partiendo de Tratados internacionales y normas del Derecho nacional, tienen inmunidad conforme a nuestro ordenamiento varios sujetos, en mayor o menor grado, el Jefe del Estado español, Diputados, Senadores, parlamentarios autonómicos, el Defensor del Pueblo y figuras análogas en las Comunidades Autónomas, las que corresponde en virtud de la inmunidad diplomática, la de los representantes de la Asamblea Legislativa del Consejo de Europa, los miembros del Parlamento Europeo, miembros del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas y Tratos Inhumanos o Degradantes y, por último, la inmunidad de los miembros de las fuerzas de los Estados Unidos destacados en España<sup>832</sup>.

Minoría de edad penal de acuerdo con el Derecho del Estado de Ejecución. Cuando un menor, comete un hecho que pudiera calificarse como delito o falta, se le aplicará la Ley Orgánica 5 de 2000 de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Así, no se podrá cumplir en España, una condena privativa de libertad que se fuere impuesta a un menor de dieciocho años<sup>833</sup>.

---

<sup>830</sup> Como fundamentos de la prescripción, la doctrina científica, tiene presente varios motivos, desde principios de Justicia material, hasta la seguridad jurídica, la menor necesidad de prevención general por el transcurso del tiempo, la atenuación de la alarma social... Vid. *supra*, comentario al respecto en el epígrafe de la DM 909.

<sup>831</sup> Según la reforma del CP, operada por Ley Orgánica 5 de 2010, el legislador considera que en el ámbito de la prescripción del delito, con el objetivo de aumentar la seguridad jurídica, se ha optado por una regulación detallada del instituto que ponga fin a las diferencias interpretativas surgidas en los últimos tiempos.

Así el inicio de la interrupción de la prescripción, se verifica, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra persona determinada que aparezca indiciariamente como penalmente responsable.

Se opta suspende el cómputo de la prescripción por un máximo de seis meses o dos meses, según se trate de delito o falta, desde dicha presentación de denuncia o querrela, siempre que sea ante un órgano judicial y contra una persona determinada. Si el órgano judicial no la admite a trámite o no dirige el procedimiento contra la persona denunciada o querrellada, continúa el cómputo de prescripción desde la fecha de presentación. También continuará el cómputo si dentro de dichos plazos el Juez no adopta ninguna de las resoluciones citadas.

Igualmente, la impunidad debida a la prescripción de ciertos delitos castigados con penas de no excesiva gravedad (estafas, delitos urbanísticos, por ejemplo, o algunos delitos contra la Administración Pública), cuyo descubrimiento e investigación pueden sin embargo resultar extremadamente complejos y dilatados, ha redundado en descrédito del sistema judicial y en directo perjuicio de las víctimas. Por ello, se eleva el plazo mínimo de prescripción de los delitos a cinco años, suprimiendo por tanto el plazo de tres años que hasta ahora regía para los que tienen señalada pena de prisión o inhabilitación inferior a tres años.

Finalmente, se declara la imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte de una persona. El fundamento de la institución de la prescripción se halla vinculado en gran medida a la falta de necesidad de aplicación de la pena tras el transcurso de cierto tiempo. La reforma se fundamenta en este punto en que tal premisa no puede cumplirse frente a conductas delictivas que presentan las características del tipo mencionado.

<sup>832</sup> Vid. *supra*, comentario con ocasión del epígrafe del traslado de personas condenadas y la DM 909 de 2008.

<sup>833</sup> La prueba de edad, que en ciertos casos que genera duda, incluso iniciado ya el cumplimiento de una pena de prisión, en España se hace según dispone el art. 375 de la LECRIM.

Asimismo, podrá el Estado de ejecución oponerse al reconocimiento de sentencias y aplicación de medidas y penas sustitutivas, la concurrencia de **rebeldía** en el condenado, en base al enmendado art. 11.1 h) de la Decisión marco 2008/947/JAI<sup>834</sup>, excepto, si concurren ciertas circunstancias. De esta manera, aún no compareciendo en el juicio del que trae causa la resolución, el imputado, según la legislación procesal del Estado miembro que es Estado de emisión, no se podrá obstar al reconocimiento y oponerse el Estado de ejecución, si:

primero, con suficiente antelación, fue citado en persona e informado así del lugar y la fecha previstos para el juicio del que deriva la resolución, o recibió efectivamente por otros medios, de tal forma que pueda establecerse sin lugar a dudas que el imputado tenía conocimiento del juicio previsto, información oficial de la fecha y lugar previstos para el mismo, y fue instruido de que podría dictarse una resolución en caso de incomparecencia;

o bien, teniendo conocimiento de la celebración prevista del juicio, dio mandato a un letrado, bien designado por él mismo o por el Estado, para que le defendiera en el juicio, y fue efectivamente defendido por dicho letrado en el juicio,

o, en el caso de que, tras serle notificada la resolución y ser informado expresamente de su derecho a un nuevo juicio o a interponer un recurso, en el que tendría derecho a comparecer y volverían a examinarse los argumentos presentados e incluso posibles nuevos elementos probatorios, y de que el juicio podría dar lugar a una resolución contraria a la inicial: declaró expresamente que no impugnaba la resolución, o no solicitó un nuevo juicio ni interpuso un recurso dentro del plazo establecido.

Las particularidades del ELSJ, que comprende a varios millones de habitantes, la considerable distancia de los desplazamientos entre los Estados miembros, y la facilidad, en muchos casos, de no poder citar ni correcta, ni eficazmente, a los encartados en procedimientos penales, pueda suponer un obstáculo al reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales de unos Estados miembros con respecto a otros. Para luchar contra estos inconvenientes el Consejo aprueba la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009)<sup>835</sup>.

La letra i) del apartado 1 del art.11, habilita a que los Estados miembros, cuando actúen como Estado de ejecución, aleguen la **imposibilidad** conforme a su ordena-

---

<sup>834</sup> Modificación efectuado por la Decisión marco 299 de 2009, que tienen como objeto reforzar los derechos procesales de las personas y reforzar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

Esta norma modifica el art. indicado de la Decisión marco 947 y, parcialmente, el certificado a que se refiere el anexo I de esta norma.

<sup>835</sup> Vid. supra comentario al respecto de la rebeldía referente a la DM 909 de 2008.

miento jurídico o sistema de salud, de ejecutar una **medida médica o terapéutica**, y que tampoco puede adaptarla aplicando el art. 9 de la Decisión marco 2008/947/JAI <sup>836</sup>.

**Duración inferior a seis meses** de la pena sustitutiva o la libertad vigilada. Hemos de tener presente, como ya hemos destacado, que estos motivos para denegar el reconocimiento y la vigilancia, son potestativos, es decir, no se prohíbe el reconocimiento y la ejecución de una medida de libertad vigilada, una libertad condicional o de una pena sustitutiva en un Estado miembro distinto del que la ha impuesto, la ejecución de estas siempre que sean inferiores a seis meses. A nuestro juicio, incluso en el caso de que efectivamente fueran estas condenas y medidas inferiores a ese tiempo, entendemos, como hacíamos a propósito del traslado de personas condenadas en aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI, que estas se debieran obligatoriamente hacer cumplir en un Estado miembro de la UE, distinto del que la impuso, incluso si es inferior a seis meses si, de no hacerlo se compromete la reinserción social del condenado, ya que esta, la reinserción social es uno de los objetivos de la Decisión marco <sup>837</sup>.

**Condena por hechos cometidos, en su integridad o en su mayor parte, en el territorio o equivalente del Estado de ejecución, según su Derecho interno.** Este motivo está matizado por el apartado 2 del art. 11, que dispone que en lo que se refiere a las infracciones cometidas parcialmente dentro del territorio del Estado de ejecución o en un lugar considerado equivalente a su territorio, la autoridad competente de este solo se acogerá al apartado 1, letra k), en circunstancias excepcionales y en casos concretos, atendiendo a las circunstancias específicas del caso y teniendo en cuenta, en particular, si la mayor parte o una parte esencial de los hechos ha tenido lugar en el Estado de emisión.

La propia norma <sup>838</sup>, intenta evitar el no reconocimiento o por lo menos atenuar sus efectos. Así, primero indica que, antes de tomar la decisión de denegar el reconocimiento de la sentencia o, en su caso, de la resolución de libertad vigilada, y la asunción de la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas, la autoridad competente del Estado de ejecución deberá consultar, por cualquier medio adecuado, a la autoridad competente del Estado de emisión. Además, cuando sea oportuno, le pedirá que facilite sin demora la información adicional necesaria, cuando los motivos de denegación sean los de los apartados a), b), c), h), i), j) y k) <sup>839</sup> del número 1 del art. 11, con el objeto de propiciar la aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI.

---

<sup>836</sup> Así, en el caso de no existir una incompatibilidad absoluta entre las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas pertinentes, por su naturaleza o duración, o por la duración del período de libertad vigilada y el Derecho del Estado de ejecución, la autoridad competente de dicho Estado podrá adaptarlas a la naturaleza o duración de las medidas de libertad vigilada o penas sustitutivas, o a la duración del período de libertad vigilada, que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes.

Las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas o la duración del período de libertad vigilada, una vez adaptadas, deberán corresponder tanto como sea posible a las dictadas en el Estado de emisión.

<sup>837</sup> Vid. art. 1.1 DM 947.

<sup>838</sup> Vid. apartados 3 y 4 de la DM 947.

<sup>839</sup> En líneas generales, estos casos son los de certificado incompleto o impertinente; no concurrencia de los casos de aplicación de la Decisión marco, o que no se haga por el procedimiento establecido; concurrencia del principio *non bis in idem*; rebeldía; medidas médicas o terapéuticas de imposible cumplimiento en el EJ; pena o medida inferior a seis meses; hechos cometidos en total o en su mayor parte en el Estado de ejecución.

Bajo nuestro punto de vista, entendemos que todos los casos del art. 11 son susceptibles de consultas para facilitar su aplicación en el EJ, ya que como se ha indicado, no son impedimentos automáticos, como así dispone el art. 15, ya que las autoridades competentes del Estado de emisión y del Estado de ejecución, podrán consultarse con el fin de facilitar la aplicación de la DM 947.

También en los casos en los que la sentencia se refiera a hechos no constitutivos de infracción penal en el Estado de ejecución, o de hechos cometidos, de una forma total, mayoritaria o esencial en este<sup>840</sup>, podrá decidir, no obstante, la autoridad competente de este, de acuerdo con la autoridad competente del Estado de emisión<sup>841</sup>, realizar la vigilancia de la medida, o las medidas, de libertad vigilada o de la pena sustitutiva, o las penas sustitutivas, impuestas por la sentencia y, en su caso, por la resolución de libertad vigilada que le hubieren sido presentadas, sin asumir la responsabilidad de adoptar ninguna de las decisiones ulteriores<sup>842</sup>. Por lo tanto, aún comprometiéndose a hacer cumplir las medidas y las penas en cuestión, el Estado de ejecución no se compromete hasta tal punto de tener que dictar alguna resolución de modificación, revocación o imposición de pena alguna, en relación con la pena suspendida, la libertad condicional, la condena condicional y la pena sustitutiva, en particular en caso de incumplimiento de una medida de libertad vigilada o pena sustitutiva o si la persona condenada comete una nueva infracción penal.

## 5.9. Régimen jurídico aplicable al cumplimiento de medidas o penas sustitutivas

### 5.9.1. Sistema general o básico

Se parte del art. 13, que prescribe que la vigilancia y la ejecución de las medidas y penas objeto de la norma, se regirán por el Derecho del Estado de ejecución<sup>843</sup>. Acorde con esta aplicación del Derecho del Estado de ejecución, encontramos la posibilidad de adaptación de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas<sup>844</sup>. De esta manera, si las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas pertinentes sean, por su naturaleza o duración, o por la duración del período de libertad vigilada, incompatibles con el Derecho de este, la autoridad competente de dicho Estado miembro podrá adaptarlas a la naturaleza o duración de las medidas de libertad vigilada o penas sustitutivas, o a la duración del período de libertad vigilada, que se apliquen en su Derecho nacional a infracciones equivalentes.

Las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas o la duración del período de libertad vigilada, una vez adaptadas, deberán corresponder tanto como sea posible

<sup>840</sup> Es decir, en los supuestos de las letras d) o k).

<sup>841</sup> Esta posibilidad del apartado 4 del art. 11, no tiene equivalente en la DM 909.

Sería una especie de adaptación parcial, análoga a la figura del art. 10 de la DM 909 de 2008.

<sup>842</sup> O sea, las contempladas en el artículo 14, apartado 1, letras a), b) y c).

<sup>843</sup> Este artículo, en su segundo párrafo, se refiere a lo que en España sería la satisfacción de la responsabilidad civil, ya que indica que la autoridad competente del EJ podrá vigilar la obligación contemplada por el artículo 4, apartado 1, letra h), exigiendo a la persona condenada que presente pruebas del cumplimiento de una obligación de reparación del daño causado por la infracción.

Sorprende, a los operadores jurídicos españoles, la introducción de este precepto, toda vez que de todo hecho delictivo se deriva una reparación y, por tanto exigible; además de que la propia legislación penitenciaria entiende como parte del tratamiento penitenciario la satisfacción de la responsabilidad civil (art. 72 LOGP). Causa aún más desconcierto, cuando es una de las posibles medidas de libertad vigilada que hace obligatoria el art. 4.1 de la DM 947 (“h) obligación de reparar económicamente los daños causados por la infracción o de presentar pruebas del cumplimiento de esta obligación”).

<sup>844</sup> Vid. art. 9 DM.

a las dictadas en el Estado de emisión. Incluso, si no se ha iniciado el cumplimiento, podría este retirar el certificado<sup>845</sup>. De producirse la adaptación, la duración de la medida de libertad vigilada, la pena sustitutiva o el período de libertad vigilada, no será inferior a la duración máxima establecida para infracciones equivalentes con arreglo al Derecho del Estado de ejecución. Tampoco podrán ser más severas ni más largas que las medidas de libertad vigilada, las penas sustitutivas o el período de libertad vigilada inicialmente impuestos.

### 5.9.2. Decisiones ulteriores

Como tales, podemos definir la adoptadas por cualquier autoridad, judicial o administrativa del Estado de ejecución, o bien, del Estado de emisión relacionada con la pena suspendida, la libertad condicional, la condena condicional y la pena sustitutiva, en especial en caso de incumplimiento de una medida de libertad vigilada o pena sustitutiva o si la persona condenada comete una nueva infracción penal<sup>846</sup>. En principio, para estas decisiones ulteriores, sólo es aplicable el Derecho del Estado de ejecución<sup>847</sup>, pero el apartado 3 de este art. 14 da la posibilidad de que la competencia regrese al Estado de emisión, concurriendo determinadas circunstancias. Esas decisiones ulteriores, entre otras<sup>848</sup> serán: la modificación de las obligaciones o instrucciones contenidas en la medida de libertad vigilada o pena sustitutiva, o la modificación de la duración del período de libertad vigilada; la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la resolución de la puesta en libertad condicional; y la imposición de una pena privativa de libertad o medidas de privación de libertad en caso de una pena sustitutiva o de una condena condicional. En caso de comisión de una nueva infracción penal, nada obsta, ni puede impedir, la persecución del delito o falta por las autoridades competentes.

Como antes indicábamos, los Estados miembros al transponer la Decisión marco 2008/947/JAI o con posterioridad, podrán observar<sup>849</sup>, que cuando actúen como Estado de ejecución no asumirán las competencias referentes a la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la resolución de la puesta en libertad condicional y a la imposición de una pena privativa de libertad o medidas de privación de libertad en caso de una pena sustitutiva o de una condena condi-

---

<sup>845</sup> Por ello, indica el apartado 4 del art. 9 que una vez recibida la información contemplada en los artículos 16, apartado 2, o 18, apartado 5, la autoridad competente del EE podrá decidir retirar el certificado mencionado en el artículo 6, apartado 1, siempre y cuando no haya comenzado todavía la vigilancia en el EJ.

<sup>846</sup> Vid. art. 14 DM 947.

Entendemos comprendidas en la expresión infracciones penales, tanto los delitos, como las faltas. Así el art. 10 del CP, situado en el Título Primero "De la infracción penal", indica que son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

<sup>847</sup> El Derecho del EJ será aplicable a las decisiones adoptadas con arreglo al apartado 1 del art. 14, y a todas las consecuencias subsiguientes de la sentencia, incluida, si ha lugar, la ejecución de la pena privativa de libertad o la medida de privación de libertad y, en caso necesario, la adaptación de dicha pena o medida.

<sup>848</sup> La Decisión marco no adopta un sistema cerrado, sino que además de las que indica pueden adoptarse otras si son pertinentes.

<sup>849</sup> Estas declaraciones, que se realizarán mediante notificación a la Secretaría General del Consejo, podrán retirarse en cualquier momento. Las declaraciones y las retiradas de declaraciones, se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea.

cional, es decir, las letras b) y c) del art. 14.1, en los casos que indique en la declaración<sup>850</sup>.

Si la autoridad competente del Estado de ejecución, considera que debe adoptarse una decisión ulterior conforme al apartado 1, letras b) o c)<sup>851</sup>, en caso de incumplimiento de una medida de libertad vigilada o pena sustitutiva, si este ha efectuado la “reserva” del apartado 3, se devolverá la competencia a la autoridad competente del Estado de emisión. No obstante, hacerse la “reserva” por el Estado de ejecución, este seguirá teniendo, según el art. 14.5, la obligación de reconocer la sentencia y, en su caso, la resolución de libertad vigilada, y la obligación de adoptar sin demora todas las medidas necesarias para la vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas, en los casos que en aplicación de la Decisión marco 2008/947/JAI<sup>852</sup>, esté obligado y no concurra causa para denegar el reconocimiento y la vigilancia dispuestas en el art. 11. A colación de las decisiones ulteriores, la Decisión marco continúa haciendo referencia en el art. 16 a las obligaciones, especialmente informativas, de las autoridades afectadas cuando la competencia respecto de las resoluciones ulteriores corresponde al Estado de ejecución, es decir, en los casos en que no se ha hecho la “reserva” del art. 14.3, antes comentado.

La autoridad competente del Estado de ejecución, informará de inmediato, de forma que deje constancia escrita de toda decisión relativa a: la novación de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas; de la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o de la revocación de la resolución de puesta en libertad anticipada; de la ejecución de una pena privativa de libertad o de una medida de privación de libertad por incumplimiento de una medida de libertad vigilada o una pena sustitutiva; y de la extinción de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas<sup>853</sup>. Por ello, la autoridad competente del Estado de ejecución, que hubiera formulado la “reserva” del art. 11.4, deberá informar a la autoridad competente del Estado de emisión en caso de incumplimiento, por parte de la persona condenada, de la medida de libertad vigilada o de la pena sustitutiva.

La comunicación entre autoridades competentes en estos dos casos, se hará mediante el impreso normalizado del anexo II; aunque en el caso de la letra c), del apartado 1, la comunicación se puede hacer por cualquier medio que deje constancia escrita, aunque se prefiere, por el legislador europeo, el uso del anexo II, posibilidad

---

<sup>850</sup> La Decisión marco al respecto, indica unos casos o categorías, que entendemos serán los más usuales, pero no los únicos, así: con respecto a las penas sustitutivas, cuando la sentencia no imponga una pena privativa de libertad o medida de privación de libertad que deba aplicarse en caso de incumplimiento de las obligaciones o requerimientos de que se trate; con respecto a las condenas condicionales; y en los casos en que la sentencia se refiera a hechos que no constituyan infracción según el Derecho del EJ, sean cuales fueren sus elementos constitutivos o su calificación.

<sup>851</sup> Estimamos que también en el caso de tener que adoptarse otra medida que no vaya a ser tomada por el Estado de ejecución.

<sup>852</sup> Vid. art. 8.1 DM 947.

<sup>853</sup> También indica el art. 16, en su punto 2, que inmediatamente después de la recepción de la sentencia y, en su caso, de la resolución de libertad vigilada, junto con el certificado del anexo I, el EJ y a petición del EE, le informará de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista por el Derecho nacional del EJ para la infracción que dio lugar a la resolución y que podría imponerse a la persona condenada en caso de incumplimiento de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas.

que no se da para las letras a) y b), con respecto a las cuales imperativamente se ha de emplear al modelo normalizado<sup>854</sup>.

En sentido contrario y de la misma manera, la autoridad competente del Estado de emisión, informará de inmediato a la autoridad competente del Estado de ejecución, por cualquier medio que deje constancia escrita, de todas las circunstancias o datos que, a su entender, pudieran causar la adopción de una o varias decisiones ulteriores<sup>855</sup>.

Si es competencia del Estado de emisión la adopción de las denominadas resoluciones ulteriores<sup>856</sup>, la autoridad competente del Estado de ejecución, le comunicará de inmediato<sup>857</sup>: todo dato que pueda tener como efecto la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o revocación de la resolución de puesta en libertad condicional; todo dato que pueda suponer la imposición de una pena privativa de libertad o medida de privación de libertad; y todos los hechos y circunstancias ulteriores cuya comunicación solicite la autoridad competente del Estado de emisión y que sean esenciales para que esta pueda adoptar las resoluciones subsiguientes de conformidad con su Derecho nacional.

Como contrapartida, para dar coherencia y agilidad al sistema, el apartado 5 del art. 17 dispone que, la autoridad competente del Estado de emisión, informará, a la mayor brevedad, a la autoridad competente del Estado de ejecución de toda decisión relativa a: la revocación de la suspensión de la ejecución de la sentencia o la revocación de la resolución de puesta en libertad condicional; la aplicación de la pena privativa de libertad o medida de privación de libertad cuando dicha medida esté incluida en la sentencia; la imposición de una pena privativa de libertad o medida de privación de libertad, cuando dicha medida no esté incluida en la sentencia, y la extinción de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas.

## 5.10. Otras disposiciones de la Decisión marco 2008/947/JAI

Con respecto a la lengua del certificado del anexo I se indica en el art. 21 que se traducirá a la lengua oficial o a una de las lenguas oficiales del Estado de ejecución<sup>858</sup>. No se entiende el motivo por el que sólo se debe traducir obligatoriamente, el anexo I y no también el anexo II. Con regulación análoga a la Decisión marco 2008/909/JAI,

---

<sup>854</sup> Vid. Art.17.3 DM.

<sup>855</sup> Es decir, una decisión de las decisiones de las letras a), b) o c) del apartado 1, entendemos del art. 16, aunque no se indica nada.

Asimismo, pensamos que de la misma forma, serán objeto de comunicación por el EE al EJ, cuando no se trate de alguna de estas medidas mencionadas expresamente en la Decisión marco, pero que si fueran relevantes.

<sup>856</sup> Si, el Derecho del Estado de emisión dispone que, el condenado ha de ser oído por la autoridad judicial antes de que se adopte una decisión sobre la imposición de una pena, como es el caso de España, este requisito podrá cumplirse, *mutatis mutandis*, de conformidad con los procedimientos establecidos en instrumentos de Derecho internacional o de la Unión Europea que contemplen la posibilidad de realizar audiencias mediante videoconferencia.

En nuestro país, según el art. 3.1 del CP, no podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme, dictada por Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

<sup>857</sup> Vid. art. 17.

<sup>858</sup> Cualquier Estado miembro podrá, cuando se adopte la DM 947 o en fecha posterior, hacer constar mediante declaración depositada en la Secretaría General del Consejo que aceptará una traducción a una o varias de las demás lenguas oficiales de las instituciones de la Unión Europea.

el art. 22 carga con los gastos al Estado de ejecución, salvo los acaecidos con exclusividad en el Estado de emisión<sup>859</sup>.

La Decisión marco entra en vigor el mismo día de su publicación en el DOUE, es decir, el 16 de junio de 2008. La transposición por parte de los Estados miembros, tiene como fecha límite el 6 de diciembre de 2011<sup>860</sup>.

En relación con otros Convenios y Acuerdos<sup>861</sup> en la propia Decisión marco 2008/947/JAI<sup>862</sup>, se nos hace saber que uno de los motivos por los que el Consejo de la UE aprueba la norma es la necesidad de potenciar el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito de las condenas en suspenso y la libertad condicional, ya que el Convenio del Consejo de Europa de 30 de noviembre de 1964, relativo a la vigilancia de las personas con condenas en suspenso o en libertad condicional, sólo lo han ratificado doce Estados miembros, formulando, a su vez, muchas reservas, limitando así su aplicación y operatividad. Es necesario un instrumento jurídico en el que participen todos los Estados miembros y más eficaz. En consonancia con estas intenciones, la Decisión marco 2008/947/JAI relevará, desde el 6 de diciembre de 2011<sup>863</sup>, en las relaciones entre los Estados miembros al mencionado Convenio de 30 de noviembre de 1964<sup>864</sup>.

La Decisión marco entra en vigor según el art. 27, el día siguiente de su publicación en el DOUE, es decir, surte efectos desde el 17 de diciembre de 2008. Se dan unas disposiciones transitorias que diferencian el régimen de aplicación antes y después del 6 de diciembre de 2011. Antes de esa fecha y desde el 6 de diciembre de 2008, se aplican, aunque parece que con matices según el art. 23.2, los textos vigentes relativos al traslado de personas condenadas<sup>865</sup>. En la medida en que permitan ir más allá de las disposiciones de la presente Decisión marco y contribuyan a simplificar o facilitar los procedimientos de vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas<sup>866</sup>, los Estados miembros podrán celebrar convenios y acuerdos bilaterales o multilaterales después del 6 de diciembre de 2008<sup>867</sup>.

<sup>859</sup> Vid. art. 24 de la DM 909 de 2008.

Hemos de destacar que en la DM 947, no se hace referencia a los gastos del traslado, que en la DM 909, correspondían al EE. En muchos casos, el desplazamiento de un Estado a otro, lo hará la persona condenada por sus propios medios, aunque no siempre, por lo que entendemos que en estas ocasiones serán sufragados por el Estado de emisión.

<sup>860</sup> No tenemos constancia de iniciativa legislativa alguna en España para la adaptación de la norma a nuestro Derecho. De este modo, una vez superada la máxima para la transposición, se deberá tener presente la doctrina, ya analizada *supra*, relativa a los efectos directos de las Decisiones marco.

<sup>861</sup> Estimamos impropio el título de este art. 23, ya que habla de otros convenios y acuerdos, cuando nos encontramos ante una Decisión marco, que no es ni una cosa, ni otra, sino una norma propia del antiguo Tercer Pilar comunitario, que mantiene su vigor y rango jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

<sup>862</sup> Vid. Considerandos 2 y 4.

<sup>863</sup> Que es la fecha límite de transposición por los Estados miembros de la DM 947 de 2008.

<sup>864</sup> Vid. art. 23.1 DM 947.

<sup>865</sup> "en la medida en que permitan ir más allá de los objetivos de esta y contribuyan a simplificar o facilitar los procedimientos de vigilancia de las medidas de libertad vigilada o las penas sustitutivas." (art. 23.2 DM 947).

Es decir, incluso, antes de la fecha límite de transposición de la Decisión marco, esta ya deja sentir sus efectos. Entendemos esto, como una aplicación directa de la Decisión marco, incluso antes del plazo dado, a los Estados miembros, para su adaptación.

<sup>866</sup> Art. 23.3.

<sup>867</sup> Según el apartado 4 del art. 23 de la Decisión marco 947, los Estados miembros, antes del 6 de marzo de 2009, notificarán al Consejo y a la Comisión los convenios y acuerdos vigentes mencionados en el apartado 2, art. 23, que deseen seguir aplicando. Igualmente los Estados miembros notificarán también al Consejo y a la Comisión todos los nuevos convenios y acuerdos a que se refiere el apartado 3, del mismo art, en los tres meses siguientes a su firma.

Con posterioridad al 6 de diciembre de 2011, a las solicitudes de traslado, se les aplicará la normativa adoptada por los Estados miembros en virtud de la presente Decisión marco<sup>868</sup>. Los Estados miembros habrán de tener transpuesta la Decisión marco 2008/909/JAI antes del 6 de diciembre de 2011. El Consejo deberá verificar<sup>869</sup>, antes del 6 de diciembre de 2014<sup>870</sup>, según informe de la Comisión, el cumplimiento de la Decisión marco 2008/947/JAI por los Estados miembros, en base a los textos de las disposiciones por las que incorporen a sus ordenamientos internos las obligaciones que se derivan de la misma. El Consejo, en concreto deberá valorar en qué medida los Estados miembros han adaptado sus normas internas a la Decisión marco 2008/947/JAI<sup>871</sup>.

---

<sup>868</sup> En caso de no transposición o de hacerse de forma incorrecta sería de aplicación la doctrina del TJUE referente al efecto directo de las Decisiones marco.

<sup>869</sup> Por el título del artículo "Revisión", se está dejando claro, que este informe de la Comisión tiene como fin el controlar la aplicación de la DM 947, instando a los Estados miembros a las modificaciones que efectivamente no hubiera hecho, utilizando para ello, de ser necesario los instrumentos que el Derecho de la UE da a las instituciones, para constreñir a los Estados miembros al cumplimiento de sus obligaciones.

<sup>870</sup> Es decir, en este caso el plazo para el informe de la Comisión es superior en dos años, al análogo que tiene que emitir en aplicación de la DM 909.

<sup>871</sup> Vid. art. 26 DM 947.

# **CONCLUSIONES**



La Unión Europea es una necesidad para los Estados miembros y para sus ciudadanos. En un mundo globalizado de rápidos intercambios personales y económicos, el modelo de los Estados-nación no es suficiente para desenvolverse en la Comunidad Internacional. El proceso de integración en Europa, creemos, no concluirá con un súper Estado, sino con una organización internacional de integración, regida por normas ágiles y eficaces de toma de decisiones y de posicionamiento internacional, es decir, un *ultra-Estado*: una nueva forma jurídica de organización del poder que sólo el tiempo nos dirá en qué consiste exactamente. Esta ha de garantizar, con respeto a la identidad de los Estados miembros, los valores y principios de la historia europea y los Derechos Humanos, la estabilidad económica, la presencia de Europa en el mundo y el progreso de la humanidad. Vivimos en un período de internacionalización de los problemas y soluciones de toda índole. Ante el fenómeno de la globalización, la regionalización o integración que supone la Unión Europea es un eficaz instrumento para la reorientación de la nueva realidad, tanto en materias económicas, jurídicas, sociales y de todos los ámbitos.

Dentro de este proyecto, se incluye ya de manera destacada, una vez superada la exclusividad inicial de materias económicas en la UE el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que se incardina el *Espacio Penitenciario Europeo*. Por ello, el Derecho Penal, el de Ejecución de Penas y el Penitenciario, han de atender a fórmulas transnacionales para resolver los problemas que se le presentan y que, sin duda alguna, se irán manifestando con mayor intensidad en el futuro próximo. Lo que podemos denominar *sociedad internacional*, la existencia de organizaciones internacionales de integración y el debilitamiento del modelo Estado-nación afecta también a la ejecución de sanciones penales. Los Juristas tienen que estar preparados ante este nuevo escenario y familiarizados con una *gobernanza* internacional y la aplicación de normas procedentes de distintos ordenamientos que interactúan entre sí, con el objeto de dar respuesta a esta nueva realidad jurídica.

*Primera.*- La capacidad ambulatoria de los ciudadanos, derivada eminentemente del derecho a la libre circulación y residencia en la Unión, como ya hemos destacado, el desarrollo de los medios de comunicación y el abaratamiento de los desplazamientos, junto a razones laborales, de estudio, turísticas, etc., ha hecho que la comisión de delitos en Estados miembros distinto del que se es nacional o en el que se reside, aumente en el último tercio del siglo XX. Como es lógico, de la misma forma que

se eleva la modalidad de delincuencia en la que el sujeto activo es un nacional de un Estado miembro en otro Estado miembro, se incrementa la presencia de los mismos en la cárceles. Esto conlleva el eventual cumplimiento de una pena privativa de libertad en un Estado en el que no se tiene vinculación alguna, lo que es corolario de la necesidad de dotarnos de un verdadero y cierto *Espacio Penitenciario Europeo*.

A este lo podemos definir como el territorio físico y, a la vez, las normas jurídicas procedentes de las Instituciones de la Unión Europea, que con respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y las normas de los Estados miembros relativas a la ejecución de las sanciones penales y administrativas sancionadoras, tiene como fin principal el cumplimiento de las condenas, con respeto de los derechos humanos tanto de condenados como de las víctimas. En esta definición entrarían materias propias del Derecho Penal Público, el Derecho de Ejecución de Penas, Derecho Penitenciario, Derecho Internacional y Derecho de la Unión Europea. Este Espacio es ineludible para la superación de las disfunciones que provocan la interrelación de ordenamientos jurídicos diferentes, que no han sido armonizados o aproximados, en cuanto al cumplimiento penal.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de enero de 2009, el ELSJ -desarrollado en los artículos 67 a 89 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- y el *Espacio Penitenciario Europeo* se verán potenciados. Estará la UE más legitimada y dispondrá de más competencias en estas materias, ya que desaparece la estructura de pilares, “comunitarizándose” plenamente las normas del antiguo Tercer Pilar como competencias de naturaleza compartida, que como hemos tenido ocasión de examinar, estarán regidas por los principios de primacía del Derecho de la Unión, compensado con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

La cooperación judicial penal tiene un impulso importante con el Tratado de Reforma, donde la clarificación de fuentes y competencias, junto con el perfeccionamiento de los mecanismos de garantías de los derechos fundamentales que tan afectados se ven por la materia penal. El reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales, sigue siendo la palanca con la que se mueve el mundo de la Justicia penal en la Unión. Pero entendemos que la armonización o aproximación de las legislaciones se efectuará solamente en base a las necesidades que pudieran ir apareciendo en el camino de la integración en la materia y en la voluntad que muestren los Gobiernos de los Estados. No obstante, mediante el procedimiento legislativo ordinario, se podrán introducir medidas para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la Administración de Justicia y facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones.

Este *Espacio Penitenciario Europeo* se basa, eminentemente, en las leyes penales y penitenciarias de los Estados miembros; resoluciones del Consejo de Europa y demás normas internacionales sobre la materia y los Derechos Humanos. Asimismo se fundamenta en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por

las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea; la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas; la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional; la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; la orden europea de detención y entrega y en los Tratados y el Derecho derivado.

Las normas que hacen referencia a la ciudadanía europea, como institución jurídica al servicio de los ciudadanos, tienen igualmente influencia en el *Espacio Penitenciario Europeo*. Entendemos que con esta se refuerzan los derechos e intereses legítimos de las personas condenadas a sanciones penales en general o a algún tipo de privación de libertad en concreto. Piénsese en derechos tales como la no discriminación por razón de la nacionalidad, el de dirigirse a Instituciones y autoridades de la UE como el Defensor del Pueblo, el derecho a la buena Administración, etc. De esta manera independientemente del Estado de la Unión y de su Derecho interno en que una persona esté cumpliendo pena de prisión, será titular y podrá hacer valer unos derechos por el hecho de ser ciudadano europeo. Además si estos tienen conciencia de la existencia de unos derechos comunes que les amparan con independencia del Estado miembro del que se sea nacional, se logrará una “unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”. A nuestro juicio todo el haz de derechos que como hemos descrito en este trabajo componen la ciudadanía europea es corolario de la superación de la conformación exclusivamente económica del proceso de integración.

*Segunda.-* No obstante, ser el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales el pilar básico de la cooperación judicial penal en la UE, las características del cumplimiento de las penas por los condenados a sanciones penales, han de tener cierta uniformidad en todos los Estados miembros. Sin embargo, por el momento, no están armonizadas estas legislaciones en materia penitenciaria ni de ejecución penal. Pero tanto la ciudadanía de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales, como el propio Ordenamiento Jurídico de la UE, incluidas las resoluciones de los órganos judiciales, son elementos determinantes para la configuración del *Espacio Penitenciario Europeo*, y que potencian esta homogeneidad. Por ello, es urgente la adaptación de los ordenamientos jurídicos internos, normas positivas y jurisprudencia, de los Estados miembros a las normas relativas al *Espacio Penitenciario Europeo*, que emanan de las Instituciones de la UE.

*Tercera.-* Siempre que no se produce una adaptación o introducción al Derecho interno de los Estados de las normas procedentes de las Instituciones de la Unión, hay un perjuicio para los particulares. El patrimonio jurídico de las personas se ve disminuido de forma importante, si una Decisión marco o una directiva del *Espacio Penitenciario Europeo* no es desarrollada por el órgano correspondiente estatal. En estos casos los particulares podrían beneficiarse de lo que se ha denominado *efecto útil* de las directivas y las Decisiones marco. Así de encontrarnos con una directiva,

examinando el caso concreto, su naturaleza y estructura, en el supuesto de incumplimiento de los Estados miembros de la obligación de transposición de la norma a su Derecho interno y de su obligación general de cooperación y no obstaculización de los actos procedentes de las Instituciones de la UE, esta podría ser directamente apelable por los particulares ante la Administración y la jurisdicción. Para ello la norma no ha de estar sujeta a ninguna condición y ser lo suficientemente precisa para poder ser directamente aplicable y, con ello, beneficiar y no perjudicar en ningún caso a los particulares en sus relaciones con el Estado. De este modo, en caso de no transposición o adaptación incorrecta de las normas de la UE del *Espacio Penitenciario Europeo* por los Estados miembros, los ciudadanos, en lo que les benefician, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, pueden instar la aplicación, en ciertas circunstancias, directamente de directivas.

Asimismo, las Decisiones marco, que dejarán de ser la norma arquetípica una vez transcurridos cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa pero que permanecen en vigor y mantienen sus efectos hasta su modificación, anulación o derogación, pueden producir un efecto análogo. Aunque engendradas sin posibilidad de producir efecto directo alguno según la anterior redacción del art. 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea, en aplicación de la doctrina derivada del caso Pupino, pueden llegar a ser aplicadas en base a un *efecto útil* equivalente al de las directivas. En base a ello, las Decisiones marco que han supuesto un instrumento de primer orden en la construcción de la cooperación judicial penal, pueden ser instadas por los particulares en lo que le aprovechen si los Estados miembros no cumplen sus obligaciones con respecto a la adaptación de sus Ordenamientos internos. Esta aplicación directa puede ser tanto otorgando derechos individuales como condicionando la interpretación del Derecho interno vigente, hubiera sido o no modificado este.

A colación del eventual *efecto útil* de las directivas y de las Decisiones marco, hemos de destacar que al tener la mayoría de estas normas un carácter sancionador, les sería de aplicación la limitación de aplicación retroactiva y de interdicción del incumplimiento del principio de legalidad de los delitos y las penas. Aunque, no obstante, existen un conjunto de Decisiones marco -la mayoría las podemos incluir como propias del *Espacio Penitenciario Europeo*-, que tienen un carácter más procedimental o que su aplicación retroactiva beneficia al condenado. Especialmente hemos de señalar las Decisiones marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008; la Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, y la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009. Estas normas dan claramente una serie de garantías a las personas condenadas a penas privativas de libertad, que le han sido o no sustituidas por otras, que tendrán un efecto retroactivo, al ser beneficiosas para el condenado, y que les será de aplicación los efectos derivados de la sentencia *Pupino* y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación a las directivas.

*Cuarta.*- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, tras alcanzar con el Tratado de Lisboa el mismo rango jurídico que el Derecho originario, es un instrumento jurídico importantísimo, como garante de los derechos más relevantes de la persona e inalienables en ningún caso, para la integración europea y para el patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos, además de para nacionales de terceros Estados. Dado que en el Estado de Derecho, los derechos humanos y el *ius puniendi*

-el monopolio de la violencia Estatal concretado en el Derecho Penal-, están o deberían estar indisolublemente unidos, será la Carta de destacada aplicación para los condenados en Estados miembros, en los que no residen o de los que no son nacionales, en garantía de sus derechos e intereses jurídicos. Es de aplicación a las Instituciones y organismos de la UE, además de a los Estados miembros cuando actúen en base al Derecho de la Unión, incluidas sus excepciones o derogaciones. En especial esta influencia será de especial relevancia en lo que respecta a la igualdad y no discriminación, protección de datos de carácter personal, tutela judicial efectiva, no sometimiento a penas o tratos inhumanos o degradantes, legalidad y proporcionalidad de delitos y penas y la aplicación del principio *non bis in idem*.

La propia Carta y la ciudadanía europea, en sí misma consideradas, serán elementos importantes como configuradores del *Espacio Penitenciario Europeo*. La existencia de un catálogo de Derechos con el máximo rango jurídico en el Derecho positivo de la Unión se suma a las demás normas en forma de Decisiones marco, en un ámbito de tanta incidencia en los derechos fundamentales como es la ejecución penal. De este modo, al ser la Carta un instrumento internacional de derechos humanos, no obstante, la delimitación de competencias que rige la UE, será aplicable y podrá ser utilizado por los ciudadanos ante los órganos jurisdiccionales, con independencia del ámbito en que se aplique: siendo la aplicación de la Carta en España especialmente propicia vía artículo 10.2 de la Constitución.

*Quinta.*- Como ya se ha señalado el Derecho derivado en el *Espacio Penitenciario Europeo* tiene como clave bóveda el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales. Dicho principio parte de la “euro-orden”, establecida en el Derecho de la UE por la Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros. Los avatares que sufrió este instrumento en forma de cuestiones prejudiciales y resoluciones de Tribunales Constitucionales de los Estados miembros -como el alemán, el polaco y el chipriota- en relación al principio de doble incriminación, la entrega de nacionales, el principio de legalidad penal y la propia competencia de las Instituciones europeas para regular este ámbito, han marcado las Decisiones marco posteriores. La lucha contra el terrorismo, el crimen organizado y las formas más graves de delincuencia no deben hacer retroceder, en pro de una represión penal y policial más “eficaz”, a los derechos y garantías del proceso penal que son propios de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros.

Como hemos intentado demostrar en los nuevos instrumentos de cooperación judicial penal, se han de potenciar las garantías de los derechos procesales y la unificación a nivel europeo del concepto de rebeldía. El derecho al abogado desde el inicio de las primeras diligencias, no pudiendo hacer depender este derecho de cada legislación en particular. Se ha de incrementar la posibilidad de puesta en libertad del encausado en base a los instrumentos jurídicos de nuevo cuño y no el acudir en exceso a la privación de libertad como medida cautelar. Se han de realidad las innovaciones legislativas oportunas para habilitar la posibilidad de realizar videoconferencias para agilizar la tramitación de la “euro-orden” y de cualquier otro instrumento propio del *Espacio Penitenciario Europeo*; introducir a la hora de resolver, plazos taxativos y no meramente orientativos.

En los textos europeos tienen que hacerse más referencias a la situación penitenciaria del eventual condenado, especialmente a la reinserción de éste. La confianza mutua entre Estados y autoridades judiciales tiene que potenciarse en los casos en que se esté cumpliendo condena de prisión y sea procedente una entrega temporal, ya que la demora de la entrega para el final de la pena condiciona la posibilidad de mejora en la situación penitenciaria del interno pues la existencia de un juicio pendiente en otro Estado es un claro óbice para ello. Igualmente, es procedente el aumento de la claridad en la regulación en el caso de concurrir distintos órdenes europeos en un mismo sujeto. También se ha de habilitar la posibilidad de enjuiciar, en base a la confianza mutua, por nuevos hechos que no hubieren sido indicados a la hora de cursar la orden europea; y la introducción de la potestad de todo Estado europeo de poder suspender una entrega, en caso de violación grave y persistente de los Derechos Humanos por el Estado solicitante. Hay de la misma forma una necesidad de aproximar las legislaciones penales sustantivas y procesales de los Estados miembros, ya que la Decisión marco habla de categorías de delitos que pueden ser interpretados de forma distinta en cada Estado.

Como hemos tenido la oportunidad de examinar en la investigación, la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a favor de la aplicación la “euro-orden” impulsando la cooperación judicial penal, ante los recelos de ciertos Estados miembros, será una apoyatura para la aplicación e interpretación de las normas del *Espacio Penitenciario Europeo*. Entendemos que además de un problema de legalidad o legitimidad del ELSJ para regular materias de la esfera penal, de fondo hay un problema de desenfoque o de necesidad de cambio de mentalidad ante la nueva realidad del mundo globalizado e integrado. Al cuestionarse la necesidad y conveniencia de normas como la “euro-orden”, que sin duda puede ser objeto de mejora como hemos destacado, y las otras Decisiones marco del *Espacio Penitenciario Europeo* se está haciendo un flaco favor a las necesidades de la sociedad en la lucha contra las nuevas formas de criminalidad y de adoptar nuevas estrategias para el tratamiento de presos y víctimas de hechos delictivos, como pueden ser las Decisiones marco 2008/909/JAI, 2008/947/JAI o la 2001/220/JAI.

*Sexta.*- La transnacionalidad favorece el impago de las sanciones penales pecuniarias. El hecho de que se imponga una multa en un Estado miembro distinto del que se reside o del que se localiza el patrimonio del condenado es un coadyuvante para el incumplimiento de la sanción penal. La pena de multa está adquiriendo en las últimas reformas penales en derecho comparado europeo bastante importancia como sanción penal, como medida alternativa a la imposición de una pena de prisión o al cumplimiento de la misma como medidas sustitutiva, o bien, en cuanto responsabilidad personal subsidiariedad en caso de impago.

La respuesta que el *Espacio Penitenciario Europeo* da a esa realidad no es del todo acorde con el Derecho interno español ya que en la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, se da un concepto de estas penas que excede de nuestro Derecho vigente. En cuanto que se entienden como tales además de lo que son las multas penales en nuestra legislación penal, días-multa y multa proporcional, las costas y cantidades a entregar a un fondo público u organización de apoyo a las víctimas, se incluyen elementos propios de la compensación en

beneficio de la víctima, pero siempre que, conforme al Derecho del Estado miembro, la víctima no pueda ser parte civil en el proceso penal. Aunque desde el punto de vista pasivo, España en cumplimiento de la Ley 1 de 2008, por la que se transpone a España la Decisión marco 2005/214/JAI, tendrá que ejecutar, entendemos, órdenes de reparación de daños y perjuicios, procedentes de infracciones penales, dictadas por autoridades judiciales de Estados miembros, si la víctima no puede ser parte civil en el procedimiento y el órgano judicial interviene en virtud de su jurisdicción penal.

Con respecto a la ejecución de sanciones pecuniarias dictadas en Estados miembros de la UE que tienen que ser ejecutadas en España, se rompe el monopolio de facto que tenía la Audiencia Nacional hasta el momento en materia de cooperación judicial penal internacional. En esta materia serán los Jueces de los Penal los encargados de la ejecución, pero con la novedad de poder tener que ejecutar sanciones pecuniarias impuestas por autoridades administrativas, pero en íntima relación con la ámbito penal, de otro Estado miembro. En este punto concluimos la necesidad de la reforma de la legislación española ya que la posibilidad de que una sanción administrativa pueda ser recurrible ante la jurisdicción penal es casi inexistente, lo que hace de hecho inaplicable esta posibilidad en España.

*Séptima.*- Hay una necesidad en el ELSJ y más concretamente en el *Espacio Penitenciario Europeo* de establecer una obligación mínima para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros. No todos los Estados atribuyen efectos a las condenas dictadas en otros Estados miembros, teniendo sólo presentes las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales. Todo Estado miembro ha de atribuir a una condena pronunciada en otro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional, ya se trate de efectos de hecho o de Derecho procesal o sustantivo según el Derecho nacional. Pero ese objetivo no ha de significar, en virtud del principio de subsidiariedad, la armonización de las consecuencias que las diferentes legislaciones nacionales reconocen a la existencia de condenas anteriores. Por ello en la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008), sólo se impone la obligación de tener presente condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros, en la medida en que se tienen en cuenta las condenas nacionales anteriores con arreglo al Derecho nacional.

Entre los importantes efectos jurídicos que pueden atribuirse a estas condenadas entre Estados miembros, como la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, en materia estrictamente penitenciaria, como hemos examinado, encontramos el posible efecto que puede producir ante una eventual acumulación o en una refundición de condenas, si esta institución jurídica existe en el Derecho nacional donde la persona está cumpliendo pena privativa de libertad. En esta concreta materia no habiéndose transpuesto al Derecho interno español la Decisión marco 2008/675/JAI, habiendo ya expirado el plazo prescrito por la norma para hacerlo, si una posible refundición o acumulación pudiera beneficiar al reo, entendemos plenamente aplicable el *efecto útil* o directo de las directivas y de la Decisiones marco que deriva de la sentencia *Pupino*.

*Octava.*- Capital para la consecución del ELSJ y el Espacio Penitenciario Europeo, es la posibilidad de que los antecedentes penales en la Unión Europea sean suministrados a las autoridades judiciales y gubernativas de una manera tanto eficaz como segura, respetando los derechos de las personas que han sido condenadas. La necesidad de intercambio de la información contenida en los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros de la Unión es una materia paradigmática de la necesidad de creación de un verdadero *Espacio Penitenciario Europeo* y de una eficaz cooperación en el ámbito penal. Los textos existentes en la materia como Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 1959 y sus Protocolos adicionales y el Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000 y su Protocolo de 2001, no dan una respuesta suficiente a la realidad criminal que surge en la UE derivada de la libre circulación de personas y la supresión de fronteras que favorecen la delincuencia “multinacional”.

A este fin juzgamos insuficiente la Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, que hace referencia a la utilización que los Estados miembros hagan de la información transmitida por otro Estado miembro, relativa a resoluciones condenatorias y la Decisión 2005/876/JAI del Consejo, de 21 de noviembre de 2005, relativa al intercambio de información de los registros de antecedentes penales, y demás instrumentos pertinentes, que expresamente ha sido derogada por la vigente y de aplicación en esta materia Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales. Para que el sistema sea eficaz los Estados miembros de condena habrán de transmitir a los Estados miembros de nacionalidad de los condenados, la información referentes a las condenas de sus nacionales, para que estos estén en disposición de proporcionar información suficiente sobre la solicitudes de antecedentes penales que le haga cualquier Estado miembro. Asimismo, creemos que cualquier autoridad judicial de un Estado miembro, debe poder transmitir y solicitar información del registro de antecedentes penales.

De modo análogo a lo que sucede en otros ámbitos de competencias de la Unión Europea, el enorme volumen de información que se maneja tienen que estar regulados por normas de protección de datos tanto a nivel Europeo, como en cada Estado miembro. Mayor aún es esta necesidad de protección y regulación en el *Espacio Penitenciario Europeo*, ya que casi siempre se tratará del intercambio de datos *sensibles* entre varios Estados y, por razones evidentes condicionan y limitan la reinserción social de los penados, particularmente en el caso de condenas de prisión. La singularidad del tratamiento de datos penales hace que la regulación general en la materia de la Unión, como la directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DO n° L 281 de 23/11/1995), no se pueda enmarcar de forma suficiente en la esfera penal.

En asuntos tan apegados a la soberanía estatal como la ejecución penal se tiene que dar suficiente confianza a los Estados miembros y a las autoridades de los mismos para que efectivamente la información circule sin reservas, de forma eficaz y con respeto de los derechos fundamentales. A la vez, con el fin de garantizar los derechos

de las personas y la seguridad y el orden público, esta información tiene que circular de forma ágil y segura, especialmente como decimos en el caso de antecedentes penales, es relevante la Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.

*Novena.*- En el *Espacio Penitenciario Europeo*, tan dignos de protección deben ser los derechos de los condenados, como los de las víctimas. En especial esta salvaguardia se tiene que verificar en lo que hace referencia a la satisfacción de las responsabilidades civiles, así como en la protección personal de las mismas, antes durante y después del proceso penal, como indica la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal<sup>872</sup>. Singular importancia, alcanza la protección de los intereses de los perjudicados y ofendidos por hechos delictivos, en los casos de cumplimiento de condenados en Estados distintos de los que fueron impuestos, no pudiendo suponer este hecho, un perjuicio para la víctima, sino un aumento de su estatus jurídico.

Juzgamos que para el éxito del *Espacio Penitenciario Europeo* la confianza de los Estados miembros en la atención de las víctimas de los hechos delictivos, como por ejemplo en caso de trasladado para el cumplimiento de condena del reo en otro Estado miembro distinto del que fue condenado, es singularmente importante. La atención a las víctimas entre otros derechos implica su dignidad personal y el más básico sentido de Justicia material. Piénsese en la importancia que tendrá para el Estado de emisión y para su opinión pública, la satisfacción de la responsabilidad civil y el cumplimiento de eventuales medidas de alejamiento, en el caso de un Estado miembro que condena a un nacional de otro Estado miembro por un delito de violación de menor de edad, si la víctima es nacional suyo. A nuestro entender para este cometido es necesario, como intenta la Decisión marco 2001/220/JAI, lograr una cierta uniformidad entre los Estados miembros con respecto a los intereses de los perjudicados y ofendidos por los hechos delictivos.

Aunque la Administración Penitenciaria y los órganos del Poder Judicial encargados de la fase de ejecución de penas, especialmente las privativas de libertad, tienen como misión fundamental hacer cumplir estas, es razonable que con una visión integradora y atendiendo a un básico principio de Justicia material, también se tengan presente los derechos de las víctimas de los delitos. Para ello es conveniente la creación de servicios especializados y organismos de apoyo a las víctimas, así como la formación de los profesionales que intervengan o que tengan contacto con estas, así como la desarrollo de la mediación penal.

---

<sup>872</sup> Vid. igualmente la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de los delitos, y por la que se modifica la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012, L 315/57); la directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas (DOUE de 15 de abril de 2011, L 101); la directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (DOUE de 17 de diciembre de 2012, L 335) y la directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

*Décima.*- El traslado de condenados para el cumplimiento de pena en un Estado miembro en que tenga verdadera vinculación atenúa los efectos “desocializadores” que la pena de prisión supone a los privados de libertad. Así no es razonable en una Europa sin fronteras y con un verdadero ELSJ y *Espacio Penitenciario Europeo*, que la extranjería por ser ciudadano de un Estado miembro distinto del Estado miembro en que se dicta una medida cautelar personal, sea motivo suficiente para que una autoridad judicial decreta la prisión preventiva. En estos casos, en los que es de enorme utilidad la Decisión marco 2009/829/JAI del Consejo de 23 de octubre de 2009 relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

Como hemos tenido oportunidad de destacar, una de la principales demandas de los procesalistas, la disminución de las prisiones preventivas, con la nueva regulación se verá atendida. De esta manera aunque el ciudadano de la Unión Europea que está siendo objeto de enjuiciamiento no sea nacional del Estado miembro en que se desarrolla el proceso no tenga arraigo en el mismo, no será motivo para el dictado de prisión provisional. Aunque el nuevo instrumento, que se basa en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y el contacto directo entre autoridades judiciales de los Estados miembros, no otorga un derecho subjetivo alternativo a la prisión preventiva, sino que es competencia de los Estados miembros, la concreción y regulación de la prisión preventiva en sus normas procesales penales. El ámbito más habitual de aplicación del instrumento, serán los delitos menos grave, ya que para los procedimientos por delitos graves, difícilmente se eludirá la prisión preventiva, y para las infracciones de menor gravedad, no siempre se dictarán medidas cautelares personales, aunque en el articulado de la Decisión marco 2009/829/JAI no hay límite alguno de aplicación.

*Undécima.*- Sin duda la Unión Europea se tiene que dotar de un sistema de traslado de personas condenadas que dé respuesta a las necesidades de seguridad ciudadana, masificación penitenciaria, seguridad jurídica, confianza mutua entre autoridades judiciales penales y administrativo penitenciarias, de reinserción social y de reparación del daño producido por las actividades delictivas. La Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008) supera al sistema anterior del Convenio de Estrasburgo de 1983 y demás normas análogas. Hace más fácil el traslado entre Estados miembros de personas condenadas en virtud de sentencias penales privativas de libertad, facilitando, de este modo, la reinserción social del condenado, ya que por regla general la sanción se cumplirá en el Estado miembro de residencia del condenado o del que es nacional. Asimismo la evolución del sistema se observa en la obligación de aceptar el traslado de un determinado Estado miembro, si este es el propósito del Estado de emisión y concurren las circunstancias tasadas que en el propio texto examinado se especifican, como que el condenado sea nacional y resida en el Estado de ejecución. Incluso se puede trasladar a una persona condenada a un Estado miembro, sin ser su Estado de nacionalidad, ni Estado de residencia, si con ello se

facilita la reintegración a la sociedad del condenado, como por ejemplo si tuviera la posibilidad de desarrollar alguna actividad laboral en ese Estado miembro.

No obstante, el avance que supone el nuevo sistema, hay en esta Decisión marco una menor relevancia, como hemos destacado en el curso de la investigación, de la opinión del condenado sobre de la materialización del traslado, con respecto al sistema anterior. Hay un más acentuado papel decisor en ciertos casos del Estado de condena, acerca de la ejecución o no del traslado. Juzgamos difícil, cuando concurren estas circunstancias, que se cumpla el principal objetivo de la norma, la reinserción social del condenado, si se efectúa el traslado de una persona privada de libertad a cumplir su pena a otro Estado miembro contra su voluntad. En el fondo aunque se indique lo contrario en la “exposición de motivos” de la norma y en el propio articulado, no es la reinserción social ni el principal, ni el único motivo de la regulación, por lo que se ha de estar vigilante a que intereses distintos, como puede ser la voluntad de algún Estado miembro de traslado a ciertos colectivos de población penitenciaria que le resulten “incómodos”, no prevalezca sobre la reinserción social, lo intereses de las víctimas o de la sociedad en general.

A colación del traslado de personas condenadas hemos de destacar que en los Estados democráticos y de Derecho, así como en las organizaciones internacionales de integración, como es la Unión Europea, debe imperar el control de legalidad de los Jueces y Tribunales, aún más cuando está comprometidos los derechos fundamentales de la persona. Por ello, la intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Público en el *Espacio Penitenciario Europeo*, tiene que ser obligatoria, tanto en la autorización de los traslados de personas condenadas, para el cumplimiento de penas privativas de libertad, de penas sustitutivas o de libertades condicionales, así como para garantizar los derechos de los condenados y de las víctimas. Con el desarrollo del *Espacio Penitenciario Europeo*, el número de traslados de personas condenadas dentro de la Unión en cumplimiento de una condena de prisión o de una medida de seguridad privativa de libertad, y la ejecución de resoluciones judiciales penales en Estados miembros distintos del que se dictaron aumentarán considerablemente, por lo que cobra más interés, si cabe, el plantearse la actuación del Poder Judicial. Especialmente puede concurrir esta circunstancia en cuanto a la posibilidad de que la autoridad gubernativa, puede trasladar a un condenado a pena de prisión con la oposición del Juez o Tribunal que lo ha condenado.

En el caso concreto de España al corresponder en exclusiva al Poder Judicial juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en aplicación del principio de división de poderes y del Estado de Derecho, ninguna actuación de la Administración puede estar exenta del control judicial, aunque la norma provenga de la Unión Europea. La Decisión marco 2008/909/JAI va a suponer en Europa, junto con las otras normas del *Espacio Penitenciario Europeo*, una nueva etapa, en el traslado de personas condenadas a privación de libertad. El legislador español, en el momento de transponer la Decisión marco al Derecho interno español, deberá establecer un mecanismo, para el traslado de personas condenadas, con el objeto de respetar lo prescrito por la Constitución, de consulta al Juez o Tribunal sentenciador para que autorice el traslado, no pudiéndose realizar el mismo, si no está conforme este. Asimismo, no es posible el traslado de una persona condenada, en aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI, si con ello, se perjudicara la reinserción social de la persona en cuestión; pudiendo ser este hecho

controlado por la autoridad judicial, ya que esta norma supedita y orienta, el traslado exclusivamente a la reinserción social, diferenciándose, de este modo, de la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en España, que en interpretación del artículo 25 de la CE, no encauza únicamente la penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, a la reinserción social del condenado.

*Duodécima.*- Las sanciones penales no pueden ser meramente retributivas, sino que mediante la imposición de estas el Estado tiene que salvaguardar los bienes jurídicos protegidos por las normas penales, afianzar el cumplimiento del Derecho y la seguridad jurídica y coadyuvar a la reinserción del condenado. En este *Espacio Penitenciario Europeo*, el cumplimiento de las condenas penales y de las medidas cautelares de esta naturaleza, singularmente las penas privativas de libertad y las penas y medidas alternativas, han de ser cumplidas, como regla general, en el Estado miembro de residencia del sujeto pasivo, lo cual a su vez coopera a la reinserción social, o cuanto menos a que la ejecución de la sanción sea lo menos aflictiva posible. Entendemos que en la fase de ejecución penal, en gran medida, los Estados tienen que orientar sus esfuerzos para que en el momento en el que el condenado regresa a la sociedad lo haga en las mejores condiciones posibles, sea mediante un eventual cambio de conducta, resocialización, o bien consiguiendo que el deterioro personal que supone sanciones penales como la prisión sea la menor posible. Pero en ningún caso, el ideal de reinserción social del condenado, puede suponer una disminución de derechos de los condenados.

Es unánime que la prisión en el siglo XX no ha cumplido las expectativas con respecto a la prevención especial causando en el condenado efectos gravemente perniciosos y destructivos. Pero, no obstante la continua crisis de esta pena, la privación de libertad es irrenunciable para los sistemas de convivencia diseñado por los Estados occidentales, convirtiéndose en un verdadero mal necesario. Por ahora, proscritas las penas corporales y la pena de muerte, no puede ser derogada de los sistemas penales de los Estados miembros de la UE la prisión, salvo que se instauren, caso que no ha sucedido por el momento, respuestas penales alternativas al menos para la delincuencia de mayor gravedad. A estos perniciosos efectos de la prisión inmanentes a su naturaleza, han de añadirse otros dos que se manifiestan en los últimos decenios en Europa: la masificación carcelaria y el cumplimiento de penas en Estados distintos a los que se reside y en los que no tiene vinculación alguna el penado.

El *Espacio Penitenciario Europeo*, facilitando al traslado de condenados y la no reincidencia de los mismos y el no acuerdo de medidas cautelares personales privativas de libertad, deberá llevarnos a la reducción de la población penitenciaria en Europa y una disminución del presupuesto y del gasto en la materia, pero sin reducción de los derechos y sin atentar a la dignidad de los condenados. Se ha de superar el estrecho concepto de reinserción social de los condenados, propio del siglo XX, que en ocasiones ha sido la excusa para la consecución de intereses espurios, como la justificación del endurecimiento del Derecho Penal en los ordenamientos jurídicos europeos, para dar paso a un Derecho de Ejecución de Penas y un Derecho Penal, tal y como se establecen en las *Nuevas Normas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa de 11 de enero 2006*, en los que se garanticen efectivamente los derechos del reo y los derechos de las víctimas. Una forma de garantizar estos derechos, como hemos intentado demostrar a lo largo de esta investigación, para estos dos colectivos de condenados y

víctimas, es facilitando y agilizando el traslado de las personas condenadas y garantizando los derechos e intereses de los que han sido perjudicados por acciones constitutivas de infracción criminal.

Ante la situación de permanente crisis o colapso de la pena de prisión y de los sistemas penitenciarios, se propugnan las denominadas penas alternativas a la misma. Con el fin de disminuir el número de encarcelamientos y de proporcionar al sistema opciones diferentes a la recurrente privación de libertad se proponen por los modernos Códigos Penales restricciones de derechos e imposiciones de deberes en forma de sanciones penales. De esta manera la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, aunque con gran confusión terminológica, hace posible el cumplimiento de medidas alternativas a la prisión, de penas sustitutivas, de condenas condicionales, de medidas de libertad vigilada y de libertades condicionales. En estos ámbitos, hasta el momento, se ha sido muy reticente a la colaboración internacional para el cumplimiento de las medidas en un Estado miembros distinto del que han sido impuestas. Se pretende, además de facilitar la reinserción social del condenado, la protección de las víctimas y el mantenimiento de la seguridad pública -recordemos que en la Decisión marco 2008/909/JAI, el *leitmotiv* sólo se cifraba en la reinserción social, por lo con un sentido más realista y razonable se aumenta la razón de ser de la norma.

En definitiva, consideramos, como hemos intentado desentrañar a lo largo de esta investigación, que hay elementos suficientes como para afirmar la existencia de un conjunto de normas y un territorio físico en la UE que podemos calificar de *Espacio Penitenciario Europeo*. Así en el ELSJ y en la cooperación judicial penal, este comprende todo un sistema de relaciones en el ámbito penitenciario, necesarias y convenientes en una Unión Europea afortunadamente cada vez más interrelacionada, que supondrá un perfeccionamiento de los sistemas de ejecución penal en los Estados miembros y en el conjunto de la Unión Europea. Como hemos destacado, no son pocas las reticencias todavía de los Gobiernos y las imperfecciones del sistema, pero, como ya indicábamos en la Introducción, nada nace perfecto y sin necesidad de mejora. Las nuevas competencias de las Instituciones de la Unión con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión facilitarán el afinamiento del sistema. Creemos que el *Espacio Penitenciario Europeo* supondrá hacer más justos y razonables los sistemas penales en Europa, reportando beneficios a los condenados, a las víctimas y a la sociedad en general.



# **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**



## 1. Monografías y obras generales

ALARCOS LLORACH, E. *Gramática de la lengua española*. Real Academia Española. Colección Nebrija y Bello. Editorial Espasa. Madrid, 1996.

ALCÁNTARA ALEJO, C y AHIJADO QUINTILLÁN, M. *Diccionario de la Unión Europea*. Editorial Pirámide. Madrid, 2000.

ARMENTA DEU, T, GASCÓN INCHAUSTI, F. y CEDEÑO HERNÁN, M. (coordinadores). *El Derecho Procesal Penal en la Unión Europea. Tendencias actuales y perspectivas de futuro*. Editorial Colex. San Fernando de Henares. Madrid, 2006.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. y RODRÍGUEZ RAMÍREZ, V. *Reglamento Penitenciario Comentado: análisis sistemático y recopilación de legislación*. Editorial Mad. Alcalá de Guadaíra (Sevilla) 2008.

ARMENTA GONZÁLEZ-PALENZUELA, F. J. *Procedimientos Penitenciarios*. Editorial Comares. Granada, 2009.

BARRIENTOS PACHO, J. M (director) *La nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Estudios de Derecho Judicial 117. Madrid, 2007.

BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Alianza Editorial. Madrid, 1998.

BRAGHETTI, A. L. y TAVELLA, P. *Il prigioniero*. Editorial Mondadori. Milano, 1998.

BUENO ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2003.

BUENOS ARÚS, F. *La cancelación de antecedentes penales*. Thomson-Civitas. 1ª edición. Cizur Menor. Navarra, 2006.

BUJOSA VADELL, L. M. *Hacia un verdadero espacio judicial europeo*. Comares. Granada, 2008.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, R. *Derecho Penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Editorial Comares. Granada, 2001.

CARCEDO RODRÍGUEZ, R. J. y REVIRIEGO PICÓN, F. *Reinserción, derechos y tratamiento en los centros penitenciarios*. Amaru ediciones, 2007.

CASTRO ANTONIO, J. L. *Derecho Penitenciario II*. Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2003. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004.

CASTRO ANTONIO, J. L. *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Cuadernos de Derecho Judicial XXII-2006. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2007.

CESANO, J. L. y REVIRIEGO PICÓN, F. (coordinadores). *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2010.

COBO OLVERA, T. *El Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial*. 3ª Edición. Editorial La Ley. Madrid, 2008.

CONDE, M. *Derecho Penitenciario vivido*. Editorial Comares. Granada, 2006.

DE LA OLIVA SANTOS y otros. *Derecho Procesal Penal*. Octava edición. Editorial Ramón Areces. Madrid, 2007.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros. *Garantías Fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Colex, Madrid, 2007.

DI VITA FORNACIARI, L y PIEMONTE, M. G. *Dizionario Giuridico italiano-spagnolo; Diccionario jurídico español-italiano*. Editorial Giuffrè. Milano, 2001.

DIARIO LA REPUBBLICA. *La Costituzione Italiana*. Gruppo Editoriale L'Espresso S.P.A. Roma, 2011.

DÍAZ GREGO, M. *Protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea y en los Estados miembros*. Editorial Reus. Madrid, 2009.

DÍEZ DE VELASCO, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*, (17ª edición), Tecnos. Madrid, 2009.

DÍEZ DE VELASCO, M. *Las organizaciones Internacionales*, Tecnos. Madrid, 2010.

DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍNEZ CAPDEVILA, C. *Derecho de la Unión Europea*. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, 2001.

DÍEZ PICAZO, L. *Naturaleza de la Unión Europea*. Civitas. Madrid, 2009

DÍEZ PICAZO, L. M. y NIETO MARTÍN, A. (directores). *Los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal Europeo*. Civitas. Madrid, 2010.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos. Madrid, 2003.

DUROSELE, J. B. *Historia de los europeos*. Introducción y adaptación a la versión española de SÁCHEZ GARCÍA-SAUCO, J. A. Editorial Aguilar. Madrid, 1990.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. y otros. *Instituciones de Derecho Comunitario*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2006.

ESCOHOTADO, A. *Historia elemental de las drogas*. Editorial Anagrama. Barcelona, 2005.

EUROPEAN COMMISSION. *How the European Union Works. Your guide to the EU institutions*. Bruselas, 2007.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Ponencia sobre tutela del derecho a la libertad personal por el orden jurisdiccional penal y medidas repatriativas de extranejeros*. CEJAJ y CGPJ.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Unidad didáctica del Curso e-learning de inmigración y extranjería*. Consejo General de la Abogacía.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española*. Biblioteca de Jurisprudencia Civitas. Editorial Aranzadi, septiembre de 2006.

FERRER GUTIÉRREZ, A. *Ley General Penitenciaria. Su reglamento y disposiciones complementarias (anotadas y concordadas)*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

GALGO PECO, A. y otros. *Derecho Penal supranacional y cooperación jurídica internacional*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial XIII. Madrid, 2004.

GARCÍA MADARIA, J. M. *Tratado de Adhesión de España a las Comunidades Europeas*. Editorial Tecnos. Madrid, 1996.

GARCÍA RIVAS, N. *El poder punitivo y el Estado democrático*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cuenca, 1996.

GARCÍA SÁNCHEZ, B. *La extradición en el ordenamiento interno español, internacional y comunitario*. Editorial Comares. Granada, 2005.

GARCÍA VALDÉS, C.: *Legislación penitenciaria*. 12ª edición Tecnos, Madrid, 2010.

GAYOSO MARTÍNEZ, G. *Inocentemente preso. Cómo se fabrica un culpable*. Editorial Ipunkt. Madrid, 2010.

GIORNALE LA REPUBBLICA. *La Costituzione Italiana*. Gruppo Editoriale L'Espresso. Roma, 2011.

GIRÓN LARRUCEA, J. A. *El sistema jurídico de la Unión Europea. La reforma realizada por el Tratado de Lisboa*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Enseñar la idea de Europa*. Editorial Universitaria Ramón Areces. 2005; *Derechos y Libertades*. Sanz y Torres. Madrid, 2003.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Los derechos en Europa*. UNED, Madrid, 2001.

GONZÁLEZ MÁRQUEZ, F. *Mi idea de Europa*. RBA libros. Barcelona, 2010.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. *El Estado de derecho frente a la tortura. Luces y sombra en la lucha jurídica por la dignidad del hombre*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2009.

GUTIÉRREZ ZARZA, A. y otros. *La orden europea de detención y entrega*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Manuales de formación continua. Madrid, 2008.

HESSEL, S. *Indignaos. Un alegato contra la indiferencia y a favor de la insurrección pacífica*. Ediciones Destino. Colección Imago Mundi. Volumen 195. Barcelona, 2011.

HUBER, B. *Cuestiones de derecho penal europeo*. Editorial Dykinson. Madrid, 2005.

JAKOBS, G. *El Derecho Penal como disciplina jurídica*. Editorial Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. Segunda edición. Navarra, 2008.

JAKOBS, G. y CANCIO MELIÁ, M. *Derecho Penal del enemigo*. Editorial Thomson Civitas. Cuadernos Civitas. Segunda edición. Navarra, 2006.

JUANATEY DORADO, C. *Manual de Derecho Penitenciario*. Iustel. Portal Derecho. Madrid, 2011.

LASSALLE, F. *¿Qué es una Constitución?* Estudio premilitar de Eliseo Aja. Ariel. Barcelona, 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y GRAU GASSÓ, J. y otros. *Derecho Penal Europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*. Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. Estudios de Derecho Judicial 155. Madrid, 2009.

LÓPEZ GARRIDO, D. *Código de la Unión Europea*. Tomos I y II. Eurojuris. Madrid, 1992.

LUZÓN CUESTA, J. M. *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*. Dykinson. Madrid, 2004.

MANGAS MARTÍN, A. *Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y otros actos básicos de la Unión Europea*. Decimoquinta edición. Tecnos. Madrid, 2010.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2008. Quinta edición.

MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos. Madrid, 2010. Sexta edición.

MANGAS MARTÍN, A. y otros. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición. Fundación BBVA, 2008.

MAPELLI CAFFARENA, B y GONZÁLEZ CANO, I. *El traslado de personas condenadas entre países*. McGraw-Hill. Madrid, 2001.

MARCOS DEL CANO, A. M. y otros. *Inmigración, multiculturalismo y Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch-UNED. Valencia, 2009.

MARÍN GONZÁLEZ, G. *Atlas de Europa. La Europa de las lenguas, la Europa de las naciones*. Ediciones Istmo. Madrid, 2000.

MARTÍN OSTOS, J. S. *Diccionario de Derecho Procesal*. Editorial Astigi. Sevilla, 2001.

MARTINELLI, F. *Compendio di Diritto dell'Unione europea. Aspetti istituzionali e politiche dell'Unione*. Esselibri-Simone. Napoli, 2011.

MASTRONARDI, F. *La Carta del diritti fondamentali dell'Unione europea*. Editorial Simone. Nápoles, 2001.

MAYOR ZARAGOZA, F. *Delito de silencio. Ha llegado el momento. Es tiempo de acción*. Editorial Comanegra. 2011.

MIR PUIG, C. *Derecho Penitenciario: el cumplimiento de la pena privativa de libertad*. Atelier Libros. Barcelona, 2011.

MOLINA DEL POZO, C. *Derecho de la Unión Europea*. Editorial Reus. Madrid, 2011.

MOLINA DEL POZO, C. *Tratado de Lisboa*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2011.

MOLINA DEL POZO, C. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. Editorial Dijusa. Madrid, 2002.

MONTERO AROCA, J; FLORS MATÍES, J. y LÓPEZ EBRI, G. *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras Judicial y Fiscal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Editorial Sarpe. Volúmenes I y II. Madrid, 1984.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A. y GUAJARDO PÉREZ, I. (coord). *Conflictos de jurisdicción y principio ne bis in ídem en el ámbito europeo*. Imprenta nacional del BOE. Madrid, 2007.

MUÑOZ CONDE, F. *El secuestro de Aldo Moro*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1999.

MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. *Derecho Penal. Parte General*. Sexta edición. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. 18ª edición. Valencia, 2010.

MURGA GENER, J. L. *El proceso*. Universidad de Zaragoza, 1980.

NISTAL BURÓN, J y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L. *Manual de Derecho Penitenciario*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2011.

ONIDA, V. *La Costituzione eiri e oggi*. Il mulino. Bolonia, 2008.

ORTS BERENGUER, E. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

OTERO GONZÁLEZ, P. *Control telemáticos de los Penados. Análisis jurídico, económico y social*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008.

PASTOR RIDRUEJO, J. A. *Curso de Derecho Internacional Público y de las Organizaciones Internacionales*. (15ª edición), Tecnos. Madrid, 2011.

PÉREZ LUÑO, A. E. *Los Derechos Fundamentales*. Colección Temas Claves de la Constitución Española. Tecnos. 9ª edición. Madrid, 2007.

PÉREZ ROYO, J. *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons. Madrid, 2005.

PULIDO QUECEDO, M. *El Tribunal Constitucional como Tribunal Penal Internacional*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional nº 6/2000. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2000.

QUESADA ALCALÁ, C. *La Corte Penal Internacional y la Soberanía Estatal*. Titant Lo Blanch. 1ª edición. Valencia.

RAMÓN Y CAJAL, S. *Reglas y consejos sobre una investigación científica. Los tónicos de la voluntad*. 20ª edición. Madrid. Tecnos, 2008.

REBOLLO DELGADO, L. *Vida Privada y Protección de Datos en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid, 2008.

REVIRIEGO PICÓN, F. *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Universitas. 2008.

RÍOS MARTÍN, J.C, SEGOVIA BERNABÉ, J. L. y PASCUAL RODRÍGUEZ, E. *Las penas y su aplicación. Contenido legal, jurisprudencial y doctrinal*. 3ª edición. Cólex. Madrid, 2007.

RÍOS MARTÍN, J. C, PASCUAL RODRÍGUEZ, E. y BIBIANO GUILLÉN, A. *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reeducación de la violencia y el sufrimiento humano*. Cólex. Madrid, 2006.

RÍOS MARTÍN, J. C. *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 3ª Edición. Colex. Madrid, 2004.

RUMORE, M. *Compendio di Diritto Penitenziario. Organizzazione e servizi degli istituti penitenziari*. Edizioni Giuridiche Simone. VIII edizione. Napoli, Ottobre 2006.

SARMIENTO, D. *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*. Editorial Thonsom-Civitas. Madrid, 2004.

SAVIANO, R. *Gomorra. Viaggio nell'imperio economico en el sogno di dominio della camorra*. Mondadori. Milano, 2006

SHEARS, P. Y STEPHENSON, G. *James' Introduction to English Law*. 3ª Edición. Editorial Butterworths. Londres, Dublín, Edimburgo. 1996.

SOLÉ TURA, J. y AJA, E. *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936.) Siglo XXI de España*. Editores. Madrid 2005.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentario al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Carga de la Prueba*. Publicación: Grandes Tratados. Editorial Aranzadi, SA, Enero de 2001.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *Criminología*. Edisofer. Madrid, 2009.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*. Edisofer S. L., Madrid, 2006.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Edisofer S. L., Madrid, 2005.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *La protección de datos en la Unión Europea: divergencias normativas y anhelos unificadores*. Edisofer. Madrid, 2002.

TÉLLEZ AGUILERA, A. *Nuevas tecnologías: intimidad y protección de datos (estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999)*. Edisofer. Madrid, 2001.

VILELLA, G. *El funcionario Europeo. Un ensayo de introducción*. Euroeditions. Estrasburgo, 2006.

HASSEMER, W y MUÑOZ CONDE, F. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1989.

ZILLER, J. *Il nuovo Trattato europeo*. Il Mulino. Universale Paperbacks. Bologna, 2007.

## 2. Capítulos de libros

ALISTE SANTOS, T. J.: “Orden Europea de Detención y Entrega y respeto a la garantía de motivación de las resoluciones judiciales”, en L. M. BUJOSA VADELL, *Hacia un verdadero espacio judicial europeo. Perspectivas para la construcción de un proceso penal europeo e instrumentos de cooperación policial y judicial en la Unión Europea*. Editorial Comares. Granada, 2008, págs. 313 a 327.

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 C. ARANGÜENA FANEGO y otros, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 223 a 266.

BAUTISTA SAMANIEGO, C.: “Período de seguridad y crimen organizado”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*.págs. Madrid, 2007. CGPJ, 143 a 173.

BUENO ARÚS, F.: “El Consejo de Europa y el Derecho penitenciario”, en VV.AA. (Díez Ripollés, J.L./Romeo Casabona, C.M./Gracia Martín, L./Higuera Guimerá, J.F.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*. Madrid, 2002, páginas 1049 a 1064.

ANTONIO, J. L.: “Fundamentos sobre la irretroactividad”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, 2004, págs. 175 a 183.

CERDEÑO HERNÁN, M. y AGUILERA MORALES, M.: “El “principio” non bis in idem a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”, en A. DE LA OLVA SANTOS, M. AGUILERA MORALES y I. J. CUBILLO LÓPEZ (coords.), *La justicia y la carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*. Editorial Colex, 2008, págs. 188 a 241.

CERVELLÓ DONDERIS, V.: “Responsabilidad civil y tratamiento penitenciario”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid. CGPJ, 2007, págs. 89 a 140.

CID MOLINÉ, J.: “La política criminal europea en materia de sanciones alternativas a la prisión y la realidad española: una brecha que debe superarse”, en C. ARANGÜENA FANEGO y otros, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia. Últimos avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 267 a 288.

DEL MORAL GARCÍA, A.: “Recursos frente a decisiones en materia de ejecución de penas privativas de libertad”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, 2004, págs. 351 a 411.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C.: “La protección internacional de los derechos humanos (I y II)”, en M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007; “Los derechos humanos en el tratado por el que se establece una constitución para Europa”, en F. ALDECOA LUZARRÁGA, *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Marcial Pons, 2008, págs. 247 a 264; “Los derechos humanos en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en L. Caflisch, R. Bermejo García, J. Díez-Hochleitner Rodríguez y C. Gutiérrez Espada (coords.), *El derecho internacional : normas, hechos y valores : liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Madrid, 2005, págs. 115 a 133; “La cooperación judicial en la Unión Europea: marco general”, en *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea*, Ministerio del Interior, Madrid, 2002, págs. 55 a 70.

ESTÉVEZ JIMENO, A. D.: “Notas acerca del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 147 a 172.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: “Régimen Disciplinario”, en J. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II. Cuadernos de Derecho Judicial XVII-2003*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2004, págs. 205 a 349.

GARCÍA CASTAÑO, C.: “La defensa letrada en fase penitenciaria. SOJ Penitenciario y Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 461 a 473.

GARCÍA CASTAÑO, C.: “Asistencia letrada en la fase penitenciaria”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid, 2007. CGPJ, págs. 69 a 84.

GARCÍA COUSO, S.: “Naturaleza y clasificación de las competencias en la Constitución Europea”, en E. ÁLVAREZ CONDE y otros, *Comentarios a la Constitución Europea*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.

GARCÍA VALDÉS, C.: “Competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria. Necesidad de asumir nuevas competencias”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 79 a 95.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “Estado, Constitucional y protección internacional”, en R. G. PÉREZ MARCOS y Y. GÓMEZ SÁNCHEZ (coordinadores), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, UNED: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004, págs. 231 a 280.

GONZÁLEZ DEL POZO, J. P.: “Acotación del apartado 2º del artículo 36 del vigente Código Penal”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 599 a 608.

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 C. ARANGÜENA FANEGO y otros, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 303 a 348.

LÓPEZ ESCUDERO, M.: “Comentario al artículo 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en A. MANGAS MARTÍN, A. y otros. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición, 2008. Fundación BBVA, págs. 870 a 879.

MADINA MUÑOZ, E.: “Memoria y Justicia como pilares de un relato digno”, en J. L. De Castro Antonio, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid. CGPJ. Madrid, 1995, págs. 409 a 423.

MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas”, en VVAA., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII. Edersa, 1988, págs. 753 y sigs.

MORILLAS CUEVAS, L.: “Valoración político-criminal sobre el sistema de penas en el Código Penal español”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 21 a 77.

MORILLAS CUEVAS, L.: “Alternativas a la pena de prisión”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid, 2007. CGPJ, págs. 25 a 66.

MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA, V.: “La prisión provisional en el Derecho español”, en AA VV, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 346 y sigs.

MORÁN MARTÍNEZ, R. A.: “Decisión marco 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” en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. ESTUDIOS DE DERECHO JUDICIAL, *La nueva ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. Escuela Judicial. Madrid, 2007, págs. 167 a 202.

MUÑOZ GAJATE, M.: “La Administración Penitenciaria: objetivos y su problemática”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 415 a 459.

OROMÍ VALL-LLOVERA, S.: “El estatuto de la víctima en el proceso penal: visión general de su transposición a las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE”, en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros. *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*. Colex. Madrid, 2007, págs. 129 a 157.

ORTIZ GÓMEZ, A. L.: “La figura del Defensor del Pueblo y actuaciones con las personas privadas de libertad”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid, 2007. CGPJ, págs. 259 a 334.

QUESADA ALCALÁ, C.: “Los derechos fundamentales en la Constitución española y en la Constitución Europea: algunas reflexiones desde el Derecho Internacional”, en C. ARRANZ DE ANDRÉS Y M. SERNA VALLEJO, *Estudios de Derecho español y europeo: libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria*. Universidad de Cantabria, 2009, págs. 757 a 776.

RACIONERO CARMONA, F.: “La norma reguladora del procedimiento ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 97 a 146.

RAFARACI, T.: “El ne bis in ídem y conflictos de jurisdicción en materia penal en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”, en C. ARANGÜENA FANEGO y otros. *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: últimos avances en cooperación judicial penal*. Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 121 a 150.

REVIRIEGO PICÓN, F.: “España: centros penitenciarios y derechos fundamentales”, en J. D. CESANO y REVIRIEGO PICÓN, *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en las prisiones*. Editorial B de F. Buenos Aires, Montevideo, 2010, págs. 201 a 236.

RÍOS MARTÍN, J. C.: “Realidad penitenciaria: la Justicia penal vista desde las consecuencias”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 475 a 559.

RÍOS MARTÍN, J. C.: “La libertad condicional. Límites en el concurso real de delitos: especial referencia a la sentencia Parot”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid, 2007. CGPJ, págs. 179 a 241.

SANTORO, E.: “¿Hombres o detenidos? El Estado de Derecho más allá de los muros de la cárcel”, en J. L. CESANO y F. REVIRIEGO PICÓN (coordinadores), *Teoría y práctica de los derechos fundamentales en la prisiones*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2010., págs. XVII-XXXIV.

SANZ MORÁN, A. J.: “Reflexiones en torno a la idea de “Libertad Vigilada”, en C. ARANGÜENA FANEGO y otros, *Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia: último avances en cooperación judicial penal*. Editorial Lex Nova. Valladolid, 2010, págs. 289 a 301.

SEGOVIA BERNABÉ, J. L.: “Problemática en torno a la reinserción social”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario II*. Madrid, 2004. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, págs. 561 a 594.

SOBRINO HEREDIA, J. M.: “Comentario al Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”, en A. MANGAS MARTÍN y otros. *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Primera edición. . Fundación BBVA. Separata de la introducción, páginas 79 a 104.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: “La necesaria reforma de la Ley Penitenciaria”, en J. L. DE CASTRO ANTONIO, *Derecho Penitenciario: incidencia de las nuevas modificaciones*. Madrid, 2007. CGPJ, págs. 373 a 390.

### 3. Artículos

AGUILERA MORALES, M. “El ne bis in ídem: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”, *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, nº 20, 2006, págs. 479 a 531.

ARROYO JIMÉNEZ, L. “Sobre la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Constitucional. Bases, contenido y consecuencias”; *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*. Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional, Universidad Complutense. nº 8. 2011.

BARAS GÓMEZ, M. “Élites municipales y partidos políticos: 1993. Centro de Estudios Constitucionales”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva época)*. Nº 76. Madrid, abril-junio 1992.

BARONA VILAR “El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional”, *La Ley*, 1987, 4, pág. 847.

BUENO ARÚS, F. “Las reglas penitenciarias europeas (1987)”, *Revista de Estudios Penitenciarios*, nº 238, 1987, páginas 11 a 18.

BUJOSA VADELL, L. “El reconocimiento y la ejecución de sentencias penales privativas de libertad en la Unión Europea. Comentario a la Decisión marco 909/JAI, del Consejo, de 27 de noviembre de 2008”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 18. 2009.

CARPIO BRIZ, E. “Europeización y reconstitución del non bis in idem -efectos en España de la STEDH Sergueï Zolotoukhine v. Rusia de 10 de febrero de 2009”, *Revista General de Derecho Penal*. Nº 14. 2010.

CARRERAS SERRA, F. “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 20. Número 60. Septiembre-diciembre de 2000, págs. 321-341.

CEREIJO SOTO, A. “Nuevos instrumentos para el decomiso a partir de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones judiciales de decomiso”, *Diario La Ley*, Nº 7457, Sección Doctrina, 30 Jul. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

DE MIGUEL ZARAGOZA, J. “Algunas consideraciones sobre la extradición”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1995. Nº 1738.

ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. “La Unión Europea. Una unión de valores y derechos”, *Temas para el debate*, nº 123, 2005, págs. 35 a 38; “Los Derechos Humanos en el Proyecto de Constitución Europea. Breve nota introductoria”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 3, 2004; “La aplicación de los Tratados Internacionales en España”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 11, 1994, págs. 39 a 90; “El Convenio de aplicación de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, nº 1, 1993, págs. 53 a 100.

FONSECA MORILLO, F. J. “La orden de detención y entrega europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Año 7. Número 14. Enero-abril de 2003, págs. 69 a 95.

FRÍAS MARTÍN, E. “Los sistemas de videovigilancia. La protección de datos y sus efectos en el proceso penal”, *Diario La Ley* nº 7396.

GARCÍA RIVAS, N. “La tutela de las garantías penales tras el Tratado de Lisboa”, *Revista General de Derecho Penal*. 14 (2010), págs. 1-25.

GAVARA DE CARA, J. C. “El principio de proporcionalidad como elemento de control de la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional* nº 16/2003. Editorial Aranzadi, 2003.

GONZÁLEZ PASTOR, C. P. “Reflexiones acerca de la tesis del Tribunal Constitucional de que el tiempo de prisión de un penado se computa también para la prisión provisional de otra causa”, *Diario La Ley*, nº 7112, sección doctrina, 11 de febrero de 2009. Editorial La Ley.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Dignidad y ordenamiento Comunitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 4, 2005, págs. 219 a 254.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. “La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y algunas de sus aplicaciones en el campo del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 39, 1962, págs. 39 a 78.

MATÍAS SACRISTÁN, A. “Los instrumentos normativos de la cooperación judicial penal en la Unión Europea”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* número 2086, págs. 7 a 62.

MUÑOZ DE MORALES, M. “Crónica de la reunión en Madrid para la discusión del Manifiesto sobre una política criminal europea”, *Revista General de Derecho Penal*. 14, 2010.

ORTEGA JIMÉNEZ, A. “La expulsión de España de ciudadanos rumanos y búlgaros, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2008”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 762/2008.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D. “Derecho europeo y Derecho nacional: dos piezas (a veces) difíciles de encajar. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 199/2009, de 28 de septiembre”, *Revista General de Derecho Penal* 14, 2010.

REVIRIEGO PICÓN, F. “¿La crisis de los sistemas penitenciarios europeos?”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 16, 2009, págs. 241 a 264; “El secreto de las comunicaciones en los Centros Penitenciarios: comunicaciones escritas “entre” reclusos”, nº 26, 2005, págs. 573 a 588; “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, *Derechos y libertades Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 9, nº 13, 2004, págs. 87 a 108; “Intimidad corporal y cacheos con desnudo integral tras las comunicaciones íntimas de los reclusos a la luz de la S.T.C. 218/2002, de 25 de Noviembre”, *Revista General Informática de Derecho*, nº 1, 2003; REVIRIEGO PICÓN, F. y BRAGE CAMANAZO, J. “Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 16, 2010, págs. 45 a 98.

SAIZ ARNAIZ, A. “El Protocolo XIV y los nuevos requisitos de admisión de las demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Orosí del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*. Número 4. Octubre de 2010, págs. 28 a 36.

SÁNCHEZ YLLERA, I. “Extranjeros en prisión: doble condena”, *Jueces para la Democracia*. 10 de septiembre de 1990. Págs. 65 y sigs.

SILVA SÁCHEZ, J. M. “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, nº 7464, sección doctrina, 9 de septiembre de 2010. Editorial La Ley.

SOLAR CALVO, P. “Globalización y Derecho Penitenciario”, *Diario La Ley Penal*, nº 74, septiembre de 2010. Editorial La Ley.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: “Retos del siglo XXI para el sistema penitenciario español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LII, 1999, págs. 323 a 338.

TÉLLEZ AGUILERA, A.: “La Ley de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: Una nota de urgencia”, *Revista Jurídica La Ley*, nº. 5837, 14 de agosto de 2003, págs. 1 y sigs.

TÉLLEZ AGUILERA, A. “Nuevas posibilidades de cooperación en la ejecución penal en el marco del Tratado de Lisboa y del Programa de Estocolmo”, *La Ley Penal*, nº 76. Septiembre de 2010, Editorial La Ley.

TÉLLEZ AGUILERA, A. “Novelli y su tiempo: una aproximación a los orígenes y al concepto de Derecho Penitenciario”. *Revista de Estudios Penitenciarios*. Nº 255-2011, págs. 9 a 33.

TENORIO SÁNCHEZ, P. “Tribunal Constitucional y cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 7520. Sección Tribuna. Año XXXI. Editorial La Ley.

TORRES GELLA, F. J. “¿El fin, por fin, de la única instancia en materia penal?”, *Diario La Ley*, nº 7523, Sección Tribuna. 3 de diciembre de 2010. Año XXXI. Editorial La Ley.

ZAFRA ESPINOSA DE LOS MONTEROS, R. “Implicaciones del Tratado de Lisboa en la lucha contra la delincuencia organizada”, *Revista General de Derecho Penal* 14, 2010.

#### 4. Otras publicaciones

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía*. 1ª edición. Sevilla. Defensor del Pueblo Andaluz, 2006.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Memoria de la Fiscalía de 2010*. Págs. 1114-1172.

GRECO, R. *Derechos Humanos, crisis de la prisión y modelo de Justicia Penal*. Dirigida por Nuria Belloso Martín y Ricardo Manuel Mata Rodríguez. Tesis doctoral. Universidad de Burgos. Facultad de Derecho. 2010.

MARÍAS FRANCO, J. (2011, 22 de mayo). Esas Opiniones tan raudas. *Diario El País*.

MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES; INTERIOR Y PRESIDENCIA. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Madrid, 2004

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Esquema Judicial de Interoperabilidad y Seguridad*. Imprenta Nacional del BOE, 2009.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2007*. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica. 1ª edición. Madrid, octubre de 2008.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS. *Jurisprudencia Penitenciaria 2008*. Ministerio del Interior-Secretaría General Técnica. 1ª edición. Madrid, septiembre de 2009.

ÚBEDA-PORTUGUÉS, J. E. *Terrorismo y Derecho Internacional tras el 11-S nuevos desarrollos de la ONU y la UE*. Dirigida por Joaquín Alcaide Fernández. Tesis doctoral. Universidad Internacional de Andalucía. 2007.

URURAHY DE SOUZA, I. C. *La construcción de la ciudadanía: Derechos Humanos y humanización del Derecho*. Dirigida por Nuria Belloso Martín. Tesis doctoral. Universidad de Burgos. Facultad de Derecho. 2003.

## 5. Textos electrónicos

BUENO ARÚS, F. y GONZÁLEZ DEL POZO, J. P. (2008). Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre los años 1981 y 2007 (texto refundido depurado y actualizado al 1 de enero de 2008). *Consejo General del Poder Judicial*. [en línea]. [Consulta: 29 diciembre 2009]. Disponible en Web: <http://www.derechopenitenciario.com/documents/CriteriosJVP-refundidos-enero-2008.pdf>

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. “Réquiem por las decisiones marco: a propósito de la orden europea de detención”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*. [Consulta: 12 enero 2011] [en línea] n° 14. 2007. Disponible en Web: [http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/CarreraHernandez(reei14).pdf)

CONDE PUMPIDO, C. “La Orden de detención y entrega europea”, en *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las ciencias penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla-La Mancha* [Consulta: 4 julio 2010] [en línea] 2006. Disponible en Web: [http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/euroorden\\_conde\\_pumpido.pdf](http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/euroorden_conde_pumpido.pdf)

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *La situación de los drogodependientes en las cárceles andaluzas*. *Boletín Oficial del Parlamento Andaluz n° 352, de 3-8-1999*. [Consulta 12 enero 2011] [Disponible en Web]: [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_especiales/informe\\_0000/situacion\\_drogodependientes/index.html](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/situacion_drogodependientes/index.html)

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *Situación de los enfermos mentales internados en centros penitenciarios andaluces*. *Boletín Oficial del Parlamento Andaluz n° 193, de 3-3-1998*. [Consulta:1 de junio de 2011] [Disponible en Web]: [www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_especiales/informe\\_0000/situacion\\_enfermos\\_mentales/index.html](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/situacion_enfermos_mentales/index.html)

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ. *Situación de los presos andaluces que cumplen condena en centros penitenciarios fuera de Andalucía*. *Boletín Oficial del Parlamento Andaluz n° 85, de 14-2-1997*. [Consulta: 9 diciembre 2010] [Disponible en Web]: [http://www.defensor-and.es/informes\\_y\\_publicaciones/informes\\_estudios\\_y\\_resoluciones/informes\\_especiales/informe\\_0000/situacion\\_presos\\_fuera/index.html](http://www.defensor-and.es/informes_y_publicaciones/informes_estudios_y_resoluciones/informes_especiales/informe_0000/situacion_presos_fuera/index.html)

DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO. *Código de Buena Conducta Administrativa*. (2005) [en línea]. [Consulta 5 mayo de 2011] [Disponible en Web]: <http://www.ombudsman.europa.eu/es/resources/code.faces>

EUROPEAN CRIMINAL POLICY INITIATIVE. *Manifiesto sobre la Política Criminal Europea*. [en línea]. [Consulta: 10 de agosto de 2011]. Disponible en Web: <http://www.crimpol.eu/>

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.* [en línea][Consulta 29 noviembre de 2010] [Disponible en Web]: [www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata](http://www.fiscal.es/cs/Satellite?blobcol=urldata)

GENERALITAT DE CATALUNYA. CENTRE D'ESTUDIS JURIDICS I FORMACIÓ ESPECIALITZADA. *Comentario a las normas penitenciarias europeas.* [en línea] [Consulta: 10 abril de 2011]. Disponible en Web: [http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC\\_5\\_025\\_10\\_cast.pdf](http://www20.gencat.cat/docs/Justicia/Documents/ARXIUS/SC_5_025_10_cast.pdf)

GOBIERNO DE ESPAÑA. *Plan de Derechos Humanos.* Aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de diciembre de 2008. [en línea]. [Consulta: 15 junio de 2010] Disponible en Web: <http://www.maec.es/es/MenuPpal/Asuntos/DerechosHumanos/Documents/PLAN%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS%20Gobierno%20de%20España%2012XII08.pdf>

GONZÁLEZ ALONSO, L. N. Las obligaciones de los Estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas. RDCE [en línea]. 1998, nº 10. [Consulta de 23 mayo de 2011] Disponible en Web: [http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC\\_003\\_243.pdf](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_003_243.pdf)

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J. J. Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo. *Noticias Jurídicas. Artículos doctrinales.* [en línea]. Abril de 2005. [Consulta de 5 enero de 2011] Disponible en Web: <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/200504-3555121421051720.html>

JAÉN VALLEJO, M. *en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 05 de 2003, resumen a la Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2002, de 14 de octubre* [Consulta: 22 enero de 2011] [Disponible en Web]: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN. *Guía de racionalización y simplificación de los procedimientos administrativos.*[en línea][Consulta de 3 de abril de 2011] Disponible en Web: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100/1266397056865/>

MAPELLI CAFFARENA, B. Una nueva versión de las Normas Penitenciarias Europeas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* [en línea]. 2006, núm. 08-r1, p. r1:1- r1:44. [Consulta de 7 febrero de 2011] [Disponible en Web]: <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-r1.pdf>

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLAREZ, J. *Estudio preliminar del Tratado de Lisboa.* [en línea][Consulta de 25 junio de 2010][Disponible en Web]: [http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez\\_Nanclares\\_estudio\\_preliminar\\_def.pdf](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/EspecialFuturoEuropa/docs/TratadoLisboa2007/Perez_Nanclares_estudio_preliminar_def.pdf)

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. La aplicación del principio de interpretación conforme a las decisiones marco: ¿Hacia el efecto directo?: Especial referencia al caso Pupino. *Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla La*

*Mancha*, 2006. [en línea]. [Consulta: 2 de marzo de 2011] [Disponible en Web]: [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/marta%20munoz%20de%20morales.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/marta%20munoz%20de%20morales.pdf)

PALOMO DEL ARCO, A. Reconocimiento y ejecución de sentencias penales dictadas en otro Estado Europeo. *Revista Jurídica de Castilla y León*. N° 21. mayo 2010. [Consulta de 2 de junio de 2010] [Disponible en Web: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/70/522/004%20palomo.pdf>]

SÁNCHEZ LEGIDO, Á. en *La Euro-Orden, el principio de doble incriminación y la garantía de los derechos fundamentales*. [Consulta: 22 de enero de 2011] [Disponible en Web]: [www.reei.org](http://www.reei.org); <http://www.fam.org.ar/media/downloads/institutos/EuroordenSanchezLegido.pdf>

SARMIENTO, D. Un paso más en la constitucionalización del Tercer Pilar de la Unión Europea. La sentencia María Pupino y el efecto directo de las Decisiones Marco. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005. [en línea] [Consulta: 20 de enero de 2011] [Disponible en Web]: [www.reei.org](http://www.reei.org); [http://www.danielsarmiento.es/pdf/tercer\\_pilar.pdf](http://www.danielsarmiento.es/pdf/tercer_pilar.pdf)

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. *Diccionario interactivo de Derecho Penitenciario*. [en línea] [Consulta: 2 de mayo de 2011] Disponible en Web: <http://www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/index.html>

URIARTE VALIENTE, L. M. *El Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo de 2000 (BOE de 15 de octubre de 2003)*. Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia. [Consulta de 2 de abril de 2011] Disponible en Web: <http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL69.pdf>

## 6. Documentos

### Normas de la Unión Europea

- Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro (DO L 140 de 14.6.2000). Modificada por Decisión marco 2001/888/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2001 (DO L 329 de 14.12.2001). Incorporadas a nuestro ordenamiento mediante la modificación del artículo 386 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

- Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22.3.2001). Sustituida por la directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012.

- Decisión marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DO L 149 de 2.6.2001). Incorporada a nuestro ordenamiento mediante la reforma del artículo 387 del Código Penal operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

- Decisión marco 2001/500/JAI del Consejo, de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito (DO L 182 de 5.7.2001) Incorporada a nuestro ordenamiento mediante la reforma del artículo 127 del Código Penal, operada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

- Decisión marco 2002/465/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre equipos conjuntos de investigación (DO L 162 de 20.6.2002). Incorporada por la Ley 11/2003, de 21 de mayo, reguladora de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea y la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley reguladoras de los equipos conjuntos de investigación penal en el ámbito de la Unión Europea, por la que se establece el régimen de responsabilidad penal de los miembros destinados en dichos equipos cuando actúen en España.

- Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de Junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 164 de 22.6.2002). Modificada por la Decisión marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo (DO L 330 de 9.12.2008). Su incorporación se llevará a cabo mediante la reforma del Código Penal que se está tramitando en la actualidad.

- Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L190 de 18.7.2002).

- Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de Julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (DO L 203 de 1.8.2002). Incorporada a nuestro ordenamiento mediante el artículo 318 bis del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Derogada por directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

- Decisión marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular (DO L 328 de 5.12.2002). Incorporada a nuestro ordenamiento mediante el artículo 318 bis del Código Penal, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre.

- Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DO L 192 de 31.7.2003).

- Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DO L 196 de 2.8.2003).

- Decisión marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal (DO L 29 de 5.2.2003). Incorporada a nuestro ordenamiento mediante la modificación de los artículos 325, 328, 332, 333, 334.1, 335, 336 y 337 del Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Esta Decisión marco ha sido anulada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de septiembre de 2005 (C-176/03), y su contenido ha sido recogido en la directiva 2008/99/CE, del

Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

- Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil (DO L 13 de 20.1.2004).

- Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de Octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constituidos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas (DO L 335 de 11.11.2004). No se han realizado reformas normativas para su incorporación en España.

- Decisión marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito (DO L 68 de 15.3.2005).

- Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005).

- Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DO L 69 de 13.3.2005).

- Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques (DO L 255 de 30.9.2005). Corrección de errores DO L 99 de 14.4.2007. Esta Decisión marco ha sido anulada por la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de octubre de 2007 (C-440/05).

- Decisión marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DO L 328 de 24.11.2006).

- Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L 386 de 29.12.2006).

- Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009).

- Decisión marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal (DO L 220 de 15.8.2008).

- Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DO L 300 de 11.11.2008). El plazo para su incorporación finaliza el 11 de mayo de 2010.

- Decisión marco 2008/909/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal

por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (DO L 327 de 5.12.2008).

- Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (DO L 328 de 6.12.2008).

- Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008).

- Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L350 de 30.12.2008).

- Decisión marco 2008/978/JAI del Consejo, de 18 de diciembre 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal (DO L 350 de 30.12.2008).

- Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado (DO L 81 de 27.3.2009).

- Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (DOUE, 15 de Abril de 2011).

- Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derechos a la información en los procesos penales (DOUE de 1 de junio de 2012).

- Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la orden europea de protección. (DO L 338/2 de 21.12.2011).

- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (DO L 315/57 de 14.11.2012).

### **Normas españolas de adaptación de Derecho de la Unión Europea relativas al ámbito penal**

- Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega y Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega (BOE no 65 de 17.3.2003)

- Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales y Ley

Orgánica 5/2006, de 5 de junio, complementaria de la Ley para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE no 134 de 6.6.2006).

.- Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias y la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, complementaria de la Ley para la ejecución en la Unión Europea de Resoluciones que impongan sanciones pecuniarias (BOE No 293 de 5.12.2008).

.- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

### **Informes de la Comisión Europea sobre la transposición de la normativa de la UE en el ámbito penal**

.- Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM (2005) 63 final). Versión revisada: Informe de la Comisión basado en el artículo 34 de la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (COM (2006) 8 final).

.- Informe de la Comisión basado en el artículo 14 de la Decisión marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (COM (2008) 885 final).

.- Informe de la Comisión basado en el artículo 20 de la Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las sanciones pecuniarias (COM (2008) 888 final)

### **Jurisprudencia y Dictámenes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia penal.**

STCE de 5 de febrero de 1963 en el asunto C-26/62 (Van Gend en Loos).

STCE de 15 de julio de 1964 en el asunto C-6/64 (Costa c. ENEL).

STCE de 14 de mayo de 1974 en el asunto C-4/73 (Nold).

STCE de 9 de marzo de 1978 en el asunto C-106/77 (Simenthal).

STCE de 26 de septiembre de 1996 en el asunto C-168/95 (Arcaro).

STJCE de 16 de junio de 2005 en el asunto C-105/03 (María Pupino).

STJCE de 13 de septiembre de 2005 en el asunto C-176/03 (Comisión c. Consejo).

STJCE de 3 de mayo de 2007 en el asunto C-303/05 (Advocaten voor de Wereld).

STJCE de 28 de junio de 2007 en el asunto C-467/05 (Dell'Orto).

STJCE de 23 de octubre de 2007 en el asunto C-440/05 (Comisión c. Consejo).

STJCE de 17 de julio de 2008 en el asunto C-66/08 (Kozłowski).

STJCE de 12 de agosto de 2008 en el asunto C-296/08 PPU (Santesteban Goicoechea)

STJCE de 1 de diciembre de 2008 en el asunto C-388/08 (Leymann and Pustovarov)

STJCE de 9 de octubre de 2008 en el asunto C-404-07 (Katz).

Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, sobre la adhesión de la Comunidad al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

### **Resoluciones de órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros**

Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993.

Sentencia del Tribunal Constitucional italiano de 10 de noviembre de 1994.

### **Resoluciones y Declaraciones de órganos jurisdiccionales españoles**

STC 5/1998, de 12 de enero.

STC 72/2000, de 13 de marzo.

STC 57/2008, de 28 de abril.

STC 66/2008, de 29 de mayo.

STC 169/2008, de 15 de diciembre.

STC 172/2008, de 18 de diciembre.

STC 199/2009, de 28 de septiembre.

Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. Requerimiento 6603-2004, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa.

STS 197/2006 de 28 de febrero.

AJVP de Melilla de 8 de enero de 2004.

AAP de Madrid, Sección 5ª de 19 de septiembre de 2005.

AAP de Madrid, Sección 5ª de 4 de noviembre de 2005.

AAP de Burgos de 6 de octubre de 2005.

AAP de las Palmas de 26 de mayo de 2005.

AAP de Burgos de 14 de junio de 2006.

AAP de Burgos de 23 de junio de 2006.

AJVP de Pamplona de 23 de mayo de 2007.

AJVP de Bilbao de 17 de julio de 2007.

AJVP de Madrid 1 de 16 de junio de 2008.

AAP de Cádiz de 23 de noviembre de 2008.

AAP de Cádiz de 10 de octubre de 2008.

AAP de Las Palmas de 27 de agosto de 2008.

### **Circulares e Instrucciones de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y Acuerdos de Jueces y Fiscales de Vigilancia Penitenciaria**

- Instrucción 12/2001. Regulación de la recogida de documentación personal identificativa de los internos que ingresan en los centros penitenciarios.

- Instrucción 2/2005. Modificación sobre las Indicaciones de I.2/04, para la adecuación del procedimiento de actuación de las JJ TT a las modificaciones normativas introducidas por la LO 7/03, 30 junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

- Instrucción 13/2006. Aplicación del art. 86.4 del Reglamento Penitenciario.

- Instrucción 2/2007. Implantación sistema de videoconferencias.

- Instrucción 6/2007. Confesiones religiosas.

- Instrucción 9/2007. Clasificación y destino de penados.

- Instrucción 3/2008. Normativa sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios.

- Instrucción 7/2010. Modificación de la I. 2/2005 en lo relativo al periodo de seguridad(art. 36.2 del Código Penal).

- Instrucción 2/2011. Código deontológico.

- Instrucción 3/2011. Plan de Intervención General en materia de Drogas en la Institución Penitenciaria.

- Instrucción 5/2011. Reforma del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 419/2011 de 25 de Marzo).

- Instrucción 8/2011. Atención integral a las personas mayores en el medio penitenciario.

- Instrucción 9/2011. Suspensiones y sustituciones de condena de penas privativas de libertad. Especial referencia a la intervención con agresores por violencia de género en medidas alternativas.

- .- Instrucción 11/2011. Pena de localización permanente en centros penitenciarios.
- .- Instrucción 12/2011. Internos de especial seguimiento/medidas de seguridad.
- .- Instrucción 16/2011. Protocolo de atención individualizada a internos en el medio penitenciario.
- .- Instrucción 19/2011. Del cumplimiento de las medidas de seguridad competencia de la Administración Penitenciaria.
- .- Instrucción 1/2012. Permisos de salida y salidas programadas.
- .- Criterios de actuación, conclusiones y acuerdos aprobados por los Jueces de vigilancia penitenciaria en sus XVI reuniones celebradas entre 1981 y 2007 (texto refundido y depurado a 1 de enero de 2008).
- .- Conclusiones de la XIX Reunión de magistrados/as de vigilancia penitenciaria de 24, 25 y 26 de mayo de 2010.
- .- Conclusiones del Encuentro de Jueces/zas de vigilancia penitenciaria, Fiscales e Instituciones Penitenciarias de 13, 14 y 15 de abril de 2011.

## Notas

---

## Notas

---