

El reconocimiento mutuo de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea. Problemas en su aplicación. Especial referencia a Portugal*

The mutual recognition of custodial sentences in the European Union. Issues in its application. Special reference to Portugal

FLORENCIO DE MARCOS MADRUGA

Magistrado. Profesor Asociado. Universidad de Valladolid.

florencio.marcos@uva.es

ORCID: 0000-0001-6579-0750

Recibido: 01/10/2024 . Aceptado: 22/11/2024.

Cómo citar: Marcos Madruga, Florencio de, “El reconocimiento mutuo de sentencias privativas de libertad en la Unión Europea. Problemas en su aplicación. Especial referencia a Portugal”, *Revista de Estudios Europeos* volumen (2025): 171-199.

Artículo de acceso abierto distribuida bajo una [Licencia Creative Commons Atribución 4.0 Internacional \(CC-BY 4.0\)](#)

DOI: <https://doi.org/10.24197/ree.85.2025.171-199>

Resumen: La implementación de un sistema de transmisión de las condenas a penas privativas de libertad como consecuencia de la Decisión Marco 2008/909/JAI en el ámbito de la UE supone un importante paso en la consolidación del denominado Tercer Pilar, si bien la falta de homogeneidad de los sistemas penales de los Estados miembros genera importantes disfunciones que pueden poner en tela de juicio el principio de reconocimiento mutuo. En este trabajo se abordan diversos problemas que surge en la aplicación de esta normativa, especialmente en la ejecución de la condena transmitida, con especial referencia a las dudas que pueden surgir en las relaciones con Portugal.

Palabras clave: transmisión de condena; estado de emisión; estado de ejecución; adaptación de condena; ejecución de condena.

Abstract: The implementation of a system for transmitting custodial sentences as a result of Framework Decision 2008/909/JHA within the EU represents an important step in consolidating the so-called Third Pillar. However, the lack of homogeneity in the criminal justice systems of the Member States generates significant dysfunctions that may question the principle of mutual recognition. This paper addresses various problems that arise in the application of this regulation,

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, Agencia Estatal de Investigación: *Proceso Penal y Unión Europea. Análisis y Propuestas* (PID2020-116848GB-I00).

especially in the execution of the transmitted sentence, with particular reference to the doubts that may arise in relations with Portugal.

Keywords: transmission of sentence; issuing state; executing state; adaptation of sentence; execution of sentence.

INTRODUCCIÓN

Dentro del objetivo de construcción del llamado Tercer Pilar de la Unión Europea, la meta de crear un área de libertad, seguridad y justicia, el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 adoptó el principio del reconocimiento mutuo, basado en la confianza recíproca entre los Estados miembros, con el objetivo de convertirse en el fundamento de la cooperación judicial, tanto en materia civil, como penal, dentro de la Unión.

En el ámbito de la ejecución penal, esta línea de cooperación se plasma en la Decisión Marco 2008/909/JAI del Consejo, del 27 de noviembre de 2008, *sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias penales que imponen penas o medidas privativas de libertad para su ejecución en la Unión Europea*, y la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo, del 27 de noviembre de 2008, *sobre la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada para supervisar medidas de libertad vigilada y penas sustitutivas*.

Normativa que se transpone a nuestro ordenamiento a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, que dedica a este fin los Títulos III y IV, donde el juez de vigilancia penitenciaria desempeña un papel importante, como autoridad de emisión, siendo la de ejecución el Juzgado Central de Lo Penal.

El nuevo modelo que se crea trasciende a aquel desarrollado en el seno del Consejo de Europa¹, tanto por el objeto, que va más allá del traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad, como por el sujeto, no siendo determinante el dato de la nacionalidad, como elemento de conexión, ni el consentimiento, como presupuesto de la transmisión.

¹ Convenio de Estrasburgo sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, y Protocolo adicional, de 18 de diciembre de 1997; 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.

Diseño que además trasciende al modelo de cooperación previo, que pierde el carácter político, para ser ahora judicial.

Al tiempo, se supera el elemento discrecional del sistema, que pasa a ser reglado, con un listado de categorías delictivas en el cual se prescinde del examen de la doble incriminación.

En definitiva, se perfila un instrumento de ejecución que pretende cerrar el sistema penal, ocupándose de la última fase de aquel, con una clara finalidad, posibilitar en la mejor manera posible el fin último de la pena, la prevención especial concretada en la reinserción del penado.

1. FINALIDAD Y LÍMITES DEL INSTRUMENTO

Estos instrumentos transnacionales y la ley, tienen como objetivo común aumentar las posibilidades de reinserción social del condenado².

El tratamiento penitenciario, definido como el conjunto de actividades dirigidas a la reeducación y reinserción social de los penados, art. 59.1 LOGP, abarca dos grupos de actividades diferenciadas: las orientadas a la reeducación, que buscan superar carencias que conducen al delito (actividades formativas, culturales, laborales, educativas, tratamientos psicológicos, etc.) y aquellas otras enfocadas en la reinserción, que toman como meta el mantenimiento de los vínculos del recluso con la sociedad en orden a mitigar los efectos desocializadores de la prisión (comunicaciones, actividades fuera de la prisión, permisos penitenciarios, semilibertad, libertad condicional, etc.)³.

Llevar a cabo el tratamiento en los extranjeros en prisión presenta especiales dificultades. Así las barreras idiomáticas entorpecen la labor de valoración psicosocial o el desarrollo de programas que requieren una comunicación fluida; la heterogeneidad del grupo, con múltiples nacionalidades y valores culturales distintos; el deficiente arraigo social y familiar, que lleva a un aislamiento elevado y falta de apoyo; los recursos económicos limitados o nulos; y en ocasiones, una legislación de extranjería con miras a la expulsión del condenado. Todos estos factores añaden un obstáculo adicional al acceso a los instrumentos de reinserción. Incluso antes del juicio, la condición de extranjero puede ser un factor en

² Consideración (9) y art. 3.1 y 4.6 Decisión Marco 2008/909/JAI; Consideración (8) y art. 1 Decisión Marco 2008/947/JAI.

³ Montero Pérez de Tudela, Esther (2019). “La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español”. *Revista de estudios socioeducativos (RESED)*. nº 7. pp. 227-249.

contra a la hora de adoptar medidas cautelares debido al mayor riesgo de fuga⁴.

La propia motivación del interno en su tratamiento, que es crucial para su efectividad, se ve afectada cuando el recluso es consciente de que sus posibilidades de reinserción están limitadas por su condición de extranjero.

Los instrumentos repatriativos cumplen así la misión de superar estos obstáculos, de ahí que la Decisión Marco 2008/909/JAI, tenga como eje las posibilidades de reinserción.

Sin embargo, este es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse considerando la nacionalidad, residencia previa y otras circunstancias del condenado⁵.

La valoración de estos aspectos corresponde a la autoridad del Estado de emisión, que puede obtener la debida información a través del mecanismo de consulta previa, que, en ocasiones, como se verá, es obligatoria⁶.

Pero el art.4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI apunta o deja abierto un concepto que va más allá del de la reinserción social tal y como se ha expuesto, ya que, se va a mencionar en aquel la reintegración exitosa del condenado en la sociedad, objetivo que desborda las meras circunstancias sociofamiliares o personales y que apunta al retorno a la sociedad con la expectativa de ausencia de delitos, lo que implica la formación y programas penitenciarios adecuados.

Se abre así un resquicio a la posibilidad de evaluar la infraestructura penitenciaria del Estado de ejecución por la autoridad de emisión, que podría considerar denegar la transmisión ante la falta de programas adecuados, especialmente en casos de delitos ligados a adicciones o con relevancia de los factores de la personalidad, caso de la violencia de género o delitos sexuales⁷.

⁴ Marcos Madruga, Florencio de (2010) “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”. *Diario La Ley*. nº 7410.

⁵ Hoyos Sancho, Monserrat de (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. p.109.

⁶ Arts. 4.3 y 4 Decisión Marco 2008/909/JAI y 68 LRM.

⁷ El AAP Ciudad Real, de 14 de junio de 2018, considera que la reintegración a la sociedad va más allá del arraigo y el mantenimiento de los lazos familiares, debiéndose contemplar aspectos tales como la gravedad de los delitos cometidos, la necesidad de trabajar en valores fundamentales para la reinserción social, como el respeto a la libertad

Compartida con otros instrumentos de cooperación, surge la cláusula de salvaguarda de los derechos y los principios jurídicos fundamentales consagrados en el art. 6 del Tratado de la UE⁸.

Si la confianza mutua en los sistemas jurídicos de los Estados miembros es fundamental para el reconocimiento mutuo⁹, la afirmación de tal principio lo es sin renunciar a las garantías procesales, a pesar de las diferencias de los sistemas penitenciarios.

El principio de reconocimiento mutuo se basa en la confianza recíproca, que no ciega, en los sistemas jurídicos para proporcionar una protección efectiva de los derechos fundamentales, eliminando o reduciendo las garantías requeridas para la cooperación¹⁰.

Esta confianza es precisamente la razón por la cual el Estado de ejecución reconoce las resoluciones dictadas por las autoridades del Estado de emisión, actuando la normativa europea, la Decisión Marco y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como guía interpretativa de la normativa nacional.

Salvo situaciones extremas y verificadas de forma confiable y no meras hipótesis, las condiciones del encarcelamiento no pueden constituir causa de denegación de la transmisión¹¹.

En realidad, en estos casos, habría dos niveles de análisis: uno general, sobre el sistema judicial del Estado de emisión; y uno particular, sobre la concreta situación de la persona afectada¹².

y la integridad sexual de las personas, la severidad de la condena, el largo período de cumplimiento pendiente y la ausencia de factores concretos, más allá del deseo del interno.

⁸ Art. 3.4 de la Decisión Marco y art. 3 LRM.

⁹ Considerando (5), Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁰ Rodríguez Yagüe, Cristina (2018). “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? a propósito del ‘procés catalán’”. *Revista General de Derecho Penal*. nº 29; Hernández López, Alejandro (2022). “El reconocimiento mutuo a examen: el asunto C-158-21 Puig Gordi y otros y su incidencia en el futuro de la cooperación judicial en materia penal en la UE”. *Revista de Estudios Europeos*. nº 79. pp. 266-267.

¹¹ SSTJUE de 5 de abril de 2016 (Asunto C-404/15), *Aranyosi y Caldaru* (ECLI: ECLI:EU:C:2016:198); de 15 de octubre de 2019 (Asunto C-128/18), *Dumitru-Tudor Dorobantu* (ECLI: ECLI:EU:C:2019:857); y de 31 de enero de 2023 (Asunto C-158/21), Lluís Puig Gordi (ROJ: PTJUE 21/2023 - ECLI:EU:C:2023:57).

¹² Gascón Inchausti, Fernando (2021). “¿Hacia una cláusula implícita de orden público como límite a los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea?”. En *Nuevos postulados de cooperación judicial en Unión Europea*. Valencia. Tirant Lo Blanch. pp. 302-303.

2. SUJETO Y OBJETO DE LA TRANSMISIÓN

2. 1. Sujeto de la transmisión

Yendo más allá del Convenio de Estrasburgo, que tomaba como referencia la nacionalidad y el consentimiento, tanto del condenado, como del Estado de su nacionalidad, la Decisión Marco da prevalencia a las mayores posibilidades de reinserción, por lo que tales elementos dejan de ser determinantes.

En cuanto al condenado, basta con que esté en España o en el Estado de ejecución y que se considere que la ejecución de la condena en dicho Estado contribuirá a facilitar su reinserción social.

La transmisión solo puede hacerse a un único Estado y esta elección no es arbitraria, sino que la decisión debe ajustarse a uno de los supuestos mencionados en el artículo 71.2 LRM.

El apartado a), relativo al Estado del que el condenado es nacional y en el que tenga su residencia habitual, es el menos problemático.

El apartado b), el Estado del que el condenado es nacional y al que, de acuerdo con la sentencia o una resolución administrativa, será expulsado una vez puesto en libertad, ha de ponerse en relación con la previsión en la legislación de extranjería de acordar expulsión de ciudadanos comunitarios por razones de orden público, seguridad o salud pública¹³.

El apartado c), relativo a cualquier otro Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se le transmita la resolución, sería una cláusula genérica y abierta, permitiendo la transmisión a cualquier Estado donde haya mayores posibilidades de reinserción, siempre que el Estado de ejecución consienta. Supuesto por tanto de carácter discrecional en la medida en que su eficacia está sujeta a la aceptación del Estado de ejecución.

Por último, el apartado d), se refiere a cualquier otro Estado miembro siempre que exista reciprocidad y que, o bien, el condenado resida de forma legal y continuada en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga en él su derecho de residencia permanente; o bien sea nacional de ese Estado de ejecución, pero no tenga su residencia habitual en el mismo. Se trata de una subcategoría del c), no mencionada explícitamente

¹³ Art. 15 Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*.

en la Decisión Marco, pero recogida como un caso de no exigencia del consentimiento¹⁴ y citada en los *Considerandos*¹⁵ como ejemplo del artículo 4.1 c). En la transposición de la norma europea, se ha utilizado esta facultad para incluir un nuevo caso de no exigencia del consentimiento, estableciendo un nuevo principio de reciprocidad: que el otro Estado actúe de igual forma. De no ser así, la transmisión estaría sujeta a la voluntad del Estado de ejecución.

Las consultas para valorar las mayores posibilidades de reinserción en el Estado de ejecución serían obligatorias en los casos de los apartados c) y d)¹⁶. En los supuestos reglados, donde no es posible el rechazo por parte de la autoridad del Estado de ejecución, la consulta es potestativa.

El alcance de cada tipo de consulta varía. En el caso de la consulta obligatoria, la opinión de la autoridad del Estado de ejecución viene acompañada de la decisión de autorizar o no la transmisión, alterando el orden natural del procedimiento, pues se está anticipando la decisión de la autoridad de ejecución sobre la del de emisión – que no queda vinculada por aquella-, lo cual genera, desde el punto de vista práctico, dos problemas.

El primero de ellos, como la autoridad de ejecución necesita tener toda la información relativa a la condena para pronunciarse sobre la admisión de la transmisión, la consulta debe incluir todos los detalles del Certificado, Anexo II, y adjuntarse la sentencia¹⁷.

En segundo lugar, si la autoridad del Estado de ejecución ya ha aceptado la transmisión, no tiene sentido emitir el Certificado posteriormente por la autoridad del Estado de emisión.

En las consultas potestativas, la autoridad del Estado de ejecución puede presentar a la autoridad del Estado de emisión un informe motivado indicando que el cumplimiento de la condena en el Estado de ejecución no contribuirá a la reinserción social, ni a la reintegración exitosa del condenado en la sociedad¹⁸. Opinión que no es vinculante, ya que se trata de supuestos reglados de transmisión, donde la decisión se limita a verificar si se cumplen las condiciones de la transmisión, es decir, si el

¹⁴ Art. 4.7 Decisión Marco 2008/909/JAI.

¹⁵ Considerando (7), Decisión Marco 2008/909/JAI

¹⁶ Art. 4.3 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 68.3 LRM.

¹⁷ Sin embargo, el art. 78 LRM no contempla ese pronunciamiento por parte del Juez Central de lo Penal, sino solo aquel otro sobre las posibilidades de reinserción del condenado, lo cual resulta inconsistente.

¹⁸ Art. 4.4 Decisión Marco 2008/909/JAI.

condenado es nacional y reside en el Estado de ejecución o al que será expulsado una vez liberado. Si no medió consulta previa, el dictamen puede presentarse sin demora una vez acordada la transmisión con la sentencia y el certificado. En este caso, la autoridad del Estado de emisión puede optar por retirar o no el certificado, quedando claro que esta es la única competente para decidir sobre las mayores posibilidades de reinserción del condenado en tales supuestos.

Especial consideración, con relación a los sujetos, merece la nueva posición que pasa a ocupar el consentimiento del condenado, que tenía carácter esencial en el sistema del Convenio de Estrasburgo. En el marco del reconocimiento mutuo, este requisito se desdibuja, ya que, aunque el artículo 67.1 LRM¹⁹ establece como regla general la necesidad de consentimiento, las excepciones a este principio son tan significativas que, de facto, estas son la norma²⁰.

La posibilidad de traslado del penado comunitario sin necesidad de su consentimiento en el caso de aquellos sometidos a una orden de expulsión administrativa o gubernativa, traslado que puede solicitarse desde el inicio de la condena o antes, independientemente de la duración de las penas, puede ser una vía alternativa a la aplicación de art. 89 CP actual, pero con

¹⁹ Art. 6.1 Decisión Marco 2008/909/JAI.

²⁰ Así, los arts. 67.2 y 71.2 d) LRM excluyen la necesidad del consentimiento cuando el Estado de ejecución sea:

- a) El Estado de nacionalidad del condenado donde tenga vínculos por su residencia habitual y lazos familiares, laborales o profesionales.
- b) El Estado miembro al que el condenado vaya a ser expulsado una vez liberado, basado en una orden de expulsión o traslado contenida en la sentencia o una resolución judicial o administrativa derivada de la sentencia.
- c) El Estado miembro al que el condenado se haya fugado o haya regresado por el proceso penal abierto en su contra en España o por haber sido condenado en España.
- d) Cualquier Estado miembro que haya declarado ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea la no necesidad del consentimiento, siempre que el condenado resida legal y continuamente en ese Estado desde hace al menos cinco años y mantenga allí su derecho de residencia permanente, o bien sea nacional de ese Estado de ejecución, pero no tenga su residencia habitual en el mismo.

Este último caso, en España, dado que su admisibilidad queda a merced de la voluntad de los Estados, está condicionado al principio de reciprocidad. Los casos de transmisión más relevantes, al menos potencialmente, son los del primer y último apartado -este último en referencia a los nacionales del Estado de ejecución no residentes en él-.

la ventaja de que no se requeriría el cumplimiento de ningún porcentaje de la condena en España, a diferencia de su sustitución por expulsión²¹.

El consentimiento del condenado, cuando es necesario, debe prestarse ante la autoridad judicial competente, asistido de abogado y, si es necesario, de intérprete, previa información clara y comprensible de la finalidad de la audiencia y del consentimiento.

Aunque haya sido el condenado el que interese la aplicación de este instrumento, sin embargo, ello no presupone, ni condiciona, una la decisión judicial al respecto.

Ni la normativa comunitaria, ni la nacional, contienen referencia alguna a la posibilidad de revocar el consentimiento ya prestado. Aunque pudiera invocarse su carácter irrevocable ante la ausencia en la ley de un nuevo trámite una vez prestado²², sin embargo, en caso de un cambio sobrevenido en las circunstancias que afecte al pronóstico de reinserción, como puede ser el cambio de domicilio de la familia más próxima del condenado a otro Estado, sí sería admisible la retirada²³.

Fuera de los supuestos donde se requiere consentimiento, la intervención del condenado se limita a una simple audiencia, en la cual puede presentar sus alegaciones verbalmente o por escrito -si el condenado no puede expresar su opinión debido a su edad o estado físico o psíquico, su representante legal lo hará en su lugar-, las cuales serán consideradas, sin efecto vinculante, en el momento de tomar la decisión sobre la transmisión. Estas alegaciones se remiten a la autoridad del Estado de ejecución junto con el resto de la documentación.

2. 2. Objeto de la transmisión

La transmisión lo es de una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad, aserto que, en nuestro ordenamiento, nos lleva a los arts. 35 y 96.2 CP, que definen como tales, en el primer

²¹ Montero Pérez de Tudela, Esther (2015). “Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas”. *La Ley Penal*. nº 115. p. 24.

²² Fernández Prado, Manuela (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. p. 135.

²³ En tal sentido, AAP Mallorca (1ª), de 9 de diciembre de 2015.

grupo, a la pena de prisión permanente revisable, la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; y, en el segundo, el internamiento en un centro psiquiátrico, centro de deshabitación o en un centro educativo especial.

La localización permanente debido a su escasa entidad -las penas inferiores a seis meses no son transferibles-, a menos que se cumpla en un régimen carcelario junto con otra pena de prisión, no parece que pueda ser objeto de transmisión.

La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no se recoge en todos ordenamientos nacionales, por lo que la pretensión de transmisión puede conducir al rechazo del reconocimiento por la autoridad del Estado de ejecución.

En cualquier caso, la pena o medida no debe estar extinguida, pues en tal caso solo cabría considerarla en un nuevo proceso penal, situación que se rige por la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, *sobre el intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*²⁴.

Pero, aunque en principio el planteamiento expuesto parece simple, sin embargo, por la conformación del sistema penal, las respuestas sancionadoras en él previstas, el pronunciamiento sobre la transmisión no siempre es un tema sencillo, como resulta cuando la pena privativa de libertad concurre con otras penas o medidas no transmisibles.

Así, concluir si los trabajos en beneficio de la comunidad encajan en el concepto de *medida de libertad vigilada* de la Decisión Marco 2008/909/JAI, que, en ocasiones son una pena, mientras que, en otras, son condición de la suspensión o forma de sustitución de otra pena, no es cuestión fácil²⁵.

²⁴ Art. 63 LRM.

²⁵ Para SANZ MORÁN, considerando la versión en lengua alemana de la Decisión Marco, que emplea la expresión “sentencias y resoluciones de puesta a prueba, con miras a la supervisión de medidas probatorias y sanciones alternativas” y aquella otra en lengua inglesa, que usa la de “sentencias y decisiones relativas a la suspensión condicional de la pena con miras a la supervisión de las medidas probatorias y de las sanciones alternativas”, entiende que se está haciendo referencia a la sustitución y suspensión condicional de la pena. En Sanz Morán, Ángel José (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. p. 163.

A la misma conclusión llega FARALDO CABANA, pues la Decisión Marco no tendría como objetivo las penas privativas de derechos, sino las medidas judiciales que evitan el

En otros casos, es la duración de la *medida de libertad vigilada* el problema, pues si aquella es inferior a seis meses²⁶, constituye causa de denegación de la transmisión; situación que, en muchos casos, se da con referencia a los trabajos en beneficio de la comunidad. Con relación a estos últimos surge, además, un nuevo problema, pues cabe plantear qué significa seis meses en este caso, si el plazo de ejecución de los trabajos o bien la entidad cuántica de aquellos, siendo la respuesta posible distinta en uno y otro caso.

De todas formas, desde el punto de vista práctico, buscar una solución en algunos de estos supuestos es fácil. En el caso de la pena de localización permanente, cuando la pena privativa de libertad transmisible está en cumplimiento, bastaría considerar una reducción en la parte cumplida de la entidad de aquella otra; solución que sirve también para los casos en los cuales el Estado de ejecución no reconozca la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa. Por lo que a los trabajos en beneficio de la comunidad se refiere, cabe cumplirlos antes de la transmisión, pues es una respuesta punitiva susceptible de cumplimiento simultáneo a la privación de libertad.

Mayores problemas ofrece la consideración de la libertad vigilada postpenitenciaria, medida de seguridad no privativa de libertad cuyo proceso de concreción se realiza momentos previos al licenciamiento de la pena privativa de libertad y cuyo contenido se fija como consecuencia del

ingreso en prisión o acortan su duración. En Faraldo Cabana, Patricia (2019). “¿Cuáles son las resoluciones de «libertad vigilada» a efectos del reconocimiento mutuo? Sobre las dificultades de trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. nº 63. pp. 588-589.

Posición contraria es la que sostiene RODRÍGUEZ-MEDEL NIETO, la cual, al analizar los artículos 93 y 94 de la LRM, entiende que la transmisibilidad alcanza a aquellas penas autónomas que consisten en la imposición de algunas de las prohibiciones u obligaciones allí mencionadas, pues la Decisión Marco define la pena sustitutiva como “la pena que no constituye ni una pena privativa de libertad, ni una medida privativa de libertad, ni una sanción pecuniaria, y que impone una obligación o instrucción”, no exigiéndose que sustituya a ninguna otra. En Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. pp. 175-178.

La *Guía sobre el reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada* del Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, Versión de 27 de febrero de 2015, sigue este criterio.

²⁶ Art. 11 j) de Decisión Marco 2008/909/JAI.

resultado resocializador del cumplimiento de aquella, esto es, en función del éxito alcanzado con el tratamiento penitenciario²⁷.

Si conforme al art. 106 del Código Penal, dos meses antes de la extinción de la pena de prisión, se eleva al sentenciador la correspondiente propuesta por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, si se ha transmitido aquella a un tercer Estado, no será posible llevar cabo tal labor postuladora.

Para solventar esta situación podría plantearse la posibilidad de adelantar el proceso de concreción al momento de la ejecución del traslado, mas, ello no es sino olvidar la naturaleza de la medida, que es el complemento al resultado del tratamiento, con lo cual solo cuando este se ha desplegado en plenitud, es cuando se puede determinar las necesidades y la peligrosidad que se trata de anular o compensar con las reglas de conducta a las que se somete al exrecluso²⁸.

3. LÍNEAS ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO

3.1. Autoridades de emisión y ejecución

Debido a la diversidad de sistemas de ejecución de penas en los diferentes Estados de la Unión Europea, va a ser la normativa interna de cada país la que va a establecer las autoridades encargadas de emitir y ejecutar.

La LRM, en su art. 64, en contraste con el esquema del Convenio de Estrasburgo, ha diseñado un sistema de reconocimiento exclusivamente judicial.

Dentro de este sistema, se sigue un enfoque dual respecto a la autoridad de emisión: el juez de vigilancia penitenciaria o el juez/tribunal que hubiera dictado la sentencia en primera instancia, para penas privativas de libertad, y el juez de menores, para las medidas privativas de libertad en el ámbito de su competencia.

²⁷ Marcos Madruga, Florencio de (2023). *El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico*. Navarra. Aranzadi. p. 469.

²⁸ La jurisprudencia menor se haya divida en esta cuestión. Así, en este sentido expuesto, la AAP Barcelona (21^a) 1534/2019, de 19 de septiembre (ROJ: AAP B 9967/2019 - ECLI:ES:APB:2019:9967A). Postura divergente es la recogida en los AAP Guipúzcoa (1^a) 133/2020, de 2 de marzo (ROJ: AAP SS 1240/2020 - ECLI:ES:APSS:2020:1240A) y AAP Madrid (5^a) 1306/2021, de 11 de marzo, que no ven obstáculo en la transmisión de la pena de prisión y ulterior concreción del contenido de la libertad vigilada, si bien no dicen cómo.

La Ley Orgánica 6/2014, de 29 de octubre, *complementaria a la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*, reformando los preceptos relativos a los juzgados de lo penal y juzgados de vigilancia penitenciaria para asignarles nuevas competencias en coordinación con la LRM²⁹. Sin embargo, se olvida que sentenciador no solo lo es el juez de lo penal, sino también lo son las Audiencias Provinciales, la Audiencia Nacional, los Tribunales Superiores de Justicia y el Tribunal Supremo.

A la hora de delimitar la competencia entre el sentenciador y el juez de vigilancia penitenciaria, el art. 64 LRM toma como referencia el inicio del cumplimiento de la condena, expresión que no es tan precisa como pudiera parecer. Así el Tribunal Supremo ha reconocido la suspensión de la condena como forma de cumplimiento de la pena de prisión³⁰, por lo que si se revoca una condena suspendida y el penado se fuga a otro Estado, si se considera ya iniciado el cumplimiento, sería del juez de vigilancia el competente para la transmisión y, por el contrario, si por inicio se entiende el cumplimiento penitenciario, la competencia sería del sentenciador.

Hubiera sido más adecuado tomar como referencia la situación de privación de libertad, asignando al juez de vigilancia penitenciaria los casos en que el condenado esté en un establecimiento penitenciario, en línea con el posicionamiento de la LOPJ, art. 95, a la hora de fijar la competencia territorial de estos órganos³¹.

Otra duda entorno a la relación entre juez de vigilancia penitenciaria y sentenciador surge con respecto al art. 65.2 LRM, que recoge una forma peculiar de cesión de jurisdicción, al disponer que antes del inicio de la ejecución de la condena, si el condenado no cumple otra condena, el juez o tribunal sentenciador puede transmitir la resolución a la autoridad competente del Estado de ejecución directamente o a través del juez de vigilancia penitenciaria. No se aclara cómo se fija la competencia territorial del juez de vigilancia penitenciaria, pues bien podría considerarse el domicilio del condenado³² o el lugar del sentenciador.

²⁹ Véase los arts. 89.4 bis y 94.1 LOPJ.

³⁰ SSTs 450/2012, de 24 de mayo (ROJ: STS 3811/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3811) y 768/2014, de 11 de noviembre (ROJ: STS 4716/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4716).

³¹ Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi. p. 629.

³² Criterio que se sigue en la libertad vigilada, ATS de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: ATS 11200/2017 - ECLI:ES:TS:2017:11200A).

En caso de que el condenado se fugue y sea hallado en el Estado de ejecución -situación similar a esta sería aquella en que el condenado es entregado temporalmente al Estado de ejecución y se solicita la transmisión-, un primer posicionamiento llevaría a entender que la decisión debe corresponder al juez o tribunal sentenciador, pues el condenado ya no está bajo la jurisdicción del juez de vigilancia penitenciaria, cuya competencia es residual³³.

El problema de la postura anterior es que se hace abstracción de que la ejecución de la condena ya se ha iniciado. Cabe apostar, sin embargo, por una interpretación sistemática de los arts. 65.2 y 72 LRM que conduce a una respuesta más certera y alejada de toda discrecionalidad. Solo cuando es necesario antes del inicio del cumplimiento la adopción de medidas cautelares es cuando cabe la transmisión a través del juez de vigilancia penitenciaria, que es el único que tienen la potestad para acordarlas³⁴.

No ha previsto la LRM especialidad alguna en el caso de la pena de prisión permanente revisable, en la cual el juez de vigilancia penitenciaria tiene competencias limitadas, por lo que resulta ahora que es a este al que le va a corresponder tomar decisiones que afectan a núcleo esencial de la pena, no solo por el pronunciamiento sobre la procedencia de la transmisión, sino lo que es más llamativo, sobre su posible adaptación³⁵.

Finalmente, en la justicia juvenil, se plantea un nuevo problema, quién es competente para transmitir medidas impuestas que se ejecutan conforme a la legislación penitenciaria al alcanzar el menor la mayoría de edad, supuesto del art. 14 LORPM. Aunque el juez de menores pierda la competencia de ejecución en estos casos, la competencia para la eventual transmisión reside en quien impuso la medida, no en quien supervisa su ejecución, pues la respuesta penal, al menos nominalmente, no ha cambiado de naturaleza, transmutándose en una pena de prisión.

³³ Fernández Prado, Manuela (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. p.133.

³⁴ Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi. pp. 630-631.

³⁵ Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi. p. 631.

3.2. Inicio del procedimiento de transmisión

El art. 65 LRM contempla tres posibles formas de inicio del procedimiento. Junto con la posibilidad de actuación de oficio por parte de la autoridad judicial competente para la transmisión, ya sea el juez de vigilancia penitenciaria del establecimiento en el que el condenado esté cumpliendo condena, si la ejecución ya ha comenzado, o el juez o tribunal sentenciador, en caso contrario, la ley recoge la posible solicitud por parte del Estado de ejecución o, por último, la petición del propio condenado

La primera opción, desde el punto de vista práctico, parece poco viable, pues la autoridad judicial, por regla general, carece del conocimiento del sustrato fáctico en orden a poder valorar la procedencia de la aplicación del instrumento. Este cauce solo se entiende si viene precedido de una puesta en conocimiento por parte de la Administración, ya sea penitenciaria o responsable de la política migratoria; pero tal remisión de información no vincula a quien tiene el poder decisorio, ya que la LRM no recoge el interés de la Administración en el procedimiento, ni la autoridad judicial está vinculada por la política migratoria o penitenciaria.

La solicitud de transmisión en el Estado de ejecución puede traer causa en su propia iniciativa o bien porque el condenado ha dirigido la solicitud a aquel. Ejemplo de actuación de oficio por parte de la autoridad de ejecución sería el supuesto en el que el condenado se encuentre ya en ese Estado, ya porque esté cumpliendo otra condena allí o bien porque haya sido objeto de una entrega temporal, con lo cual hay un interés práctico en la transmisión de la condena pendiente de cumplimiento para evitar traslados innecesarios.

La forma de inicio numéricamente más relevante es la solicitud del propio condenado ante la autoridad judicial a la cual corresponda la transmisión.

Pero, puntualiza la normativa que, ni en este último supuesto, ni en el caso de que la solicitud venga del Estado de ejecución, por propia iniciativa o a petición del condenado, ello significa que exista obligación por parte de la autoridad judicial española competente de acceder a la transmisión de la resolución³⁶.

Mención que genera la duda de si, fuera de los casos en los que la iniciativa proviene de la autoridad del propio Estado emisor, se trata de un

³⁶ Art. 4.5 Decisión Marco 2008/909/JAI; Art. 65 LRM.

sistema consensuado o discrecional, similar al planteamiento del Convenio de Estrasburgo, de forma que la transmisión de la condena queda a la voluntad de los Estados implicados.

Tanto la Decisión Marco, como la LRM, buscan establecer un nuevo modelo diferente al del Convenio, basado en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales y la confianza recíproca, superando el antiguo sistema de cooperación voluntaria, en favor del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión. De este modo, la aceptación del traslado resulta obligatoria si se cumplen los requisitos normativos y no existen causas de denegación, las cuales, además, serían interpretadas de manera restrictiva³⁷.

Este planteamiento conecta con los Considerandos de la Decisión Marco³⁸, que se decanta por un sistema reglado en los supuestos de las letras a) y b) del art. 4.1 de aquella, contemplándose únicamente la discrecionalidad en el apartado c) – transmisión a cualquier Estado miembro, distinto de los Estados miembros mencionados en las letras a) y b), cuya autoridad competente consienta en recibir la sentencia y el certificado -. Incluso en los casos en los que entra en juego la discrecionalidad, se considera la mayor posibilidad de reinserción.

3.3. Causas de inadmisión *ad limine*

Aunque no se contempla esta posibilidad expresamente en la LRM, sin embargo, la realidad pone de manifiesto una serie de supuestos en los cuales, una vez recibida la solicitud de transmisión, no procede cursarla.

Un supuesto común es la ausencia de documentación en el solicitante, con lo cual no queda acreditada su identidad, lo cual hace inviable una transmisión de condena.

Tampoco cabe la transmisión cuando la condena pendiente de cumplimiento es inferior a seis meses, pues tal circunstancia es causa de denegación del reconocimiento por la autoridad del Estado de ejecución³⁹.

³⁷ Hoyos Sancho, Monserrat de (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. p.111.

³⁸ Considerando (7), Decisión Marco 2008/909/JAI.

³⁹ Art. 11.1. j) Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 85.1.a) LRM.

Las resoluciones de los jueces de vigilancia penitenciaria tienen, en principio, los efectos de cosa juzgada. Esto significa que, si ya existe un procedimiento abierto en otro juzgado – situación común cuando el interno cambia de centro – o si ya se ha resuelto previamente de manera negativa, no se debe iniciar un nuevo procedimiento. Solo si cambian las circunstancias consideradas se puede plantear la cuestión, la solicitud, nuevamente.

El art. 66.3 LRM establece, aunque de manera imprecisa, que la autoridad judicial debe asegurarse de que no haya ninguna sentencia condenatoria pendiente de firmeza respecto al condenado antes de decidir sobre la transmisión. A pesar de esta formulación, es obvio que el procedimiento de transmisión de sentencias condenatorias no puede ser un mecanismo de exoneración de cumplimiento de otras condenas diversas a la que es objeto de transmisión o de eludir la responsabilidad en otras causas en trámite; por ello, no solo la existencia de sentencias condenatorias no firmes es una causa para no proceder a la transmisión, sino también la existencia de procedimientos penales abiertos.

La transmisión solo tiene sentido si se trasladan todas las penas existentes contra el condenado⁴⁰. En caso de haber alguna causa pendiente, se debe esperar a que el procedimiento termine en firme para proceder con la transmisión.

Desde el punto de vista práctico, la forma de comprobar la existencia de causas abiertas contra el condenado es consultando el SIRAJ⁴¹, si bien su información es limitada, pues en él solo se incluyen los procedimientos con sentencia firme (Registro Central de Penados), las sentencias no firmes o aquellos procedimientos con medidas cautelares acordadas.

3.4. Posibilidad de adopción de medidas cautelares

Cuando el condenado está en el Estado de ejecución, es viable solicitar la adopción de medidas cautelares, simultáneamente con el acuerdo de transmisión o previamente, ya sean restrictivas de la libertad personal del

⁴⁰ Fernández Prado, Manuela (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi. pp.132-133.

⁴¹ 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*.

condenado o de otro tipo destinadas a garantizar su permanencia en dicho territorio y de este modo no frustrar el fin del instrumento.

El art. 72 LRM atribuye esta competencia exclusivamente al juez de vigilancia penitenciaria, a solicitud del Ministerio Fiscal, lo que implica que el juez sentenciador carece de autoridad para este propósito, por lo cual, en estos casos, la condena debe ser transmitida necesariamente a través de la autoridad judicial primeramente mencionada.

3.5. Fase resolutive

La decisión sobre la transmisión, corresponde, bien al sentenciador, bien al juez de vigilancia penitenciaria, por lo que, visto esta configuración competencial dual, se da lugar a una curiosa paradoja procesal con referencia a las partes implicadas.

Si la autoridad de emisión es el sentenciador, por instarse la transmisión antes de iniciar la ejecución, las partes son el condenado y el Ministerio Fiscal, así como quienes ejercitaron las acciones penales, es decir, la acusación particular y la acusación pública.

Por contra, si la autoridad de emisión es el juez de vigilancia penitenciaria, las partes se limitan al condenado y al Ministerio Fiscal, ya que no se prevé legalmente la intervención de la víctima en este caso, con lo cual no puede impugnar la decisión sobre la procedencia de la transmisión⁴².

Contra el auto que acuerda o deniega la transmisión, si se trata del juez de vigilancia penitenciaria, son admisibles los recursos habituales en esta jurisdicción, es decir, el recurso de reforma y, en su caso, apelación, de la cual conoce el juzgado o tribunal sentenciador, al tratarse de una cuestión que afecta a la ejecución de la pena⁴³. Si la autoridad de emisión es el juzgado o tribunal sentenciador, en el primer caso, cabe apelación, y en el segundo, súplica.

La resolución que acuerda la transmisión se notifica personalmente al condenado, asistido de intérprete si es necesario, y conforme al certificado del Anexo III. Si el penado no se encuentra en España, sino en el Estado

⁴² La intervención de la víctima en la ejecución se recoge en el art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la víctima del delito*.

⁴³ Art. 13 LRM y DA 5ª LOPJ.

de ejecución, el certificado del Anexo III se envía a la autoridad judicial competente de ese Estado para que realice la notificación⁴⁴.

Una vez la decisión es firme, se comunica al juzgado o tribunal sentenciador, dado que, tras verificarse el traslado, pierde su competencia de ejecución, y al Ministerio de Justicia, en su calidad de autoridad central.

Autorizada la transmisión, se envía la sentencia a la autoridad competente junto con el certificado del Anexo II, debidamente completado, acompañado de la resolución penal en la que se basa dicho certificado. El original de la resolución o del certificado solo se enviará si la autoridad de ejecución lo solicita.

La emisión del certificado tiene la función práctica de proporcionar a la autoridad del Estado de ejecución la información precisa sobre la condena que se pretende transmitir, de ahí que contenga tanto datos de carácter cuantitativo -duración de la condena y tiempo cumplido al momento de la transmisión-, como cualitativos -descripción de la conducta delictiva, calificación, incardinación en los supuestos de no control de la doble tipificación-.

No está contemplado, ni en la LRM, ni en la Decisión Marco, la posible concurrencia de múltiples condenas susceptibles de transmisión, lo que genera la duda de si se debe emitir un único certificado que incluya todas las condenas a transmitir o uno por cada condena; como tampoco se ha previsto que se haya procedido a la acumulación jurídica, fijación de un límite máximo de cumplimiento.

En estos casos, la solución más efectiva es emitir un solo certificado que incluya todas las condenas, adjuntando todas las sentencias y, si es necesario, una copia de la resolución que establece el límite máximo de cumplimiento.

Cuando la condena a una pena privativa de libertad se refiere a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de una multa, es conveniente adjuntar una copia del pronunciamiento que transforma la pena pecuniaria en privativa de libertad.

El certificado, por regla general, se remite en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del Estado miembro al que se dirige o, si corresponde, en una lengua oficial de las instituciones comunitarias que dicho Estado haya aceptado, a menos que disposiciones convencionales permitan su envío en español, caso de Portugal. La sentencia, en principio,

⁴⁴ Art. 70 LRM.

no es necesario que sea traducida⁴⁵, salvo que la autoridad judicial de ejecución lo requiera.

Siendo una de las notas características de este instrumento la comunicación directa entre las autoridades judiciales, es suficiente, para tal fin, el empleo de cualquier medio que deje constancia escrita en condiciones que permitan acreditar su autenticidad. Cualquier dificultad relacionada con la transmisión o autenticidad de algún documento necesario para la ejecución de un instrumento de reconocimiento mutuo se resolverá mediante comunicación directa entre las autoridades judiciales implicadas.

Uno de los problemas prácticos más frecuentes es determinar la identidad de la autoridad a la que se debe dirigir la solicitud, pudiéndose, para solventar las dudas, solicitarse la información correspondiente por todos los medios necesarios, incluidos los puntos de contacto españoles de la Red Judicial Europea (RJE) y otras redes de cooperación existentes; incluso cabe instar la colaboración del Miembro Nacional de España en Eurojust cuando proceda, de acuerdo con sus normas reguladoras.

Si una autoridad del Estado de ejecución recibe indebidamente la petición de reconocimiento, debe remitirla a la autoridad competente, informando de ello a la autoridad emisora, de modo que no cabe la devolución por este motivo.

3.6. Decisión de la autoridad del Estado de Ejecución

La autoridad del Estado de ejecución, recibida la documentación, ha de tomar su decisión en el plazo de 90 días, si bien, si excepcionalmente no puede cumplir con tal deber, ha de informar con la mayor brevedad a la autoridad del Estado de emisión del motivo de la demora y del plazo necesario para adoptar la decisión⁴⁶. En la práctica, ni el plazo, ni el deber de comunicación se respeta, siendo este una de las mayores disfunciones que surgen en la aplicación de la normativa que nos ocupa.

5. PROBLEMÁTICA DE LA ADAPTACIÓN DE CONDENAS

Siendo una realidad la ausencia de homogeneidad cuantitativa y cualitativa de la respuesta penal en los ordenamientos de los distintos

⁴⁵ Art. 23 Decisión Marco 2008/909/JAI.

⁴⁶ Art. 12.2 y 3 Decisión Marco 2008/909/JAI.

Estados, surge la necesidad, en orden a la efectividad del instrumento, de contemplar la posibilidad de adaptación de la condena, para lo cual se articula una vía de comunicación entre las autoridades implicadas, quedando abierta la opción de la retirada del certificado por parte de la autoridad del Estado de ejecución en caso de no lograrse un acuerdo⁴⁷.

Las posibilidades que se plantean son múltiples: denegar el reconocimiento, si no resulta ejecutable conforme a su Derecho; limitar la duración máxima cuando exceda a la propia, adaptándola a ella; mantener en sus propios términos la condena impuesta en la resolución a ejecutar, siempre que sea inferior al límite mínimo previsto en la legislación propia; aplicar la pena prevista en el propio ordenamiento, si fuera incompatible con la impuesta; y, por último, consultarse las autoridades de ejecución/emisión en orden a la posibilidad de ejecución parcial para evitar la denegación del reconocimiento⁴⁸.

Un claro ejemplo de lo expuesto es el supuesto de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa, que no se admite, por ejemplo, en Países Bajos, ante lo cual quedan, al margen de la retirada del certificado, abiertas dos soluciones: una eventual retroacción al momento anterior al cambio de naturaleza de la pena en orden a posibilitar la transmisión de la multa o su transformación en trabajos en beneficio de la comunidad; y el cumplimiento de esta responsabilidad como paso previo a la transmisión.

No existe, normativamente, sin embargo, parámetro alguno a considerar en la adaptación, lo cual no deja de ser anómalo si consideramos el reparto competencial de los órganos implicados en la ejecución de la condena. Así el juez de vigilancia penitenciaria va a decidir sobre la esencia de aquella, decidiendo sobre una minoración de su contenido punitivo, incluso en el caso de la pena de prisión permanente revisable, pena en la cual, de cumplirse en España, es ajena a esa autoridad judicial en los momentos fundamentales de su cumplimiento, tercer grado y libertad condicional, arts. 36.1 y 92 CP.

Una referencia útil a la hora de la adaptación pueden ser las posibilidades contempladas en el ordenamiento interno en cuanto a la eventual sustitución de la pena por la expulsión, art. 89 CP; cuando no la

⁴⁷ Art. 10 Decisión Marco 2008/909/JAI.

⁴⁸ Mestre Delgado, Esteban (2017). “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la Legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”. *La Ley Penal*. nº 127.

consideración de las modalidades de acceso a la libertad condicional en uno u otro país⁴⁹.

Centrándonos en el caso de Portugal, no existe en su legislación penal la pena de cadena perpetua, con lo cual, en caso una eventual transmisión de una condena de tal clase impuesta en nuestro país, aquella será rechazada o bien se propondrá una adaptación a su pena máxima, veinticinco años, opción esta última que no parece que tenga muchas posibilidades de aceptación por la autoridad de emisión -veinticinco años, en el mejor de los casos, es la cifra establecida en para acceder a la libertad condicional en España-.

Pero no es este el único problema que se suscita. El art. 83 CP portugués recoge la pena relativamente indeterminada, que no tiene una duración precisa, solo un máximo y un mínimo -esta pena se asemeja un tanto a las medidas de seguridad-, planteamiento que choca el principio de legalidad penal, tal y como es comúnmente aceptado en nuestro país, lo cual conduce al rechazo de la transmisión o a su adaptación mediante su concreción temporal.

Por otro lado, el art. 43 CP portugués regula la pena de régimen de permanencia en vivienda, una especie de régimen abierto. En nuestro ordenamiento ese contenido de la privación de libertad se configura como un régimen de vida dentro del sistema de cumplimiento de la privación de libertad, el cual se revisa en función del tratamiento penitenciario, por lo cual no se puede garantizar la permanencia en él, lo que conduce a la no aceptación de la ejecución en España.

En otras ocasiones, el conflicto va a surgir no tanto con la entidad o cualidad de la condena, sino con las posibilidades de acceso a la libertad condicional, situación que, de nuevo puede motivar la retirada del certificado⁵⁰. La diversa configuración del instituto puede operar en dos direcciones, bien porque la normativa del Estado de ejecución sea más dura, bien porque, al contrario, sea más generosa y ponga en peligro el contenido punitivo de la condena impuesta. En el primer supuesto, no parece que vaya a ser una cuestión que opere como causa de retirada del certificado, pues no se ve implicado el orden público del Estado de emisión, sin perjuicio de la renuncia por parte del condenado, cuando es necesario su consentimiento para la transmisión. En el segundo caso, al

⁴⁹ Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi. pp. 647-648.

⁵⁰ Art. 17.3 Decisión Marco 2008/909/JAI y art. 74 LRM.

quedar en entredicho la efectividad de la condena, sería factible la retirada del certificado.

Otros factores a tener en cuenta son las particulares restricciones que existen en nuestro ordenamiento en el acceso al tercer grado y a la libertad condicional. Así el pago de la responsabilidad civil del art. 72.5 LOGP; los periodos de seguridad, arts. 36 y 78 CP; el singular régimen de acceso al tercer grado de los delitos cometidos por grupos organizados y terroristas y los delitos de terrorismo; la exclusión de estas tipologías de las modalidades privilegiadas de libertad condicional; y la exclusión de los delitos sexuales en el caso de la libertad condicional a la mitad de la condena⁵¹.

Las posibles discrepancias entre autoridades se articulan en un diálogo entre aquellas, mediante un intercambio de información, fruto del cual puede ser la retirada del certificado o bien el acuerdo sobre las disposiciones a aplicar por la autoridad de ejecución.

6. PROBLEMÁTICA DE LA EJECUCIÓN

6.1. Introducción

La falta de uniformidad de la legislación penal de los Estados miembros de la UE da lugar no solo a problemas que giran en torno a la doble incriminación -fuera de los supuestos de no comprobación-, la diversa intensidad de la sanción penal y la configuración de la libertad condicional, situaciones todas que pueden dar lugar a una respuesta negativa a la transmisión, sino también a disfunciones en el momento de ejecución, una vez verificado el traslado.

La ejecución de la condena se rige por las normas del Estado donde se lleva a cabo⁵², perdiendo la autoridad del Estado emisor su competencia una vez se da comienzo en dicho lugar a aquella⁵³, si bien mantiene la potestad de resolver sobre un posible recurso de revisión⁵⁴.

⁵¹ Montero Pérez de Tudela, Esther (2015). “Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas”. *La Ley Penal*. nº 115. p. 29.

⁵² Art. 17 Decisión Marco 2008/909/JAI.

⁵³ Art. 22 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 75 LRM.

⁵⁴ Art. 19 Decisión Marco 2008/909/JAI.

Si el condenado se fuga, la autoridad del Estado emisor recupera su competencia⁵⁵. Si por *fuga* se entendiera la evasión del espacio de encierro, ello supondría que el Estado de ejecución perdería la competencia desde tal momento, no pudiéndose perseguir al fugado en ese territorio, salvo que se recibiera una solicitud de medida cautelar por parte del Estado de emisión; y si el condenado llegare a ser detenido en el Estado de ejecución, en lógica coherencia con tal planteamiento, se tendría que repetir todo el proceso de transmisión.

Un posicionamiento más coherente sugiere que por *fuga* se entienda la salida del condenado de la jurisdicción del Estado de ejecución, lo que justificaría que sea el Estado emisor el encargado de solicitar su captura en otros Estados⁵⁶.

Comunicada la fuga por el Estado de ejecución al Estado emisor, corresponde a esta tomar las medidas pertinentes según su normativa interna, que en nuestro caso significa que el juez de vigilancia informará al sentenciador para que emita las órdenes necesarias de busca y captura⁵⁷.

El Estado de ejecución tiene el deber de informar sobre el inicio y fin del periodo de libertad condicional (cuando se haya indicado en el certificado), así como sobre la fuga del condenado y la ejecución de la condena una vez finalizada⁵⁸.

5.2. Instrumentos de reducción de la condena

El Estado emisor y el ejecutor comparten la potestad de concesión de la amnistía o el indulto⁵⁹.

La redención de penas por el trabajo sigue vigente en diversos Estados de la UE -caso de Italia, Rumanía o Bulgaria-. En la medida que verificado el traslado a un Estado en el cual se reconoce este instituto, considerando que a partir de ese momento la condena pasa a regirse por su normativa,

⁵⁵ Art. 22 Decisión Marco 2008/909/JAI; art. 75 LRM.

⁵⁶ Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi. p. 650.

⁵⁷ El ATS de 5 de Marzo de 2009 (ROJ: ATS 2798/2009 - ECLI:ES:TS:2009:2798A) distingue, con referencia a la ejecución de la condena entre una competencia interna, que corresponde al juez de vigilancia penitenciaria, y otra externa, que se residencia en el sentenciador; en esta última se encuadran la emisión de las órdenes de busca y captura en caso de quebrantamiento.

⁵⁸ Art. 21 Decisión Marco 2008/909/JAI.

⁵⁹ Art. 19 Decisión Marco 2008/909/JAI.

cabe plantear si es aplicable la redención de penas por el trabajo a aquella. De futuro, no hay problema, pero con referencia al tiempo pasado cumplido en el Estado de emisión, no cabe pretender reconocimiento reductor alguno al efecto, pues con ello se estaría alterando los términos del reconocimiento, al tiempo que se proyectaría de forma retroactiva la normativa del Estado de ejecución sobre la condena, cuando su eficacia solo se proyecta sobre el tiempo venidero⁶⁰.

5.3. Prescripción conforme a la legislación del Estado de Ejecución

Verificado el traslado, cuando el plazo de prescripción de la pena recogido en la legislación del Estado de ejecución es menor que el previsto en el Estado de emisión, pudiera plantearse la aplicación de este segundo con referencia a la situación fáctica acontecida previamente a la transmisión, lo cual conllevaría la no ejecución de la condena transmitida por entenderla ahora, en la nueva jurisdicción, extinguida.

Es decir, la transmisión se ha verificado porque la condena conforme a la legislación del Estado de emisión no está prescrita, pero una vez en el Estado de Ejecución, por considerarse en él un plazo más corto, pudiera pretenderse lo contrario.

No cabe duda, que, de admitirse esta posibilidad, estaríamos ante una flagrante quiebra de la mutua confianza, pues dado el sistema reglado y no discrecional de la Decisión Marco 2008/909/JAI, el Estado de emisión se vería obligado a transmitir una condena que una vez verificado el traslado no se va a ejecutar, antes bien se va a declarar extinguida.

No se trata esta de una mera cuestión teórica, pues precisamente el Tribunal Supremo⁶¹, con respecto a una condena impuesta por los tribunales portugueses, ha rechazado la pretensión de aplicar el plazo previsto en nuestro Código Penal, con referencia al tiempo que el procedimiento de ejecución estuvo interrumpido antes del traslado.

Tras reconocerse que el art. 17.1 de la Decisión Marco cuando dispone que "la ejecución de una condena se regirá por la legislación del Estado de ejecución", aquel no precisa, si se refiere a la ejecución de la pena a partir del momento en que se dicta la sentencia en el Estado de emisión o únicamente a partir del traslado del condenado al Estado de ejecución; pero

⁶⁰ La cuestión fue abordada en la STJUE de 8 de noviembre de 2016 (Asunto C-554/14), Procedimiento penal entablado contra *Atanas Ognyanov*.

⁶¹ STS 843/2022, de 25 de octubre (ROJ: STS 3986/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3986).

hasta el traslado, dado que el precepto antes mencionado es la continuación de las disposiciones anteriores en la medida en que establece los principios aplicables a la ejecución de la condena una vez que el condenado ha sido entregado a la autoridad competente del Estado de ejecución, solo puede aplicarse el Derecho del Estado de emisión a la parte de la pena cumplida por la persona afectada en el territorio de ese Estado; mientras que tras el traslado, el derecho del Estado de ejecución, solo podrá aplicarse a la parte de la pena que quede por cumplir por esa persona en el territorio del dicho Estado⁶².

Argumento al cual se añade una invocación del principio de territorialidad de la ley penal, de modo que la invocación de la retroactividad favorable, encontraría su ámbito de aplicación en el contexto de los conflictos de leyes en el tiempo y no, como en este caso, en situaciones de conflictos de leyes en el espacio; y, por último, cabe hacer una llamada al principio de confianza mutua que inspira esta normativa europea.

5.4. Abono de prisión preventiva procedente de causa distinta

En la medida en que tanto la Decisión Marco, como la LRM, admiten la adopción de medidas cautelares en el curso del procedimiento de transmisión, se reconoce la posibilidad de su abono⁶³.

Aunque literalmente la normativa se refiere exclusivamente a medidas cautelares privativas de libertad, dado que son factibles eventuales privaciones cautelares de otros derechos para garantizar la presencia del condenado en el proceso, no habría motivo lógico para no permitir su abono⁶⁴.

Sin embargo, no está regulada la posibilidad de abono de las medidas cautelares con origen en una causa distinta a aquella que es objeto de la transmisión, una vez verificada esta; posibilidad dudosa en la medida en que el Estado de ejecución ha de respetar la dimensión cuantitativa de la condena que se le transmite, que se podría ver afectada de considerarse

⁶² Con referencia a la STJUE de 8 de noviembre de 2016 (Asunto C-554/14), Procedimiento penal entablado contra *Atanas Ognyanov*.

⁶³ Arts. 14 y 17 Decisión Marco 2008/909/JAI y 72 LRM.

⁶⁴ Tal posibilidad ha sido admitida por la jurisprudencia, en ciertos casos, en los procedimientos nacionales, véase el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional 19 diciembre 2013; STS 151/2015, de 17 de marzo (ROJ: STS 1163/2015 - ECLI:ES:TS:2015:1162).

situaciones acaecidas en el Estado de ejecución con anterioridad al traslado.

El art. 17 de la Decisión Marco toma como referencia la normativa de ejecución en los aspectos procesales de ella, ya que la remisión lo es a los procedimientos de ejecución y todas las medidas conexas, incluidos los motivos de concesión de libertad anticipada o condicional, estando implícito en este enunciado una cierta idea del respeto del contenido cuantitativo de la pena transmitida, que solo parece que podría verse reducido por hechos ligados al propio cumplimiento desde la recepción del penado, lo cual excluiría situaciones fácticas anteriores.

CONCLUSIONES

El sistema de transmisión de condenas de la Decisión Marco 2008/909/JAI constituye, sin duda, un hito en la construcción de europea, si bien debería venir acompañado de una homogeneización, tanto de los sistemas penales, lo cual permitiría reducir al máximo los supuestos de comprobación de la doble tipificación, como penitenciarios, en este último caso más allá de los estándares mínimos del Consejo de Europa, abordándose la forma concreta en que la privación de libertad se lleva a la realidad práctica.

Con referencia a las mayores posibilidades de reinserción, que constituyen el eje central del instrumento, sería preciso aclarar si se refieren exclusivamente a las circunstancias propias del entorno de regreso o si el objetivo es más ambicioso, alcanzando a aspectos más enraizados en el tratamiento penitenciario, la reintegración a la sociedad sin delitos.

Si bien la exigencia del consentimiento del condenado a la transmisión sigue presente, sin embargo, las excepciones a aquel son de tal calado que convierten la regla general en excepción, con lo cual este marco normativo puede devenir en un útil instrumento de la política migratoria.

Se deben de buscar fórmulas en orden a salvar los problemas de la adaptación de condena, lo cual no excluye reconocer la existencia de situaciones insalvables. Mas cuando el motivo es la dimensión cuántica de la condena, puede intentarse dar una solución en una comparativa con la aplicación de las fórmulas de sustitución de la condena por la expulsión o las modalidades de libertad condicional del Estado de emisión y las posibilidades de ajuste, vía el diálogo entre autoridades, de este último instituto en el Estado de ejecución.

Por último, en cuanto a la ejecución en el Estado al cual se transmite la condena, debe de observarse el mayor respeto posible a los términos de aquella, sin perjuicio de la aplicación de la normativa nacional una vez verificado el traslado, más solo con proyección de futuro, pues en definitiva está en juego la confianza mutua que es el fundamento del sistema.

BIBLIOGRAFÍA

- Faraldo Cabana, Patricia (2019). “¿Cuáles son las resoluciones de «libertad vigilada» a efectos del reconocimiento mutuo? Sobre las dificultades de trasposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI al derecho español”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. nº 63.
- Fernández Prado, Manuela (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi.
- Gascón Inchausti, Fernando (2021). “¿Hacia una cláusula implícita de orden público como límite a los instrumentos de reconocimiento mutuo en la Unión Europea?”. En *Nuevos postulados de cooperación judicial en Unión Europea*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- Hernández López, Alejandro (2022). “El reconocimiento mutuo a examen: el asunto C-158- 21 Puig Gordi y otros y su incidencia en el futuro de la cooperación judicial en materia penal en la UE”. *Revista de Estudios Europeos*. nº 79.
- Hoyos Sancho, Monserrat de (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi.

- Marcos Madruga, Florencio de (2010) “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”. Diario La Ley. nº 7410.
- Marcos Madruga, Florencio de (2023). El juez de vigilancia penitenciaria y su marco competencial específico. Navarra. Aranzadi.
- Mestre Delgado, Esteban (2017). “La ejecución, en España, de una pena privativa de libertad incompatible con la Legislación penal o penitenciaria española, dictada en un país miembro de la Unión Europea”. La Ley Penal. nº 127.
- Montero Pérez de Tudela, Esther (2015). “Las medidas repatriativas en el ámbito penitenciario: especial mención al traslado de personas condenadas a la luz de las nuevas reformas legislativas”. La Ley Penal. nº 115.
- Montero Pérez de Tudela, Esther (2019). “La reeducación y la reinserción social en prisión: el tratamiento en el medio penitenciario español”. *Revista de estudios socioeducativos (RESED)*. nº 7.
- Rodríguez-Medel Nieto, Carmen (2015). “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi.
- Rodríguez Yagüe, Cristina (2018). “¿Pueden ser las condiciones de reclusión en España un obstáculo para la ejecución de una orden de detención y entrega? a propósito del `procés` catalán”. *Revista General de Derecho Penal*. nº 29.
- Sanz Morán, Ángel José (2015). “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En C. Arangüena Fanego, M. de Hoyos Sancho, Monserrat y C. Rodríguez-Medel Nieto (coords). *Reconocimiento Mutuo de Resoluciones Penales en la Unión Europea*. Navarra. Aranzadi.