

**EL RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES PENALES DE CONDENA
EN LA UE: LA TRANSPOSICIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DEL
RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES QUE IMPONEN PENAS O
MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD Y DE LIBERTAD VIGILADA**

**MUTUAL RECOGNITION OF JUDICIAL DECISIONS IN CRIMINAL
MATTERS IN EU: THE TRANSPOSITION INTO SPANISH LAW OF THE
RECOGNITION OF DECISIONS INVOLVING DEPRIVATION OF
LIBERTY AND PROBATION MEASURES**

Regina GARCIMARTIN MONTERO
Universidad de Zaragoza

Resumen: Las Decisiones Marco 2008/909/JAI y 2008/947/JAI acogen instrumentos de reconocimiento mutuo destinados al cumplimiento de una condena penal. Ambas tienen elementos en común en relación con su finalidad, la situación jurídica a la que se refieren y el momento de transposición a nuestro ordenamiento. Las normas que regulan la competencia, la eventual adaptación de condenas, los medios que articula la LRM para la consecución del fin de la reinserción social del condenado, la participación del condenado en el proceso de transferencia de la resolución de condena, entre otras cuestiones, son tratados en este trabajo. Aunque el traslado de condenados y la transmisión de medidas de libertad vigilada están llamadas a ser instrumentos de cooperación de amplia utilización por parte de los tribunales, existen también ciertas deficiencias en la regulación que pueden frustrar el potencial uso de estos instrumentos.

Palabras clave: Reconocimiento mutuo en materia penal. Traslado de condenados. Libertad vigilada. Reinserción social.

Abstract: Abstract: Framework Decisions 2008/909/JAI and 2008/947/JAI regulate mutual recognition instruments in pursuance of criminal convictions. Both of them have in common their purposes, the juridical situation covered by the regulation and the moment of transposition into Spanish Law. This article analyses, among others, the rules of jurisdiction and competence, the participation of the convicted person on the transfer or the fulfilment of social rehabilitation. Measures on the transfer of sentenced persons and probation are supposed to be widely applied but certain shortcomings on the regulation may frustrate the objectives of these instruments.

Key words: Judicial cooperation in criminal matters. Transfer of sentenced persons. Probation measures. Reintegration into society.

Sumario: 1. Contexto normativo. 2. Reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad. 2.1. Carácter judicial del traslado de condenados. 2.2. La inserción social del condenado como objetivo del legislador. 2.2.1. Países interlocutores. 2.2.2. El consentimiento del



condenado y sus excepciones. 2.2.3. La realización de consultas. 2.3. La prosecución de la ejecución y sus excepciones. 2.4. Acumulación de condenas. 3. Reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada. 3.1. El ámbito de la libertad vigilada. 3.1.1. ¿A qué resoluciones penales corresponde la libertad vigilada? 3.1.2. Las medidas de libertad vigilada. 3.3. Transmisión de resoluciones de libertad vigilada. 3.3.1. Transmisión de la medida de libertad vigilada al Estado de residencia del condenado. 3.3.2. Transmisión de la medida de libertad vigilada a un tercer Estado. 3.4. Ejecución de las resoluciones de libertad vigilada. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

1. Contexto normativo¹.

Entre los años 2005 y 2009 se aprueba en el ámbito europeo un número elevado de Decisiones Marco que da lugar a que el legislador español abandone la técnica normativa utilizada hasta entonces de transponer los distintos instrumentos europeos en leyes individuales y decida unificar su regulación en única norma: la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (en adelante LRM); la transposición individual deja paso a la aprobación de la LRM que persigue “tanto garantizar una mejor transposición, como reducir la dispersión normativa y la complejidad” en el ordenamiento, como señala el Preámbulo de esta norma (Apdo II).

Entre las Decisiones Marco aprobadas en dichos años se encuentran la Decisión Marco 2008/909/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, la Decisión Marco 2008/947/JAI de 27 de noviembre de 2008 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas 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 provisional².

La transposición de estas tres Decisiones Marco se lleva a cabo en la LRM y da lugar a los Títulos III, IV y V LRM (arts. 63 a 129). Así como en otros instrumentos europeos la transposición se había realizado ya con antelación y la aprobación de la LRM da lugar a un cambio de cuerpo normativo³, en el caso estos tres instrumentos la transposición se realiza ya directamente en la LRM.

¹ El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Educación “*La evolución del espacio judicial europeo en materia civil y penal. Su influencia en el proceso español*” (Ref.: PGC2018-094209-B-I00). ”.

² Las dos primeras fueron modificadas por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009, que reformó diversas Decisiones Marco en relación con juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

³ Así sucedió con la orden europea de detención y entrega; las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales; la ejecución de resoluciones que imponen sanciones pecuniarias y la ejecución de resoluciones de decomiso. Vid. DD Única LRM.

El legislador ha seguido la técnica por la que opta por incluir cada uno de los instrumentos a los que se refieren las normas europeas en un nuevo título de la LRM y además habitualmente con una sistemática reiterada: un capítulo de disposiciones generales, otro en el que se regula la actuación de España como Estado transmisor del instrumento europeo y otro en el que se contienen las normas a seguir cuando España es Estado ejecutante.

La mera aprobación de la LRM y, en consecuencia, la existencia de un único cuerpo legal que incluya la transposición de todos los instrumentos europeos de índole penal merece una valoración positiva, puesto que se evita la dispersión normativa y se facilita la seguridad jurídica. Entre los aspectos negativos de esta Ley destaca una cierta falta de homogeneidad puesto que se han ido yuxtaponiendo sin más las transposiciones de cada uno de los instrumentos penales. Es cierto que las imposiciones de la normativa europea relativas a cada uno de los instrumentos regulados limitan las posibilidades de actuación del legislador español, pero quizá las disposiciones generales de la LRM podrían tener un alcance un poco más extenso procurando una mayor uniformidad que facilitara el trabajo de los operadores jurídicos. Se evitarían así reiteraciones de lo establecido en las disposiciones generales con la regulación de cada uno de los instrumentos. A ello hay que añadir que los conceptos jurídicos que utiliza la LRM, aparentemente por una traducción excesivamente literal, no siempre guardan relación con las instituciones españolas del mismo nombre lo que causa ciertas dudas en la interpretación como veremos en estas páginas.

Los instrumentos de reconocimiento mutuo a los que se refiere el presente trabajo están enunciados en los apartados b y c del art. 2.2 LRM: resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad y resolución de libertad vigilada. Ambos tienen en común que se refieren a pronunciamientos que recaen sobre la ejecución de la condena en los procesos penales. Mi objetivo en estas páginas es analizar la implementación en España de cada uno de estos instrumentos y en qué medida responden a lo establecido en las respectivas Decisiones Marco.

2. Reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad

2.1. Carácter judicial del traslado de condenados

Los arts. 63 a 92 de la LRM implementan la Decisión Marco 2009/909/JAI y regulan el reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad. Una de las novedades más importantes en el régimen de reconocimiento de resoluciones que incluyen condenas de privación de libertad es su carácter judicial, prescindiendo de la intervención de las autoridades administrativas en el



traslado; aunque este carácter judicial no sea exigencia Decisión Marco, como ha destacado la doctrina⁴.

No sólo las autoridades competentes son judiciales, sino que el régimen establecido para este instrumento no requiere el consentimiento de los órganos ejecutivos de los Estados involucrados, ya que se entiende que el reconocimiento opera de forma automática cuando se cumplen las circunstancias de la Ley. Esta novedad, en relación con el régimen de extradición, refleja de manera intrínseca el logro del reconocimiento mutuo y ocasiona como uno de sus efectos la innecesariedad de la intervención de los órganos administrativos y, en consecuencia, una tramitación notablemente más ágil.

La norma de competencia está prevista en el art. 64 LRM; tanto para la transmisión como para la ejecución del traslado la Ley distingue según la ejecución de la condena privativa de libertad haya comenzado o todavía no.

Así, para la transmisión de una orden es competente o bien el órgano que dictó la sentencia o bien el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria mientras que para la ejecución se atribuye la competencia al Juez Central de lo Penal (para la adopción de la decisión) mientras que su ejecución corresponde al Juez Central de Vigilancia Penitenciaria. En ambos casos, si el sujeto trasladado es un menor frente al que se ha adoptado una medida en régimen cerrado la competencia la asume el órgano correspondiente en cada ámbito (Juez de Menores para la transmisión y Juzgado Central de Menores para la ejecución).

Es evidente que cuando España es Estado de ejecución, la competencia queda centralizada en dos órganos judiciales (dada la asunción de funciones de Vigilancia Penitenciaria por el Juzgado Central de Menores). Sin embargo, la transmisión de una resolución de condena puede dar lugar a un panorama más complejo, no sólo por la pluralidad de órganos de vigilancia penitenciaria, sino también porque la atribución de competencia al órgano sentenciador amplía de forma considerable el número de órganos jurisdiccionales penales que potencialmente podrían asumir la competencia.

La doctrina ha puesto de manifiesto como es relativamente infrecuente que el órgano sentenciador sea quien acuerda el traslado, esto sucede por un lado como señala Fernández, porque dado que la transmisión no produce un efecto suspensivo de la ejecución de la condena, lo habitual en la práctica será que la competencia sea asumida por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, dejando relegada la competencia del juzgado sentenciador a aquellos casos en que la ejecución de la sentencia no ha podido comenzar por encontrarse el condenado en un país

⁴ De Hoyos Sancho, M. (2015), "El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo". En *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor, p. 11; Fernández Prado, M., (2015) "Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad". En *Reconocimiento mutuo, cit.*, p. 130 y Nistal Burón, J. (2019), "La «adaptación» de una condena para su cumplimiento en España cuando ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Criterio del Tribunal Supremo y su encaje dentro del nuevo marco legal europeo". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 51, p. 7.

Regina Garcimartin Montero: “El reconocimiento de resoluciones penales de condena en la UE: la transposición al Derecho español del reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad y de libertad vigilada”

extranjero⁵; por otro lado, en la práctica es inusual que los órganos judiciales decidan asumir la decisión de proceder al traslado del condenado⁶. Estas circunstancias dan lugar a que *de facto* la competencia recaiga habitualmente en los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en detrimento del órgano sentenciador.

2.2. La inserción social del condenado como objetivo del legislador

El objeto de este instrumento es que una sentencia penal que impone una pena privativa de libertad dictada en uno de los Estados miembros sea reconocida y ejecutada en otro Estado de la Unión Europea. La finalidad que se persigue es lograr una mejor inserción social de los condenados. Así lo establece la Decisión Marco 2008/909/JAI con toda claridad en su artículo 3: “La presente Decisión Marco tiene por objeto establecer las normas con arreglo a las cuales un Estado miembro, para facilitar la reinserción social del condenado, reconocerá una sentencia y ejecutará la condena”. No son pocos los artículos de la Decisión Marco 2009/909/JAI que subrayan este objetivo, al que también está dedicado de forma exclusiva el Considerando 9. Por su parte, tanto el Preámbulo de la LRM como diversas normas de su articulado (arts. 66, 68 y 74) se hacen eco de la finalidad de este instrumento.

La exigencia de inserción social establecida en la norma comunitaria implementada en la LRM se encuentra en perfecta consonancia con lo establecido en la CE, cuyo art. 25 menciona la reeducación y la reinserción social como los objetivos que deben perseguir las penas privativas de libertad.

Aunque la inserción social de los condenados es un aspecto nuclear en el reconocimiento de resoluciones penales, la indefinición de este concepto en la LRM es evidente, como también lo son los medios para conseguirla. En consecuencia, queda en manos del juez valorar en qué medida el traslado del condenado es susceptible de lograr una mejor inserción. Puede proporcionar una pauta al juzgador el Considerando 9 de la Decisión Marco, que indica cuales pueden ser los factores que favorecen la reinserción: vínculos familiares, lingüísticos, culturales y económicos, entre otros.

La concurrencia de estas circunstancias es de una importancia crucial en el momento es que se recupera plenamente la libertad, pero también son muy relevantes durante el cumplimiento de la condena. No es ajeno al logro de las finalidades de la Decisión Marco 2009/909/JAI el hecho de que la privación de libertad del condenado se produzca en un contexto que le es familiar y cercano. Ello permite al condenado mantener ciertos vínculos con el exterior durante la privación

⁵ La autora advierte de que hay una indefinición en la redacción del art. 65.2 LRM que puede dar lugar a que se produzcan conflictos de competencia. En esta norma se dispone que si el condenado no se encuentra ya cumpliendo otra condena cuando se alcanza la firmeza de la sentencia penal, pueden realizar la transmisión tanto el órgano sentenciador como el de vigilancia penitenciaria. *Vid.* Fernández Prado, M., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 133.

⁶ *Vid.* Montero Pérez de Tudela, E., (2019) “Las opciones repatriativas en el ordenamiento jurídico español para el extranjero infractor: factores a tener en cuenta por los profesionales del tratamiento y los operadores jurídicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 21-22, p. 23.



de libertad que favorecen que al finalizar la condena el contexto inmediato sea el más adecuado para la reinserción, máxime teniendo en cuenta que la privación de libertad suele producirse de manera gradual⁷.

Tampoco cabe olvidar que las condiciones penitenciarias en que se va a producir el cumplimiento de la condena tienen una indudable influencia en el condenado a la hora de solicitar el traslado. Desde los beneficios penitenciarios de los que podría disfrutar el condenado en el Estado de ejecución hasta los medios y acondicionamiento de los centros penitenciarios que, como señala Ruiz Yamuza, comprenden desde el grado de cumplimiento de los derechos de los internos, hasta las condiciones sanitarias, instalaciones, hacinamiento, etc. y que sin duda también influyen en la reinserción de los reclusos⁸. De hecho, lo habitual será que el condenado tome en consideración todas estas circunstancias que se darán en el cumplimiento de la condena antes que los beneficios que pudiera reportar el traslado con vistas a la reinserción, aunque evidentemente ni la Decisión Marco ni la LRM aluden a criterios de este tipo. Si bien la aspiración del condenado de conseguir un mejor entorno penitenciario en el cumplimiento de la condena constituye un objetivo legítimo, no es el previsto legalmente. Por tanto, ha de ser la reinserción la que determine la decisión judicial y las mejores condiciones penitenciarias del país de ejecución de la condena pueden ser tomadas en cuenta siempre que contribuyan a esta finalidad y no sean un estorbo para su consecución.

Normalmente la existencia de alguno de los vínculos a los que se refiere el Considerando 9 de la Decisión Marco 2009/909/JAI suele ayudar a la reinserción del condenado, ahora bien, señala con acierto Ruiz Yamuza podría darse el caso contrario: que sea precisamente en el ambiente familiar, cultural, laboral, etc. donde el condenado encuentre el contexto que le pueda conducir con facilidad de nuevo a la delincuencia⁹. De ahí la oportunidad de dejar en manos del juez la conveniencia de priorizar uno u otro de los posibles vínculos que pudiera tener el condenado, valorando si suponen una ayuda o un inconveniente a la reinserción.

En definitiva, la reinserción del condenado ha de ser un objetivo claro del órgano judicial a la hora de adoptar la decisión final en esta materia. Además, en la regulación contenida en la LRM se aprecia la existencia de normas procedimentales cuyo fin último es el de que facilitar la consecución del objetivo de la reinserción en el traslado de condenados, como analizaré en los epígrafes siguientes.

⁷ Vid. Nistal Burón, J. (2019), “La «adaptación»...”, *cit.*, p. 1.

⁸ Ruiz Yamuza, F-G. (2015), “Comentario del primer supuesto práctico de transmisión de una sentencia condenatoria por un tribunal español, en aplicación de la Ley 23/2014, en relación con la Decisión Marco 2008/909/JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias que imponen penas u otras medidas privativas de libertad”. *Revista General de Derecho Europeo*, 37, p. 13 y 14.

⁹ Ruiz Yamuza, F-G. (2015), “Comentario...”, *cit.*, p. 13.

2.2.1. Países interlocutores

La finalidad de conseguir la más adecuada reinserción del condenado se aprecia en el criterio que ha seguido el legislador para seleccionar los países que pueden verse involucrados en el traslado. El art. 71 LRM regula los países que pueden ser interlocutores del Estado español cuando se tramita un traslado, con una clara preferencia -presente en otras normas de la LRM- por el país de nacionalidad y residencia del condenado. Esta preferencia es lógica puesto que son los dos factores que determinan los vínculos más estrechos con el país de traslado, de hecho, se puede advertir el protagonismo del lugar de residencia, más influyente en el arraigo que la nacionalidad, hasta el punto de que la nacionalidad no es necesaria para que se produzca el traslado. Esta singularidad puede ocasionar que en determinados casos no se vea involucrado el país de donde es nacional el condenado, puesto que podría darse el caso de que tanto el país de emisión como el de traslado no correspondan con el de su nacionalidad¹⁰.

Pero incluso las referencias de la LRM a la residencia del condenado han de ser interpretadas en su sentido correcto. La Decisión Marco 2009/909/JAI recoge un matiz que a mi juicio no ha sido adecuadamente trasladado a la regulación española; ya que la Decisión Marco ha preferido no referirse al país de residencia del condenado optando por la expresión “Estado miembro en el que [el condenado] viva” (art. 4.1.a de la Decisión Marco, que cito a modo de ejemplo). El Considerando 17 explica el sentido que ha de darse a esta expresión: “el lugar en el que [el condenado] posee vínculos atendiendo a su residencia habitual y a criterios como los lazos familiares, sociales y profesionales”.

El Manual sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión europea¹¹ sostiene, en relación con la expresión “lugar en que el condenado vive”, que la redacción de la Decisión Marco parece haberse inspirado en el asunto *Kozłowski*¹². El caso se planteó en relación con una orden de detención y entrega que recaía sobre un sujeto polaco que, a pesar de vivir en Alemania desde hacía dos años, no poseía apenas vinculación con dicho país: ni trabajo estable, ni lazos familiares, culturales o de ningún otro tipo; mientras que en Polonia (a pesar de no ser su país de residencia) tenía lazos familiares y había tenido un trabajo hasta establecer su residencia en Alemania. La decisión del TJUE perseguía evitar que se pueda considerar el lugar de residencia como un fuero preferente cuando la residencia consiste en la mera situación de hecho de estar en el país, sin que ello suponga que se haya adquirido ningún tipo de arraigo.

En definitiva, ello implica que los términos escogidos por el legislador europeo al establecer como fuero el lugar donde el condenado vive, no han de equipararse de forma automática al lugar de residencia; siendo la residencia, como indica el Considerando 17 previamente citado, uno de los criterios a tener en cuenta

¹⁰ De Hoyos Sancho, M. (2015), “El reconocimiento mutuo...”, *cit.*, p. 11.

¹¹ DOUE de 29 de noviembre de 2019 (2019/C403/02). Apdo. 2.3.2.

¹² STJUE 17 de julio de 2009, Caso-66/08, p. 25 y 26.

para integrar este concepto, pero no el único. Merece una crítica en este sentido la redacción de la Decisión Marco 2009/909/JAI puesto que la referencia al lugar donde el condenado viva evoca inevitablemente el lugar de residencia. Si no era éste el sentido que se pretendía otorgar a la expresión escogida por el legislador hubiera sido más oportuno definir el elenco de países interlocutores aludiendo a lo que verdaderamente se perseguía según define el Considerando 17: lugar donde el condenado posea vínculos familiares, laborales y culturales. Aunque resulte un criterio muy amplio, en el fondo responde a lo pretendido por el legislador y responde también a los fines de reinserción que persigue este instrumento.

En todo caso, el legislador español al transponer la Decisión Marco al Derecho español ha prescindido de las expresiones utilizadas en aquélla, acudiendo en su lugar el término “residencia” que deliberadamente se evitaba en la norma europea¹³. No me parece oportuna la opción del legislador español ya que implica prescindir de los matices que tiene la noción de residencia en la Decisión Marco 2009/909/JAI; máxime cuando la LRM tampoco se hace eco de la peculiar interpretación que se le ha de otorgar a la noción de residencia a lo largo del texto de la Ley. Esta carencia debería ser suplida en mi opinión por una interpretación judicial de la LRM acorde con la literalidad de la Decisión Marco 2009/909/JAI¹⁴.

No cabe tramitar la resolución penal a más de un país aún en caso de que así se solicitara. Es posible que objetivamente haya varios Estados miembros que reúnan las condiciones necesarias para procurar una adecuada reinserción del condenado; esto se producirá cuando el condenado tenga arraigo en más de un Estado de la UE: es nacional de un Estado y reside en otro, su residencia se divide entre dos Estados distintos, o cuenta con vínculos familiares o de otro tipo en varios Estados de la UE. En estos casos, dado que el art. 71 LRM establece los criterios del Estado de ejecución parece razonable seguir el orden de esos criterios: en primer lugar, se ha de tramitar la resolución al Estado del que es nacional; en segundo lugar, al Estado donde tenga su residencia el condenado (interpretado en el sentido que he indicado anteriormente); en tercer lugar, al Estado del que es nacional es condenado si tras el cumplimiento será expulsado allí, etc. En todo caso, como indico, este orden es lógico, ya que lo habitual será que los vínculos del condenado con el Estado de ejecución sean mayores según el orden que establece ese artículo, y en todo caso lo oportuno es proporcionar en la decisión judicial la debida justificación para la consecución de la inserción del condenado.

2.2.2. El consentimiento del condenado y sus excepciones

El consentimiento del condenado se encuentra regulado en el art. 67 LRM; a primera vista podría parecer que esta norma requiere el consentimiento de una

¹³ Tan solo el art. 68 LRM, que contiene la regulación de las consultas previas a la transmisión, se hace referencia a la posibilidad de hacerlas al Estado miembro “en que el condenado vive”.

¹⁴ No olvidemos que la jurisprudencia europea exige interpretar la normativa nacional que transpone las normas comunitarias tomando en cuenta la finalidad y la literalidad de la Decisión Marco implementada. *Vid.* STJUE 16 de junio de 2005, Caso-105/03, p. 24.

forma bastante rígida ya que, en el inicio de su redacción, el artículo afirma que la transmisión "requerirá el recabar previamente el consentimiento del condenado". Además de ser obligatorio, su válida prestación queda supeditada al cumplimiento de una serie de garantías: es necesario que se preste ante juez competente, con asistencia de abogado y procurador, previa información al interesado sobre las condiciones en que se cumplirá la pena en el país de ejecución, etc.¹⁵. Estos requisitos podrían hacer presagiar que la regla general es la prestación de consentimiento del condenado y que además han de observarse de forma rigurosa. Sin embargo, a continuación, el legislador indica una serie de excepciones en las que no será necesario ese consentimiento; estas excepciones dan lugar a que la regla general no sea tan común como a primera vista pudiera parecer. Dichas excepciones, contenidas en el art. 67.2 LRM son las siguientes:

1º) Que el Estado de ejecución sea precisamente el Estado de nacionalidad del condenado y que posea vínculos con el mismo. Esta última precisión es importante ya que el legislador, con buen criterio y siguiendo lo establecido en la Decisión Marco, desvincula el arraigo de la nacionalidad; porque si se trata de un nacional del Estado de ejecución que está afincado e integrado en un Estado miembro distinto, no será aplicable esta excepción. Por las razones que he expuesto en el apartado anterior el arraigo ha de ser asimilado más bien a la existencia de vínculos familiares, culturales, laborales o de residencia habitual.

2º) El condenado va a ser expulsado al Estado de ejecución una vez haya cumplido la sentencia por disposición de la propia resolución.

3º) El condenado se ha trasladado al Estado de ejecución ante el proceso penal abierto contra él en España. Este traslado puede ser lícito o ilícito (en este último caso es un fugado). El hecho de que el condenado viaje al Estado de ejecución para refugiarse ante el proceso penal abierto en España podría revelar por sí solo la existencia de vínculos que favorecen la reinserción con el Estado de ejecución.

En definitiva, el consentimiento del condenado no se dará de manera tan estricta como sugieren las primeras líneas de la redacción del art. 67.1 LRM¹⁶. Pero con independencia de que el consentimiento del condenado sea necesario o no para su traslado, la LRM impone su audiencia si estuviera en España (art. 67.3 LRM). El trámite de audiencia por tanto es obligado, y su omisión constituiría un vicio procesal incluso en aquellos casos en que el consentimiento del condenado no sea vinculante.

La audiencia preceptiva al condenado es una medida lógica y que puede resultar de gran utilidad para conseguir los fines del traslado, ya que es susceptible de proporcionar al juez información relevante acerca de las circunstancias

¹⁵ De Hoyos señala acertadamente que, antes de recabar el consentimiento del condenado, sería oportuno informarle de las condiciones en que cumpliría condena en el Estado en el que va a ser trasladado. *Vid.* De Hoyos Sancho, M. (2015), "El reconocimiento mutuo...", *cit.*, p. 116. Considero que esta precaución debería tenerse en los demás casos en que la LRM en las que se prevé la audiencia al condenado para recabar su opinión.

¹⁶ De Hoyos Sancho, M. (2015), "El reconocimiento mutuo...", *cit.*, p. 116.

personales del condenado y, en consecuencia, del logro del fin de este instrumento de lograr la reinserción. Ruiz Yamuza sugiere la posibilidad de que el juez sea informado de vínculos con el Estado ejecutante o terceros Estados de los que no era conocedor¹⁷. También podría darse el caso, en mi opinión, de que esta audiencia sirva para dar al conocer al juez la previsión de cambios inminentes en las circunstancias del condenado (un traslado de la familia, la finalización próxima de un vínculo laboral, etc.) cuyo conocimiento únicamente puede facilitar él mismo y que podrían resultar determinantes a la hora de adoptar la decisión adecuada.

2.2.3. La realización de consultas

La realización de consultas al Estado de ejecución tiene el objetivo de averiguar el contexto en el que el condenado va a cumplir la condena y por tanto permite que el juez del Estado transmitente valore si se va a cumplir la finalidad propia de este instrumento de lograr una más adecuada reinserción del condenado.

En la LRM esta consulta está prevista antes de que el Estado español dicte una resolución de transmisión (art. 68 LRM) y tiene carácter voluntario a menos que el Estado de ejecución no sea el de nacionalidad del condenado, el Estado donde vive o donde va a ser expulsado cuando sea puesto en libertad; en estos casos la consulta será obligatoria.

En relación con el art. 68 conviene señalar una vez más que el término que utiliza el legislador (“Estado ... en el que el condenado vive”) ha de ser interpretado de acuerdo con lo establecido en la Decisión Marco, la cual afirma que este término ha de ser entendido como el país con el que el condenado “posee vínculos atendiendo a su residencia habitual y a criterios como lazos familiares sociales y profesionales” es por tanto un criterio menos objetivo de lo que a primera vista pudiera parecer y que deberá ser interpretado por el juez español¹⁸.

La finalidad de esta consulta que el juez español recabe datos que le puedan ilustrar para adoptar una decisión, pero no implica dejarla en manos del Estado de ejecución.

Cuando España es Estado ejecutante, las consultas serán resueltas por el Juez Central de lo Penal, y con la finalidad de evacuar el trámite deberá convocar una audiencia en la que oirá al condenado (si viviera en España) y al Ministerio Fiscal, según dispone el art. 78 LRM. El mismo artículo dispone que, aunque no se haya solicitado la consulta, si lo cree necesario el Juez Central de lo Penal podrá emitir un dictamen acerca de la forma en que, a su juicio, puede contribuir el traslado a la inserción del condenado.

¹⁷ Ruiz Yamuza, F-G. (2015), “Comentario...”, *cit.*, p. 17.

¹⁸ *Vid. supra* epígrafe 2.2.1.

2.3. La prosecución de la ejecución y sus excepciones.

De los posibles sistemas para proceder a la ejecución de las resoluciones penales de condenas privativas de libertad: o bien proseguir la ejecución sin alterar la naturaleza ni la duración de las penas o bien convertirla de acuerdo con la sanción del delito en el Estado de cumplimiento de la condena, la norma europea ha optado por el primero, aunque regulando determinadas excepciones¹⁹.

Ya el Convenio de Estrasburgo en su art. 10 eligió el sistema de prosecución de la ejecución con las mismas excepciones que acoge la Decisión Marco 2009/909/JAI; en interpretación de dicho artículo, el Tribunal Supremo había advertido del riesgo que podía suponer una interpretación de las excepciones tanto demasiado rigurosa (en cuyo caso, carecerían de sentido) como demasiado laxa (lo que supondría en la práctica transformar el sistema de prosecución por el de conversión)²⁰.

Cuando España sea Estado de ejecución la adaptación de la condena corresponderá al Juzgado Central de lo Penal, lo que garantiza una evidente centralización de las decisiones en torno a la adaptación de condenas. Dicha centralización favorece el logro de una cierta uniformidad en la aplicación de la norma jurídica.

Ello no evita otro peligro del que advierte acertadamente Nistal y al que denomina una “adaptación *de facto*” de las condenas. Esta adaptación por la vía de hecho se produce por aplicación de las normas de ejecución penal cuando el condenado ingresa en el centro penitenciario, en ese momento se producirá su clasificación en el correspondiente grado; una clasificación de tercer grado puede dar lugar a que desde un inicio se pueda dar el cumplimiento de la condena en régimen abierto²¹.

Esta situación se ve agravada por el hecho de que las consultas previas al traslado del condenado realizadas por el Estado de emisión han de ser contestadas por el Juez Central de lo Penal que, como he indicado, es el competente para la adaptación de la condena (arts. 77 y 78 LRM). No obstante, en este momento procesal, el Juez Central de lo Penal desconoce las decisiones que en el ámbito penitenciario se tomarán acerca del condenado, con lo cual el informe que pueda emitir el Juez Central de lo Penal en este momento quedará en todo caso supeditado (aunque no haya adaptación) a lo que finalmente se decida en el ámbito penitenciario cuando se produzca el ingreso del condenado.

Para evitar la desinformación del Estado de emisión, parece oportuno que el Juez Central de lo Penal incluya una referencia a la legislación española en este

¹⁹ Nistal Burón, J. (2019), “La «adaptación»...”, *cit.*, p. 2.

²⁰ STS 17 de octubre de 2013. La sentencia realiza un detenido análisis de la hermenéutica de las excepciones a la prosecución de la condena según el Convenio de Estrasburgo que, en buena medida, continúan siendo adecuadas para otorgar el correcto alcance a la actual legislación.

²¹ Nistal Burón, J. (2019), “La «adaptación»...”, *cit.*, pp. 10 y 11.

sentido, así como a las eventuales consecuencias que podrían derivarse de la situación penitenciaria del condenado²².

2.4. Acumulación de condena

El tipo de resoluciones ejecutables está contemplado en el art 63 LRM en los casos en que España sea Estado de emisión: resoluciones firmes que imponen una condena privativa de libertad, incluyendo también las dictadas como consecuencia de un proceso de menores en el que se imponen medidas de internamiento. Evidentemente la ejecución de estas sentencias tiene que estar pendiente, de otro modo, no tiene sentido este instrumento; no hace falta que la ejecución esté pendiente en su totalidad, pero sí al menos parcialmente.

El art. 63 LRM se refiere a la transmisión de resoluciones firmes. Pero además el art. 66 LRM toma en cuenta las resoluciones definitivas que podrían adquirir firmeza próximamente. El art. 66.3 LRM, al establecer los requisitos que se han de cumplir para transmitir una resolución desde España, indica que el juez competente debe comprobar si frente al condenado existen otras sentencias condenatorias pendientes de devenir firmes. Esta exigencia no está contenida en la Decisión Marco 2009/909/JAI, sino que ha sido añadida por el legislador español²³. La finalidad de esta norma es evitar que se traslade a un condenado para el cumplimiento de una pena privativa de libertad en el extranjero siendo que podría tener, al adquirir firmeza la sentencia, alguna otra condena que debiera ser cumplida en España.

Ruiz Yamuza, sugiere que se haga una interpretación extensiva de lo dispuesto en el art. 66.3 LRM de manera que alcance no sólo a sentencias pendientes de firmeza sino también a las causas pendientes en las que todavía no hay una resolución definitiva; esta propuesta se basa en que se mantiene la finalidad prevista por el legislador en la LRM: evitar que en un futuro próximo haya una nueva condena que se una a la que es objeto de traslado; añade además este autor un segundo motivo que avalaría su interpretación: la necesidad de que el condenado, en su cualidad de acusado en un proceso pendiente esté a disposición del tribunal juzgador²⁴; la necesaria presencia del acusado sería sin duda más que deseable, aunque lo cierto es que no guarda relación con la finalidad de este instrumento que está previsto para ejecución de sentencias.

²² Así lo recoge el Manual sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión Europea, según el cual y dada la variedad de circunstancias que en cada Estado miembro pueden dar lugar a la libertad anticipada o condicional, lo aconsejable es que el Estado de ejecución informe de la manera más completa posible de cuál sería la situación penitenciaria más previsible para el condenado, evitando que en este caso la información se limite a la mera remisión de las normas aplicables. Vid. Manual sobre el traslado de condenados y penas privativas de libertad en la Unión Europea. DOUE de 29 de noviembre de 2019 (2019/C403/02). Apdo. 3.7.

²³ Ruiz Yamuza, F-G. (2015), “Comentario...”, *cit.*, p. 33.

²⁴ Ruiz Yamuza, F-G., *loc. cit.*

3. Reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada

3.1. El ámbito de la libertad vigilada

3.1.1. ¿A qué resoluciones penales corresponde la libertad vigilada?

El Título IV de la LRM (arts. 93 a 109) transpone la Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo de 27 de noviembre 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 penas sustitutivas.

La finalidad de este instrumento, al igual que el anteriormente analizado, es el logro de la reinserción del condenado; así se proclama tanto en la Decisión marco (art. 1) como en el preámbulo de la LRM (apdo. VIII) que afirma que "el reconocimiento mutuo de estas resoluciones tiene por objeto incrementar las posibilidades de reinserción del condenado"²⁵. La reinserción del condenado es la finalidad propia de una condena privativa de libertad; sin embargo, al no darse en los supuestos de libertad vigilada una situación de privación de libertad, habría que añadir al objetivo de reinserción el también indicado en el mismo art. 1 de la Decisión Marco 2008/947/JAI de "mejorar la protección de las víctimas y del público en general"²⁶; así como una de las finalidades típicas de este tipo de medidas que es la de evitar la comisión de hechos delictivos, ambos objetivos recordados también en el apdo. VIII del Preámbulo de la LRM²⁷. Nistal Burón añade otra finalidad, no expresada ni en la Decisión Marco 2008/947/JAI ni en la LRM: lograr el cumplimiento de las medidas; ciertamente si en el país ejecutor no existen los medios adecuados para que se controle el cumplimiento de las medidas o este se va a ver dificultado por las circunstancias en que se va a encontrar el condenado, no tiene sentido proceder a la transmisión de la resolución.

El alcance de este instrumento en el contexto de la legislación española es uno de los aspectos mas conflictivos en relación con la incorporación al ordenamiento español del presente instrumento. Esto es debido, de manera destacada, a dos factores.

El primero es una desafortunada traducción, en la que la elección de los términos en la versión española de la Decisión Marco 2008/947/JAI induce a confusión a la hora de determinar el ámbito de este instrumento en el derecho

²⁵ A juicio de Rodríguez-Medel este objetivo merecía ser recordado en el articulado de la LRM. *Vid.* Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) "Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada". En *Reconocimiento mutuo*, cit., p. 181.

²⁶ Nistal Burón, J. (2018), "La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España". *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 48, p. 1.

²⁷ Barquín Sanz, J. (2015), "De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional". En L. Morillas Cueva, (Dir.) *Estudios sobre el Código penal reformado: (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, p. 240.

español. Esta inadecuada traducción, aunque pertenece a la Decisión Marco, se ha trasladado a la transposición en la LRM.

El principal problema se suscita porque la denominación de este término como de “libertad vigilada” tiene un sentido propio en nuestro ordenamiento que no coincide con el escogido para la norma europea y en consecuencia para la LRM. De acuerdo con el art. 96 CP la libertad vigilada es una de las posibles medidas de seguridad no privativas de libertad y su contenido está desarrollado en el art. 106 CP. De acuerdo con esta norma, la libertad vigilada es una situación jurídica en la que al condenado se le somete a la supervisión judicial mediante el cumplimiento de alguna de las medidas que contempla el propio artículo: localización mediante aparatos electrónicos, obligación de presentarse periódicamente en el lugar indicado por el tribunal, etc. Estas medidas se aplican, como señala el art. 105 CP, a los casos previstos en los artículos precedentes que incluyen, entre otros, supuestos de inimputabilidad; algo alejado, como veremos enseguida, del objetivo de este instrumento.

Siendo que la noción de libertad vigilada existente en derecho español tenía ya un contenido propio que no coincide lo establecido en la Decisión Marco 2008/947/JAI lo oportuno hubiera sido que el legislador, al transponer la Decisión Marco, hubiera modificado el término utilizado por la norma europea para evitar posibles confusiones, así lo hizo el legislador con las resoluciones que imponen medidas alternativas a la prisión provisional que en la correspondiente Decisión Marco recibían la denominación de “resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la libertad provisional” y su denominación fue cambiada en la LRM²⁸.

Otra de las peculiaridades en la traducción de la Decisión Marco 2008/947/JAI que contribuye a la dificultad de determinar el ámbito de este instrumento es la expresión utilizada en el propio título de la Decisión Marco de “penas sustitutivas”. Esta expresión, como señala Rodríguez-Medel, sugiere que la regulación de la norma europea afecta a medidas que sustituyen una pena privativa de libertad, lo cual es una característica que no se da en todos los supuestos que entran dentro del ámbito de la Decisión Marco²⁹.

El segundo de los factores que complica la interpretación de la regulación de este instrumento es que la regulación de las medidas que pueden ser acordadas, contenida en el art. 94 LRM, es una transposición literal del art. 4.4 de la Decisión Marco 2008/947/JAI, lo que Faraldo atribuye a la precipitación en la transposición

²⁸ Decisión Marco 2009/829/JAI y arts. 109 y ss LRM.

²⁹ La autora considera que es más oportuno el término utilizado en la versión inglesa, que alude a “medidas alternativas”, una denominación que resulta más afortunada ya que es indicativa de la verdadera naturaleza de la medida. Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 176. *Vid.* en el mismo sentido Sanz Morán, A. J., (2015) “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En *Reconocimiento mutuo...*, *cit.*, p. 163, que alude también al acierto de las traducciones alemana e inglesa.

del texto europeo³⁰. Esta técnica, si puede llamarse así, consistente en incorporar sin más a la norma nacional el texto de la Decisión Marco puede ser válida cuando dicho texto tiene el sentido correcto para el operador jurídico español sin necesidad de matizaciones, sin embargo, en mi opinión, esta circunstancia no se daba en esta ocasión. La existencia, como acabo de señalar, de una institución denominada “libertad vigilada” en derecho español, así como la existencia de diversas medidas ya contempladas Código Penal que podrían subsumirse en el nuevo instrumento europeo hubieran requerido una tarea de transposición algo más laboriosa por parte del legislador español. Hubiera sido oportuno transponer la norma en la LRM unificando la terminología con la ya utilizada en las leyes materiales y procesales para evitar lo que previsiblemente será una ardua labor interpretativa para los tribunales.

Así las cosas, es inevitable señalar que la noción de libertad vigilada a la que alude la Decisión Marco 2008/947/JAI y su transposición en la LRM tiene un contenido que no es el propio de esta institución en derecho español. Tampoco existe en derecho español una medida que, aun teniendo otro nombre, corresponda plenamente con lo que la LRM denomina “libertad vigilada”. En definitiva, la noción de libertad vigilada como instrumento de reconocimiento mutuo es un concepto *sui generis* en el que, la determinación de su ámbito, no puede realizarse por remisión a alguna institución española de igual o distinto nombre sino únicamente acudiendo a su contenido expresado en los arts. 93 y 94 LRM³¹.

El art. 93 LRM establece los posibles contenidos de resoluciones penales susceptibles de acordar alguna de las medidas que regula el artículo siguiente de la LRM; de acuerdo con este artículo las medidas de libertad vigilada pueden ser consecuencia de pronunciamientos que acuerden libertad condicional, suspensión de condena, sustitución de condena y condena condicional. Rodríguez-Medel señala cómo este artículo contiene un tipo de condena (la condena condicional) que no existe en derecho español, lo cual hubiera requerido alguna explicación por parte nuestro legislador³².

Es oportuno también señalar que los pronunciamientos de libertad condicional, suspensión y sustitución de condena han quedado subsumidos, desde la reforma del Código Penal a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo, en una única institución denominada suspensión de la pena (arts. 80 y ss CP)³³. A pesar de ello, la sustitución de la pena sigue existiendo como una modalidad de la suspensión (art.

³⁰ Faraldo Cabana, P. (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* 63, p. 579.

³¹ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 175.

³² Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 177 y 178; la definición de la condena condicional la podemos encontrar en el art. 2 de la Decisión Marco: es una resolución en la que se difiere la imposición de la pena y se supedita a que se cumplan determinadas condiciones.

³³ El Preámbulo de la LO 1/2015 de reforma del Código Penal afirma: “se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia”.



80. 3 y 4 y art. 90 CP)³⁴. También es susceptible de incluirse en el ámbito de la libertad vigilada la suspensión de la pena como beneficio penitenciario que anticipa la libertad del recluso en régimen de libertad condicional³⁵.

Es cierto que en el momento de promulgación de la LRM, que coincidió con la transposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI, no se había producido todavía la reforma del CP, pero una vez más el legislador español omitió adaptar la LRM a las nuevas instituciones del CP tras la reforma de 2015. Ello confirmó, al menos, que no fue la intención del legislador al transponer la Decisión Marco 2008/947/JAI armonizar la transposición a las instituciones ya existentes en nuestro CP, puesto que modificado éste tampoco se alteró lo establecido en la LRM.

3.1.2. Las medidas de libertad vigilada

En cuanto a las medidas de libertad vigilada que se pueden acordar, se encuentran recogidas en el art. 4.1 de la Decisión Marco 2008/947/JAI. Cualquier Estado miembro puede añadir a las medidas del art. 4.1 otras “cuya vigilancia esté dispuesto a asumir”, decisión de la que se informará a los restantes Estados miembros (art. 4.2 Decisión Marco 2008/947/JAI). No obstante, las medidas más comunes a las que se supedita la suspensión y la sustitución de la pena o la libertad condicional estaban ya contenidas en el art. 4.1: obligación de no acercarse o no alejarse de determinados lugares, presentarse con la periodicidad establecida ante la autoridad competente, evitar el contacto con determinadas personas, realizar trabajos en beneficio de la comunidad, etc.

Se incluye también –tanto en la Decisión Marco como en la LRM- la obligación de satisfacer las responsabilidades civiles que pudieran derivar del hecho delictivo, o la justificación de haber cumplido esta obligación (art. 9 h LRM). No obstante, la satisfacción de la responsabilidad civil ha de entenderse que se tramita por estos artículos únicamente cuando sirve de condición de la situación que da lugar a la libertad vigilada, puesto que de otro modo cabría pensar que puede tramitarse la responsabilidad civil derivada de delito de forma autónoma mediante la aplicación de los artículos, lo que no corresponde ni con el sentido Decisión Marco 2008/947/JAI ni con su transposición en derecho español³⁶. La sistemática tanto de

³⁴ Barquín Sanz subraya que la sustitución, aunque no reciba este nombre, sigue existiendo *de facto* ya que el legislador establece algunos supuestos de suspensión en los que la suspensión irá acompañada “siempre” (art. 80.3 CP) de la imposición de alguna de las medidas que establece el propio CP en el art. 24; hace hincapié además en la nueva naturaleza de la libertad provisional. *Vid.* Barquín Sanz, J. (2015), “De las formas sustitutivas...”, *cit.*, p. 229 y 256. Sobre la libertad condicional y su naturaleza tras la reforma *vid.* también Salat Paisal, M. (2015), “Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del CP de 2015”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19, p. 418. Ambos autores critican la falta de claridad y el inadecuado uso de la terminología en estas instituciones penales tras la reforma.

³⁵ Nistal Burón, J. (2019), “La «adaptación» de una condena para su cumplimiento en España cuando ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Criterio del Tribunal Supremo y su encaje dentro del nuevo marco legal europeo”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 51, p. 1.

³⁶ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, pp. 196 y 197.

la Decisión Marco como de la LRM también parecen sugerir lo mismo, puesto que la ubicación junto con las restantes medidas (art. 4.1 Decisión Marco 2008/947/JAI y 94 LRM) así como las normas procedimentales, parecen sugerir que la responsabilidad civil no puede tramitarse si no va acompañada de alguna de las medidas de naturaleza penal.

La norma de la LRM que establece las medidas de libertad vigilada es el art. 94. Aunque el art. 4.2 de la Decisión Marco 2008/947/JAI -como ya he señalado- permitía que los ordenamientos nacionales incorporaran medidas adicionales informando a los restantes Estados Miembros, no fue esa la opción del legislador español, sino que una vez más la decisión que se adoptó al trasponer la norma europea en este aspecto fue la de mantener su literalidad.

Además de no incorporar ninguna medida adicional, la decisión del legislador español de no alterar las medidas tal y como estaban redactadas en la Decisión Marco 2008/947/JA, dio lugar necesariamente a una cierta descoordinación entre las medidas establecidas en el Código Penal español (fundamentalmente en su art. 83) y las que establecía la LRM. Es cierto que las medidas más relevantes (obligación de comparecer ante determinadas autoridades, alejamiento de personas) etc. están contenidas en ambos cuerpos legales, pero desde luego no hay una coincidencia absoluta³⁷.

Esta situación se produce, tanto en el momento de transposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI -que coincide con la promulgación de la LRM- en el año 2014, como con posterioridad tras las reformas operada en el CP en el año 2015, primordialmente la de la LO 1/2015, de 31 de marzo. La reforma de la LO 1/2015 de 30 de marzo añadió al art. 83 CP nuevas medidas que podían servir como condición para la suspensión de la pena. Entre las más novedosas, como señala Barquín se encuentra la obligación de participar en programas de deshabituación de las drogas o el alcohol (art. 83.1.2º y 7º CP)³⁸, esta medida viene a integrarse sin dificultad en el art. 94.k LRM. Sin embargo, subsiste la ausencia de una correspondencia plena entre las medidas que pueden ser objeto de la libertad vigilada en la LRM y las contenidas en el Código Penal y ello aunque el legislador de la LO 1/2015 afirme que en gran medida la reforma se debe a la obligación impuesta por compromisos internacionales, citándose a continuación una serie de Directivas y Decisiones marco entre las que no se encuentra la Decisión Marco 2008/947/JAI³⁹. Con la reforma de 2015, el legislador perdió una vez más, la ocasión de adecuar la LRM a la legislación del CP, ya que subsiste una situación normativa en la que ciertas medidas del art. 83 CP no encajan con facilidad en el elenco del art. 94 LRM (como es el caso de prohibición de evitar el contacto con

³⁷ Faraldo Cabana, P. (2019) "¿Cuáles son las resoluciones..." *cit.*, p. 590 y Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) "Cuestiones prácticas..." *cit.*, p. 179. Esta última señala además que resulta injustificable que la LRM no hay ninguna referencia en materia de libertad vigilada a su relación con la Orden Europea de Protección, recogida en el ordenamiento europeo en 2011 con lo que, teniendo en cuenta la tardía transposición de la Decisión Marco 2008/947/JAI, bien podría haber sido tenida en consideración.

³⁸ Barquín Sanz, J. (2015), "De las formas sustitutivas ...", *cit.*, p. 241.

³⁹ Preámbulo de la LO 1/2015 de 30 de marzo. Apdo. I.



grupos determinados al que se refiere el art. 83.1.2 CP o la prohibición de conducir vehículos que carezcan de un dispositivo que condicione el funcionamiento a las condiciones del conductor del art. 83.9 CCP) y viceversa (como sucede con la disposición del art. 94 g LRM que prohíbe el contacto con objetos que podrían utilizarse para cometer infracciones penales, que no existe en el CP).

Es cierto que estas discordancias no afectan a las medidas más comunes, pero hubiera sido oportuno que se incorporaran al elenco de la LRM las medidas que existen en el CP y al mismo tiempo el legislador, al reformar el CP podría haber considerado si las medidas a las que se refiere la LRM y que no existen en derecho penal español podrían incorporarse al mismo para enriquecerlo. Máxime teniendo en cuenta la recomendación del Consejo que alienta a los Estados miembros a incrementar, en la medida de lo posible “el recurso a medidas y sanciones no privativas de libertad”⁴⁰.

El hecho de que el legislador español no haya ampliado las posibles medidas de libertad vigilada se entiende menos todavía si recordamos los términos en los que se establece esta posibilidad en el art. 4.2 Decisión Marco 2008/947/JAI. De acuerdo con esta norma, la ampliación del elenco de medidas por parte de un Estado miembro es a efectos de ejecución y no de transmisión, ya que se refiere a medidas distintas de las establecidas en el art. 4.1 “cuya vigilancia está dispuesto a asumir”. Parecería lógico que al menos el legislador español estuviera dispuesto a asumir aquellas medidas que ya forman parte del ordenamiento interno, puesto que los órganos judiciales están ya familiarizados con ellas y además se entiende que, estando ya previstas en derecho español, existen medios materiales y personales para implementarlas.

Esta falta de correspondencia entre las medidas del CP y las de la LRM dio lugar a que, ya antes de la reforma de 2015, Rodríguez-Medel cuestionara el carácter de lista tasada del art. 94 LRM. La autora consideraba que hay dos motivos por los que se podría defender el carácter de lista abierta del art. 94 LRM: el primero es que el art. 97 LRM, al regular la transmisión de la resolución de libertad vigilada, señala que se acompañará de las medidas que son objeto de transmisión “ya sean estas de las previstas con carácter general o de las específicas que el Estado de ejecución haya aceptado en la declaración efectuada ante la Secretaría General del Consejo de la Unión Europea” y el segundo es que la consideración del elenco del art. 94 LRM como una lista cerrada dejaría fuera de la posibilidad de incluir en este instrumento alguna de las medidas existentes en el CP español⁴¹.

Considero que habría que discernir si la medida es susceptible de transmisión o de ejecución. El art. 4.2 de la Decisión Marco 2008/947/JAI establece que Estado deberá notificar las medidas adicionales a las que recoge el art. 4.1 “cuya vigilancia está dispuesto a asumir”. A la luz del art. 94 LRM el legislador español ha preferido

⁴⁰ Conclusiones del Consejo sobre las medidas relativas al internamiento: Utilización de medidas y sanciones no privativas de libertad en la justicia penal (2019/C 422/06).

⁴¹ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 179.

mantener el elenco mínimo de medidas de libertad vigilada contenido en la Decisión Marco 2008/947/JAI, con lo cual sólo esas podrán ser ejecutadas en España.

No obstante, en calidad de Estado transmitente, el juez español puede beneficiarse de otras medidas específicas que se hayan notificado como admisibles en el Estado de ejecución (como recoge el art. 97 LRM). En este sentido puede favorecer la transmisión de la medida el hecho de que la reforma del CP en 2015 añadiera una disposición que permite que el juez adopte medidas que no están contenidas en el art. 83, previa conformidad del penado (art. 83.1.9º CP)⁴². Desde luego la posibilidad de permitir la transmisión de medidas indeterminadas no se encuentra en la Decisión Marco 2008/947/JAI, ya que precisamente la necesidad de notificar las medidas concretas prevista en su art. 4.2 permite deducir que, aunque se trate de medidas no incluidas en el art. 4.1, no cabe que sean indeterminadas. Sin embargo, a la hora de valorar la adopción de una medida que podría ser cumplida en otro Estado miembro, lo establecido en el art. 83.1.9º CP permitiría que el juez español acuerde y transmita una medida que no está contenida ni en los restantes apartados del art. 83 CP ni en el 94 LRM, pero sí es admitida el Estado de ejecución (habiendo sido notificada dicha medida en los términos exigidos en la Decisión Marco 2008/947/JAI).

La promoción de las medidas de libertad vigilada por parte de las autoridades europeas⁴³ unido al ámbito indudablemente amplio que abarcan las medidas contenidas en los arts. 93 y 94 LRM convierten a este instrumento en uno de los que deberían ser acordados de forma más frecuente por parte de nuestros tribunales⁴⁴. Sin embargo, todo apunta a que este instrumento está infrautilizado; Faraldo atribuye las causas del escaso uso de este instrumento a distintos factores entre los que destaca la habitual opción por la expulsión de los condenados extranjeros, así como la complejidad normativa en esta materia que dificulta un uso más extendido de las medidas de libertad vigilada⁴⁵. Además parece evidente, como bien señala Rodríguez-Medel que en tanto no se cree un sistema de comunicación ágil y eficiente tanto de las medidas existentes en cada Estado miembro como de las medidas que se han impuesto a un determinado sujeto (incluyendo un Registro europeo de resoluciones de libertad vigilada) será difícil que este instrumento opere de forma eficaz⁴⁶. Ciertamente, además del empeño de las autoridades europeas en Decisión Marco 2008/947/JAI así como del trabajo de los legisladores nacionales, son también necesarios medios ágiles que faciliten el trabajo a las autoridades de encargadas de implementar este instrumento en los Estados miembros. De otro modo, el peligro del que advierten estas autoras limitará las múltiples posibilidades

⁴² Vid. sobre esta disposición el comentario de Barquín Sanz, J. (2015), “De las formas sustitutivas ...”, *cit.*, p. 241.

⁴³ Vid. *supra* nota 40.

⁴⁴ Faraldo Cabana, P. (2019) “¿Fracaso del reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada en España? Una reflexión sobre la situación de los condenados extranjeros de nacionalidad comunitaria. *Migraciones* 47, p. 156, y Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 177

⁴⁵ Faraldo Cabana, P. (2019) “¿Fracaso del reconocimiento mutuo...”, *cit.*, pp. 156 y ss y 164 y ss.

⁴⁶ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p.181 y ss.



en orden a la reinserción y a la prevención de la delincuencia que se podrían conseguir con este instrumento.

3.3. Transmisión de resoluciones de libertad vigilada

La transmisión de las resoluciones de libertad vigilada corresponde, según señala el art. 95.1 LRM al juez encargado de la ejecución de la medida lo cual, al igual que sucedía en la medida anterior⁴⁷, implica un elevado número de órganos potencialmente competentes. En función de la medida que se acuerde y de la situación jurídica con ocasión de la cual se decreta la medida (libertad condicional, suspensión...) podrá transmitirla el órgano sentenciador o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria⁴⁸.

El legislador no establece, como sí hacía en el traslado de condenados para el cumplimiento de medidas privativas de libertad, una disposición para que el juez competente se informe de si el condenado tiene otras condenas pendientes de ejecución o procesos pendientes en España. Esta omisión es llamativa puesto que si, aún estando el condenado privado de libertad y por tanto bajo el control de una autoridad penitenciaria, es relevante conocer las causas pendientes para valorar la facilidad con la que podría comparecer ante los tribunales españoles en caso necesario, esta necesidad es más acuciante cuando la condena es a una medida que no es privativa de libertad, ya que en ese caso lograr la comparecencia del individuo si fuera necesario puede ser mucho más complicado. Tan es así que Rodríguez-Medel sugiere solventar esta omisión involuntaria del legislador, puesto que no puede explicarse de otro modo, con la aplicación analógica del art. 66.3 LRM⁴⁹, que es la norma que impone que el juez, antes de transmitir una resolución de condena privativa de libertad ha de realizar una averiguación sobre las causas pendientes.

3.3.1. Transmisión de la medida de libertad vigilada al Estado de residencia del condenado.

La resolución sólo se puede transmitir a un Estado, siendo lo más habitual que sea el Estado de residencia del condenado. Aparentemente no es imprescindible que el condenado preste su consentimiento, al menos no lo establece con claridad la LRM. Sin embargo, la LRM sí que parece dar por hecho que el juez ha de conocer la opinión del condenado en torno a la transmisión de la resolución. Sucede así en el art. 98.2 que indica que con carácter previo a la transmisión el juez ha de preguntar a la persona condenada si desea regresar o permanecer en su Estado de residencia, y en el art. 98.1 que se refiere a la posibilidad de que el condenado esté ya en su Estado de residencia o desee regresar, lo que implica que se ha debido recabar su opinión.

⁴⁷ Vid. *supra* epígrafe 2.1.

⁴⁸ Vid. Montero Pérez de Tudela, E., (2019) "Las opciones repatriativas...", *cit.*, p. 21.

⁴⁹ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) "Cuestiones prácticas...", *cit.*, p.188.

Regina Garcimartin Montero: “El reconocimiento de resoluciones penales de condena en la UE: la transposición al Derecho español del reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad y de libertad vigilada”

En los supuestos de transmisión al Estado de residencia, si el condenado se encuentra ya en dicho Estado o manifiesta su deseo de regresar a él, la LRM parece sugerir que la transmisión es imperativa, así se deduce de los términos que emplea el art. 98.1 LRM: “La autoridad española competente transmitirá la resolución de libertad vigilada... (...)”. Aunque la transmisión en estos casos es la decisión más lógica, no parece tampoco que el legislador permita otro tipo de decisión al órgano judicial⁵⁰.

Parece razonable que, si el condenado desea regresar a su Estado de residencia o ya se encuentra en él, se ejecute la medida en dicho Estado. Pero el tenor aparentemente imperativo de la LRM puede ser un obstáculo cuando la presencia en España del condenado es oportuna por otros motivos: por ejemplo, cuando a pesar de estar su residencia en otro Estado miembro la presencia en España no sea plenamente esporádica, o cuando haya circunstancias que permiten que en España se logren más adecuadamente alguno de los fines de la medida de libertad provisional sin detrimento de los restantes, etc.

3.3.2. Transmisión de la medida de libertad vigilada a un tercer Estado

La LRM permite que se transmita la resolución a un Estado distinto del de residencia a petición del condenado; la norma de legitimación presupone la voluntad del condenado. Pero además el art. 98 LRM exige que cuando se transmita la resolución a un tercer Estado, se cuente no sólo con el consentimiento del Estado de residencia del condenado (art. 98. 1 LRM), sino también con el del Estado de ejecución (art. 98.2 LRM).

La necesidad de prestar el consentimiento por parte del Estado de residencia cuando la medida de libertad vigilada se transmite a un tercer Estado resulta un poco sorprendente porque el Estado de residencia en este caso no va a verse implicado en la ejecución, de ahí que no se termine de comprender la razón de contemplar este consentimiento. Esta exigencia no se desprende de la Decisión Marco 2008/947/JAI, la cual únicamente requiere que se recabe el consentimiento del Estado de ejecución cuando este no sea el de residencia (art. 5.3) lo que conduce a alguna autora a defender la ausencia de necesidad de solicitar el consentimiento del Estado de residencia cuando este no va a ser el de ejecución máxime si tenemos en cuenta el imprescindible consentimiento del condenado⁵¹.

Conviene señalar que la transmisión de una medida de libertad vigilada y la expulsión del territorio nacional como sustitución de una pena privativa de libertad son dos instituciones jurídicas distintas. La primera presupone la existencia de alguna de las resoluciones a las que se refiere el art. 93 LRM con la consiguiente imposición de alguna de las medidas del art. 94 LRM, mientras que la segunda

⁵⁰ Así lo defendía también Baras González, con anterioridad a la promulgación de la LRM, en interpretación de la Decisión Marco 2008/947/JAI, que tiene un tenor muy similar. *Vid.* Baras Gonzalez, M. (2013), *El espacio penitenciario europeo*. Ministerio del Interior. Madrid p. 219.

⁵¹ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas...”, *cit.*, p. 193.



consiste en una sustitución de la pena al amparo de lo previsto en el art. 89.4 CP. Es cierto que la expulsión del territorio nacional implica el cumplimiento de una conducta: la de no regresar durante un tiempo de entre 5 y 10 años (art. 89.5 CP), si el condenado incumple esta prohibición regresando a España la consecuencia será el necesario cumplimiento de las penas que fueron sustituidas, salvo que el juez aprecie la concurrencia de alguna de las circunstancias a las que se refiere el art. 89.7 CP. Sin embargo, el hecho de que la expulsión del condenado comunitario implique la obligación de no regresar al territorio español no supone que deba cumplir una medida de libertad vigilada y por tanto no provoca la aplicación de la LRM; así lo señala el AAP de Valencia 22/2018 de 16 de enero rechazando la petición del Ministerio Fiscal en el sentido de considerar el supuesto como de transmisión de un resolución de libertad vigilada invocando la aplicación de la LRM.

3.4. Ejecución de las resoluciones de libertad vigilada

En los casos en que se ejecuta en España una resolución de libertad vigilada, la competencia corresponde al Juez Central de lo Penal (en su caso al Juez Central de Menores) según dispone el art. 95.2 LRM. Al igual que sucedía con la ejecución de resoluciones que imponen penas privativas de libertad, la ejecución de este instrumento europeo está fuertemente centralizada frente a la pluralidad de órganos judiciales que pueden acordar la transmisión⁵². Además de ejecutar las condenas que impongan medidas de libertad vigilada, deberá prestar el consentimiento con carácter previo cuando sea necesario el consentimiento del Estado de ejecución.

Esta atribución competencial puede ocasionar problemas de descoordinación con los Juzgados de Violencia sobre la mujer cuando se haya emitido también para su ejecución en España una orden europea de protección a favor de la víctima, como pone de manifiesto Rodríguez-Medel. En este caso puede suceder que al Juzgado de Violencia sobre la mujer corresponda la ejecución de una orden europea de protección mientras que el Juzgado Central de lo Penal tenga a su cargo la ejecución de las medidas de libertad vigilada que pesan sobre el condenado por el delito en materia de violencia sobre la mujer. La previsión de coordinación entre ambos órganos judiciales es inexistente, circunstancia que podría ser corregida por la previsión de un sistema de alertas como señala acertadamente la autora⁵³.

España deberá aceptar la ejecución de la medida en todo caso cuando sea el lugar de residencia del condenado, si no lo es se requieren ciertos vínculos con nuestro país: residencia de familiares, contrato de trabajo, etc. Si no se dan estas circunstancias parece oportuno que se rechace la transmisión, como dispone el art. 102 LRM. Esta previsión es lógica si pensamos que se refiere a una ausencia total de vínculos del condenado con nuestro país, lo cual dificulta enormemente que se

⁵² Vid. *supra* epígrafe 2.1.

⁵³ Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) "Cuestiones prácticas...", *cit.*, p. 199.

Regina Garcimartin Montero: "El reconocimiento de resoluciones penales de condena en la UE: la transposición al Derecho español del reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad y de libertad vigilada"

cumplan los fines que debe cumplir la medida de seguridad: reinserción, evitar la reincidencia, etc.

No obstante, la denegación de la ejecución tiene (para todos los instrumentos penales) una sistemática singular, ya que el Título que regula las disposiciones generales para los instrumentos de reconocimiento mutuo regula los supuestos en que deberá denegarse el reconocimiento (art. 32 y 33 LRM); junto a esta norma coexisten las específicas establecidas en cada instrumento (art. 105 LRM, en el caso de las resoluciones de libertad vigilada). Ello da lugar a una normativa un poco confusa de cara a la aplicación de la LRM⁵⁴.

4. Conclusiones

La finalidad de las medidas que implican el traslado de condenados es, para el caso de los condenados a penas privativas de libertad, la oportuna reinserción; en el caso de condenados al cumplimiento de medidas de libertad vigilada a esta finalidad se suman otras que ha apuntado la doctrina: evitar la reincidencia, asegurar el adecuado cumplimiento de la medida, etc. Sin embargo, por omisión o por una indebida transposición, ninguno de estos objetivos está expresado de forma adecuada en la LRM, a pesar de que las Decisiones Marco que acogen estos dos instrumentos sí que se referían a los principios rectores por los que se han de regir estos instrumentos.

La transposición de ambas Decisiones marco se caracteriza por ser excesivamente literal, especialmente en el caso de la Decisión Marco 2008/947/JAI; la transposición hubiera requerido una adaptación adecuada de la norma europea al derecho español, de forma que no se produjeran las dudas que suscita la LRM en torno a la naturaleza de las instituciones y su correspondencia con las previamente existentes en nuestro ordenamiento. Esta tarea al no haberse realizado por el legislador, corresponde a los operadores jurídicos, pero es previsible que la falta de claridad de la LRM y las dificultades en la interpretación den lugar a que no se apliquen los instrumentos europeos relativos al traslado de condenados con toda la extensión que sería adecuada, habida cuenta el elevado número de población extranjera en los centros penitenciarios españoles.

5. Referencias bibliográficas

- Baras Gonzalez, M. (2013), *El espacio penitenciario europeo*. Ministerio del Interior. Madrid.
- Barquín Sanz, J. (2015), "De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional". En L. Morillas Cueva, (Dir.) *Estudios sobre el Código penal reformado: (leyes orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, pp. 223-267.
- De Hoyos Sancho, M. (2015), "El reconocimiento mutuo de resoluciones por las que se impone una pena o medida privativa de libertad: análisis normativo". En Arangüena Fanego, C., De Hoyos

⁵⁴ Sanz Morán, A. J., (2015) "El reconocimiento mutuo...", *cit.*, p. 170.



- Sancho, M. y Rodríguez-Medel Nieto, C., *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Faraldo Cabana, P. (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* 63, pp. 575-597.
- Faraldo Cabana, P. (2019) “¿Fracaso del reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada en España? Una reflexión sobre la situación de los condenados extranjeros de nacionalidad comunitaria. *Migraciones* 47, pp. 151-175.
- Fernández Prado, M., (2015) “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones que imponen penas o medidas privativas de libertad”. En Arangüena Fanego, C., De Hoyos Sancho, M. y Rodríguez-Medel Nieto, C., *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Montero Pérez de Tudela, E., (2019) “Las opciones repatriativas en el ordenamiento jurídico español para el extranjero infractor: factores a tener en cuenta por los profesionales del tratamiento y los operadores jurídicos”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 21-22.
- Nistal Burón, J. (2019), “La «adaptación» de una condena para su cumplimiento en España cuando ha sido impuesta por un tribunal extranjero. Criterio del Tribunal Supremo y su encaje dentro del nuevo marco legal europeo”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 51.
- Nistal Burón, J. (2018), “La libertad condicional de los penados extranjeros. El cumplimiento en su país de residencia cuando ha sido concedida en España”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* 48.
- Rodríguez-Medel Nieto, C., (2015) “Cuestiones prácticas relativas al reconocimiento de resoluciones de libertad vigilada”. En Arangüena Fanego, C., De Hoyos Sancho, M. y Rodríguez-Medel Nieto, C., *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor.
- Ruiz Yamuza, F-G. (2015), “Comentario del primer supuesto práctico de transmisión de una sentencia condenatoria por un tribunal español, en aplicación de la Ley 23/2014, en relación con la Decisión Marco 2008/909/JAI sobre reconocimiento mutuo de sentencias que imponen penas u otras medidas privativas de libertad”. *Revista General de Derecho Europeo*, 37.
- Salat Paisal, M. (2015), “Análisis del instituto de la libertad condicional en la reforma del CP de 2015”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 19.
- Sanz Morán, A. J., (2015) “El reconocimiento mutuo de resoluciones de libertad vigilada: análisis normativo”. En Arangüena Fanego, C., De Hoyos Sancho, M. y Rodríguez-Medel Nieto, C., *Reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*. Aranzadi. Cizur Menor.