
REVISTA DE DERECHO UNED, NÚM. 9, 2011

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA
EL TRASLADO DE PERSONAS FÍSICAS
CONDENADAS A PENAS DE PRISIÓN
ENTRE ESTADOS MIEMBROS
DE LA UNIÓN EUROPEA

MARCOS BARAS GONZÁLEZ

Jurista del Cuerpo Superior de Técnicos de Instituciones
Penitenciarias

Doctorando en Derecho de la Unión Europea (UNED)

Resumen: el aumento del traslado de personas condenadas a penas privativas de libertad y a medidas de seguridad de la misma naturaleza, por el pleno desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea, y especialmente por la aplicación de la Decisión marco 2008/909/JAI, relativa al reconocimiento mutuo y ejecución entre Estados miembros de la Unión de este tipo de penas, que difiere bastante del sistema actual, regulado principalmente por el Convenio de Estrasburgo de 1983, y la futura adaptación que de la misma haga el legislador español, nos obliga a reflexionar sobre el encaje de esta norma en el Ordenamiento jurídico constitucional español. Pretendemos con este estudio prestar singular atención a la intervención judicial, en concreto del Juez o Tribunal sentenciador, tanto en la autorización del eventual traslado del condenado a un Estado miembro, como la influencia de este cumplimiento en un Estado distinto del que impuso la pena, en la reinserción social.

Abstract: increase the transfer of persons sentenced to deprivation of liberty and security measures of the same nature, the full development of the Area of Freedom, Security and Justice in the European Union, and especially the implementation of the Framework

Decision 909 of 2008 concerning the mutual recognition and enforcement between Member States of the Union of such penalties, which differs significantly from the current system, mainly regulated by the Strasbourg Convention of 1983 and the upcoming adaptation of the same make the Spanish legislature, we need to reflect on the fit of this rule in the Spanish constitutional legal order. We aim with this study paid special attention to judicial intervention, in particular the trial court judge or, in the authorization of the eventual transfer of the sentenced to a Member State, as the influence of such compliance in a State other than that imposed the penalty reintegrate into society.

Palabras clave: Juez, reo, traslado, Unión Europea, reinserción social.

Key words: Judge, prisoner, transfer, European Union, social rehabilitation.

Sumario: I. Introducción; II. Poder Judicial y ejecución penal; III. Ejecución de condenas penales en España; IV. Competencia judicial en caso de traslado de internos entre centros penitenciarios españoles; V. Traslado de personas condenadas y reinserción social; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación y la futura de adaptación de la Decisión marco (en adelante DM) 2008/909/JAI, relativa al traslado de personas condenadas en la Unión Europea¹ (en adelante UE) al Derecho español, nos sugiere la cuestión de si puede ser trasladado a un Estado miembro de la UE un condenado en España a pena de prisión, con el parecer contrario del órgano judicial que lo ha condenado.

Aplicables a la materia del traslado de personas condenas, que surtan efectos en España, con respecto a Estados miembros de la UE, podemos señalar, junto con las reservas que los Estados contratantes han hecho a los mismos:

¹ Decisión marco 2008/909/JAI Del Consejo 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 (DO L 327 de 5.12.2008, p. 27); modificada por la Decisión marco 2009/299/JAI del Consejo de 26 de febrero de 2009 (DO L 81 de 27.3.2009, p. 24).

 LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

1. Convenio número 70 del Consejo de Europa, de 28 de mayo de 1970, sobre el valor internacional de las sentencias penales.
2. Convenio número 112, de 21 de marzo de 1983, relativo al traslado de personas condenadas.
3. Acuerdo concerniente a la aplicación entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas del Convenio sobre traslado de personas condenadas, de 25 de mayo de 1987.
4. Convenio Hispano-danés de 3 de febrero de 1972, que hace referencia a la ejecución de sentencias penales. Para BUENO ARÚS², este convenio es de escasa aplicación ya que tanto España, como Dinamarca, forman parte de los convenios 70 y 112 del Consejo de Europa. Esta afirmación se ve ratificada, ya que ambos Estados son miembros de la UE, por lo que es aplicable la DM 2008/909/JAI.
5. Convenio con Hungría de 28 de septiembre de 1987.

Existen otros muchos convenios referentes al traslado de personas condenadas, especialmente con países iberoamericanos³.

Entendía BUENO ARÚS⁴, en el año 2003, que no había norma positiva en España, ni para el cumplimiento en nuestro país, ni para el cumplimiento en un tercer Estado, de una sentencia penal impuesta por Jueces o Tribunales españoles. Sólo menciona el artículo 65.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que hace competente a la Audiencia Nacional de las penas privativas de libertad impuestas en el extranjero que se deban cumplir en España⁵.

Por contra, continúa diciendo el autor, que en el caso de traslado de una persona para el cumplimiento en el extranjero de una conde-

² BUENOS ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *Manual de Derecho Penal Internacional*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. Madrid, 2003. Págs. 277 a 279

³ Tailandia, 1983; Perú, 1986; Argentina, 1987; Bolivia, 1990; Uruguay, 1991; Colombia, 1993; Egipto, Paraguay y Venezuela, 1994; El Salvador y Nicaragua, 1995; Brasil, 1996; Marruecos, 1997; Cuba y la Federación Rusa, 1998.

⁴ BUENOS ARÚS, F. y DE MIGUEL ZARAGOZA, J. *op. cit.* pág. 276.

⁵ «De los procedimientos penales iniciados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por Tribunales extranjeros, cuando en virtud de un tratado internacional correspondiera a España la continuación de un procedimiento penal iniciado en el extranjero, la ejecución de una sentencia penal extranjera o el cumplimiento de una pena o medida de seguridad privativa de libertad, salvo en aquellos casos en que esta Ley atribuya alguna de estas competencias a otro órgano jurisdiccional penal.»

na impuesta en España, el Ministerio de Justicia, informa al Juez o Tribunal sentenciador de la intención de elevar al Consejo de Ministros, por si estima procedente manifestar oposición al traslado, lo cual no suele ser habitual.

Dado que no existe norma interna que regule el traslado de personas condenadas, para BUENO ARÚS, no es necesario el requisito de reciprocidad, ya que es condición de aplicación de la ley interna, por lo que hemos de acudir a Tratados o Acuerdos internacionales (*self executing*), que es lo más aconsejable, con el objeto de acelerar todos los trámites burocráticos.

Así, es un gran acierto del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante ELSJ), la aprobación de la DM 2008/909/JAI, ya que, en cuanto a la gestión y la seguridad jurídica, los trámites se van a acelerar, sin duda, en beneficio del reo y de los sistemas penitenciarios.

Este moderno mecanismo de reconocimiento mutuo de resoluciones definitivas de condena a penas privativas de libertad, no exento de ser mejorado, que surge de la mencionada norma, junto con otras Decisiones marco y normas procedentes de la Unión Europea, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, la DM que regula la orden europea de detención y entrega⁶, la DM relativa al reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias⁷, la DM referente a relativa a la organización y al contenido del intercambio de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (en adelante EEMM)⁸, la que regula la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial penal⁹, la relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal¹⁰, la relativa a la aplicación, entre EEMM de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la pri-

⁶ Decisión marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L190 de 18.7.2002).

⁷ Decisión marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DO L 76 de 23.3.2005).

⁸ Decisión marco 2008/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (DO L 93 de 7.4.2009).

⁹ Decisión marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DO L350 de 30.12.2008).

¹⁰ Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal (DO L 82 de 22.3.2001).

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

sión provisional¹¹, entre otras, configuran lo que denominamos, dentro del ELSJ, el *Espacio Penitenciario Europeo*¹².

Cabe pensar que con la promulgación y posterior adaptación a los Derechos internos de los EEMM, de la DM 2008/909/JAI, el número de traslados dentro de la Unión, en cumplimiento de una condena de prisión o de una medida de seguridad privativa de libertad, aumenten considerablemente, por lo que cobra más interés, si cabe, con respecto al actual sistema de traslado de personas condenadas entre Estados, el plantearse la actuación del Poder Judicial, o sea, de la Jurisdicción Penal en España, especialmente en cuanto a la posibilidad de que la autoridad gubernativa española, puede trasladar a un condenado a pena de prisión con la oposición del Juez o Tribunal que lo ha condenado.

II. PODER JUDICIAL Y EJECUCIÓN PENAL

Para enfocar la cuestión, creemos que debemos partir de la regulación que la Constitución Española (en adelante CE) hace del Poder Judicial.

Se prescribe en la misma¹³, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, *juzgando y haciendo juzgar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales* determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. Esta exclusividad, que tiene causa en el *principio de división de poderes*, impide que se den áreas del Derecho fuera del control judicial.

El principio de unidad de la jurisdicción en España, es la base de la organización y funcionamiento de los Juzgados y Tribunales. Esta jurisdicción única, tiene únicamente como excepciones las previstas en la Constitución a favor de otros órganos¹⁴, como es el caso de la

¹¹ Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas (DO L 337 de 16.12.2008).

¹² El *Espacio Penitenciario Europeo*, lo podemos definir como el territorio físico y, a la vez, las normas jurídicas procedentes de las instituciones de la UE, con respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, y de los Estados miembros relativas a la ejecución de las sanciones penales, en ciertos casos además administrativas sancionadoras, que tienen como fin principal el cumplimiento de las condenas, con respeto de los derechos humanos, tanto de condenados como de las víctimas.

¹³ *Vid.* art. 117.3 CE.

¹⁴ *Vid.* art. 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

jurisdicción constitucional, la militar, la contable, la supranacional, en base al artículo 93 de la CE, la eclesiástica¹⁵ y la de los Tribunales consuetudinarios del artículo 125 CE.

El Poder Judicial que diseña la Constitución de 1978 se caracteriza igualmente por la predeterminación¹⁶ del Juez ordinario establecido por la Ley¹⁷, o Juez natural, que además de garantía institucional es un derecho del justiciable, ha de ser independiente, inamovible, responsable y sometido únicamente al imperio de la Ley. Esta garantía se predica de los cuatro órdenes jurisdiccionales.

Por el contrario, el Juez natural, no supone que el órgano judicial que tiene que conocer el hecho objeto de enjuiciamiento sea el del lugar en que han acaecido estos. Pudiendo, como ha indicado el Tribunal Constitucional en sentencias de 199 de 16 de diciembre de 1987 y 56 de 29 de marzo de 1990, entre otras, concurrir circunstancias que justifiquen a la atribución de competencia a un Juzgado o Tribunal que no tenga su sede en el territorio de los hechos, como es el caso de la Audiencia Nacional, que tiene su emplazamiento en Madrid y jurisdicción en toda España.

Se entiende que al Poder Judicial, no sólo se le encomienda el enjuiciamiento, sino que igualmente, la ejecución de lo por ellos dispuesto en resolución.

A mayor abundamiento, el art. 118 CE, indica que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el proceso y en la *ejecución de lo resuelto*. De la misma forma, pero con menor rango jurídico, los artículos 983 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECRIM), regulan la materia.

De lo prescrito en estas normas, en lo que nos interesa, se entiende que la ejecución de la sentencia corresponde al órgano judicial que ha dictado la sentencia firme¹⁸, aunque si la firmeza de la sentencia procede de un recurso de casación, es competente el Juez o Tribunal que ha dictado la sentencia casada.

¹⁵ *Vid.* Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de 3 de enero de 1979.

¹⁶ La predeterminación supone que la competencia del órgano judicial, tiene que ser previa al hecho que se tiene que enjuiciar.

¹⁷ *Vid.* art. 24.2 CE.

¹⁸ Una *sentencia es definitiva*, cuando decide finalmente la cuestión penal que se ha sometido a la autoridad judicial, aunque contra la misma pueda darse algún tipo de recurso.—

 LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

El hecho de que el reo sea objeto de otra causa penal, no es óbice para la ejecución de la condena firme, pudiendo ser conducido «desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.»¹⁹

Es al Juez o Tribunal a quien la LECRIM obliga hacer ejecutar la sentencia, quien tiene que practicar sin demora las medidas procedentes para que el condenado ingrese en el establecimiento penitenciario que corresponda, para lo que requerirá el auxilio de las autoridades administrativas, «que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno.»²⁰

III. EJECUCIÓN DE CONDENAS PENALES EN ESPAÑA

No hay un único texto jurídico que regule con especificidad la *ejecución de las condenas penales en España*²¹, en especial la pena privativa de libertad. Junto con otras circunstancias, este hecho ha coadyuvado a la poca claridad y dificultad de comprensión en este asunto. Se ha llegado incluso a hablar de confrontación normativa²².

Las normas aplicables en esta materia son variadas y de diferente rango y procedencia. Así²³ la propia Constitución Española, en sus artículos 25.2 y 117.3; la Declaración Universal de Derechos Humana-

Es *sentencia firme*, cuando contra la misma ya no puede interponerse recurso alguna, salvo el de revisión penal. *Vid.* art. 141 LECRIM.

¹⁹ *Vid.* art. 988 LECRIM.

El supuesto que puede acaecer en el caso de concurrencia del cumplimiento en un mismo penado de una pena de prisión y el sometimiento al mismo tiempo de una prisión preventiva, da lugar a una destacadísima cuestión jurídica, a nuestro juicio aún no resuelta satisfactoriamente, con muy importantes repercusiones prácticas, que en los últimos tiempos parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 57 de 2008, dando lugar, asimismo, a pronunciamientos al respecto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y a una novación por el legislador del art. 58.3 del Código Penal por la Ley Orgánica 5 de 2010.

²⁰ *Vid.* art. 990 LECRIM, en su segundo párrafo.

²¹ La *ejecución en el proceso penal* es el «conjunto de actos atribuidos a los órganos del Estado, facultados legalmente para ello, que tienden a dar cumplimiento, dentro de los límites establecidos por la ley y los reglamentos, a los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de las resoluciones judiciales recaídas en un proceso penal. Cuando se trate de la ejecución de las penas privativas de libertad se deberá tener en cuenta que estas están orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados.» HINOJOSA SEGOVIA, R. en DE LA OLIVA SANTOS y otros. «*Derecho procesal Penal*». Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007. Pág. 851.

²² HINOJOSA SEGOVIA, R. en DE LA OLIVA SANTOS y otros. «*Derecho procesal Penal*». Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2007. Pág. 848.

²³ *Vid.* HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Págs. 848 y 849.

nos, arts. 5 y 9; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arts. 3 y 5; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, arts. 7, 9 y 10; el Convenio de Estrasburgo sobre el Traslado de Personas Condenadas de 21 de marzo de 1983 y Convenios análogos y Protocolos referentes al traslado de personas condenadas; Resoluciones y Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en materia de ejecución de penas y ámbito penitenciario.

Igualmente relevante es la jurisprudencia y el cuerpo de doctrina que se puede derivar de estas normas, en especial el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a lo que hemos de adjuntar, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE, que con el desarrollo del ELSJ, va a ver incrementado sus pronunciamientos en la materia que estudiamos.

Con inferior rango, tenemos: la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Demarcación y Planta Judicial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante LOGP), su Reglamento de desarrollo y el Código Penal, entre otras normas.

A todos los textos anteriores, se añaden las Instrucciones y Circulares del centro directivo que corresponda, máximo responsable de la Administración Penitenciaria en España, debiendo ser el profesional del Derecho que deba aplicar estas, especialmente cuidadoso y vigilante para *levantar el velo* de las eventuales contradicciones y contravenciones con la legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de libertad, en que pudieran incurrir los redactores de las Instrucciones o Circulares, ya que nos encontramos con una materia tan sensible como es la limitación de derechos fundamentales.

Además encontramos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las Decisiones marco referentes a la ejecución de penas y el Derecho Penitenciario²⁴, que amplían para los ciudadanos europeos el cuerpo jurídico que le es de aplicación en el caso de cumplir una condena privativa de libertad en un Estado miembro de la UE, lo que hemos denominado *Espacio Penitenciario Europeo*.

²⁴ Vid. DM 947 de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas y la DM 2008/909/JAI, relativa al principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

En España es mixta la ejecución penal, diferenciándose dos aspectos, ejecución y cumplimiento²⁵. La ejecución, en sentido estricto, es exclusiva del Poder Judicial; por el contrario, el cumplimiento de la pena privativa de libertad, corresponde a la Administración Penitenciaria, aunque siempre sujeta al control de los Jueces y Tribunales.

Se parte de esta distinción del art. 117.3 de la Constitución Española, que, como hemos visto, prescribe esta exclusividad, de juzgar, y hacer ejecutar lo juzgado, para los Jueces y Tribunales. A la vez, la Ley Orgánica General Penitenciaria, encarga a la Administración Penitenciaria, encarnada en Instituciones Penitenciarias, el cumplimiento, entre otras penas, la de prisión²⁶.

Podemos decir, que la ejecución de la pena de prisión está encomendada a tres órganos del Estado, dos pertenecientes al Poder Judicial, el Juez o Tribunal sentenciador²⁷ y el Juez de Vigilancia Peni-

Igualmente, están vinculadas al *Espacio Penitenciario Europeo*, la Decisión marco 584 de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros; Decisión marco 577 de 2003 del Consejo, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas; la Decisión marco 214 de 2005 de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias; DM 212 de 2005 del Consejo, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; Decisión marco 783 de 2006, relativa a las resoluciones de decomiso; la DM 675 de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los EEMM de la UE con motivo de un nuevo proceso penal; la DM 315 DE 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de los registros de antecedentes penales entre los EEMM; la DM 977 de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial penal; la DM 220 de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y la DM 829 de 2009, relativa a la aplicación, entre EEMM de la UE, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

²⁵ Por ello el artículo 990 de la LECRIM, en su tercer párrafo, prescribe que la competencia de la autoridad judicial, para hacer cumplir la sentencia descarta la de cualquier autoridad administrativa «hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena».

²⁶ Cfr. NISTAL BURÓN, J. y FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Manual de Derecho Penitenciario*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2011. Págs. 82 y 83.

²⁷ En España no hay una delimitación clara por el legislador de las competencias de los Jueces o Tribunales sentenciadores y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, ya que no se ha desarrollado el art. 78 de la LOGP.

Podemos establecer que, los *Jueces o Tribunales sentenciadores*, son competentes para: declarar la firmeza de la sentencia; acordar la suspensión y sustitución de las condenas; emitir el mandamiento de penado, el testimonio de sentencia y practicar la liquidación de condena; eventual abono de la prisión preventiva sufrida, aunque en caso de que la preventiva sea abonable en causas distintas la competencia será del Juez de Vigilancia Penitenciaria; aplicar el art. 76 del Código Penal; informar los eventuales indultos; aprobar el licenciamiento definitivo.

tenciaria²⁸, y uno del Poder Ejecutivo, es decir, la Administración Penitenciaria. Además, coadyuva a la administración de la Justicia Penitenciaria, la Fiscalía de Vigilancia Penitenciaria²⁹.

La configuración, como decimos poco clara y con contradicciones, de la ejecución mixta de la pena de prisión en nuestro país, judicial y administrativa, al mismo tiempo³⁰, ha de tener un predominio, como es propio de un Estado Democrático y de Derecho y de la limitación de derechos fundamentales, del Poder Judicial, por la intervención de Juzgados y Tribunales y por los eventuales recursos que pueden darse, ante la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa³¹.

Precisamente en la XIX Reunión de Magistrados y Magistradas de Vigilancia Penitenciaria³², estos han indicado que dado que la DM 909 de 2008 de aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medias privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea, debe ser transpuesta antes del 5 de diciembre de 2011, y la DM 947

²⁸ Los *Jueces de Vigilancia*, son competentes para: adoptar todas la decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores; resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan; aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena; aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días; resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias; resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado; acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos; realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado; autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado; conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento. Cfr. art. 76 LOGP.

²⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 852.

³⁰ Este carácter mixto, se ve igualmente, en la naturaleza de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que es un órgano del Poder Judicial, pero a la vez, tiene rasgos y funciones administrativas.

³¹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 854.

³² Hecha en Gran Canaria los días 24, 25 y 26 de mayo de 2010.

 LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

de 2008³³ de relativa a la aplicación del reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, antes del 6 de diciembre de 2011, «en la medida que se otorguen competencias a las autoridades judiciales, debería respetarse el esquema del reparto competencial vigente en Derecho interno entre Jueces o Tribunales sentenciadores y Juez de Vigilancia Penitenciaria.»

Sin riesgo a equivocarnos, Instituciones Penitenciarias es un órgano de la Administración, del Poder Ejecutivo, sea central, sea autonómico, como ocurre con la Administración Penitenciaria catalana³⁴, siendo esta la única Comunidad Autónoma que tiene transferida la competencia en prisiones³⁵.

³³ La *DM 947 de 2008 en los Considerandos*, destaca:

«(21) Todos los Estados miembros deben garantizar que las personas condenadas objeto de las decisiones contempladas por la presente Decisión Marco disfrutan de una serie de derechos y posibilidades de recurso legal con arreglo al Derecho nacional, independientemente de que las autoridades competentes designadas para adoptar dichas decisiones en virtud de la presente Decisión marco tengan carácter judicial o no judicial.

(22) Todas las decisiones ulteriores en relación con una pena suspendida, una condena condicional o una pena sustitutiva cuya consecuencia sea la imposición de una pena u otra medida privativa de libertad deben ser adoptadas por una autoridad judicial.»

Y en su *artículo 3 DM 947 de 2008*:

«Designación de las autoridades competentes

1. Cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo qué autoridad o autoridades son, con arreglo a su legislación nacional, competentes a los efectos de la presente Decisión Marco, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución.

2. Los Estados miembros podrán designar a autoridades no judiciales como autoridades competentes para adoptar resoluciones en el contexto de la presente Decisión Marco, siempre que dichas autoridades tengan competencias para adoptar resoluciones de naturaleza similar en el marco de su ordenamiento jurídico y de sus procedimientos a nivel nacional.

3. En caso de que una autoridad competente que no sea un órgano judicial adopte una decisión con arreglo al artículo 14, apartado 1, letras b) o c), los Estados miembros garantizarán que la decisión pueda ser revisada, a petición del interesado, por un órgano judicial u otro órgano independiente de características similares a las de un órgano judicial.

4. La Secretaría General del Consejo pondrá a disposición de todos los Estados miembros y de la Comisión la información recibida.»

³⁴ *Vid.* Decreto 319 de 2006, de 5 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del servicio de ejecución penal de Cataluña. Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña Núm. 4714 – 7.9.2006.

³⁵ Artículo 4. REAL DECRETO 1181/2008, DE 11 JULIO, POR EL QUE SE MODIFICA Y DESARROLLA LA ESTRUCTURA ORGÁNICA BÁSICA DEL MINISTERIO DEL INTERIOR (*BOE núm. 171, de 16 de julio. Corrección de errores en BOE núm. 189, de 6 de agosto*).

Así la Administración Penitenciaria, al igual que los ciudadanos y todos los poderes públicos, en virtud del art. 9.1 de la Constitución, está sujeta a la propia CE y al resto del ordenamiento jurídico³⁶.

IV. COMPETENCIA JUDICIAL EN CASO DE TRASLADO DE INTERNOS ENTRE CENTROS PENITENCIARIOS ESPAÑOLES

Directamente relacionado con la materia objeto de investigación, encontramos la competencia de la Administración Penitenciaria de trasladar a los internos, penados e incluso preventivos, de una prisión a otra, en base a los arts. 79 LOGP y 31 del Reglamento Penitenciario³⁷.

Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

1. Corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la dirección, impulso, coordinación y supervisión de las instituciones penitenciarias, en el ejercicio de las siguientes funciones:

- a) El seguimiento y dirección de las actividades para la prestación del servicio público de ejecución de las penas y medidas penales, con los fines encomendados constitucionalmente.
- b) La planificación y ordenación normativa de las Instituciones Penitenciarias.
- c) La función inspectora sobre los servicios, organismos y centros de la administración penitenciaria, especialmente en lo que se refiere al personal, procedimientos, instalaciones y dotaciones, así como la tramitación de las informaciones reservadas y de los expedientes disciplinarios incoados a los funcionarios y personal laboral destinados en todas sus unidades.
- d) La propuesta en la planificación y seguimiento del desarrollo del Plan de creación de infraestructuras penitenciarias, para dar cumplimiento a las necesidades establecidas.
- e) La elaboración de los informes y las actuaciones pertinentes en materia de seguridad en los centros penitenciarios.
- f) Cualesquiera otras competencias que le atribuya la legislación vigente y, particularmente, las relativas a contratación administrativa, personal y gestión económico financiera en relación con las Instituciones Penitenciarias.

2. Corresponde a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias la presidencia del organismo autónomo Trabajo Penitenciario y Formación para el Empleo, regulado por el Real Decreto 868/2005, de 15 de julio.

3. La Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se estructura en los siguientes órganos directivos:

- a) La Dirección General de Gestión de Recursos.
- b) La Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto.

4. Asimismo, dependerá directamente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, la Inspección Penitenciaria con rango de subdirección general.

³⁶ HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 853.

³⁷ Así conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

 LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

Los propios Jueces de Vigilancia Penitenciaria en la Reunión VIII³⁸, en el criterio 13, indican, en relación con los traslados de internos de una prisión a otra de España, aunque estimamos criterios válidos para cualquier traslado, nacional o, en base a la DM 2008/909/JAI, entre EEMM de la UE, no puede concurrir abuso o desviación de poder por la Administración, cuando, por ejemplo, se intente sustraer a la competencia de un Juez, cuando sea una sanción encubierta, o, en general, si se empeora la situación penitenciaria del interno³⁹.

Aunque estos traslados no se puede hacer alterando lo ordenado en una resolución judicial, ya que iría contra la tutela judicial efectiva (sentencias del Tribunal Constitucional 138 de 1986, de 7 de noviembre y 67 de 1991, de 22 de marzo)⁴⁰.

Pero esta competencia para trasladar a los internos, repetimos penado y preventivos, de la Administración española, es distinta de las posibilidades que nos da y descubre la DM 2008/909/JAI, ya que en este último caso, el traslado se efectúa fuera de España, es decir, una vez materializado, se saca, siendo esta la clave de bóveda del tema que tratamos en esta investigación, al penado fuera de la jurisdicción del Poder Judicial español, que es, por mandato constitucional, el encargado de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, especialmente en materia penal; cosa que no sucede en un traslado dentro de España.

De este modo, estimamos que para efectuar un traslado fuera de España, en base la DM 2008/909/JAI, ha de contarse con la autorización o beneplácito del Juez o Tribunal sentenciador, debiendo ser órganos parte del Poder Judicial, es decir, Jueces o Tribunales, los designados por la ley que adapte la DM al Derecho español, como autoridades competentes a los efectos del art. 2.1 de la DM⁴¹.

V. TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS Y REINSERCIÓN SOCIAL

El objeto rector y que ha de marcar o condicionar toda la aplicación de la DM 2008/909/JAI y su transposición por los EEMM, ha de ser la reinserción social del condenado.

³⁸ Celebrada en Madrid, en noviembre de 1994.

³⁹ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 868.

⁴⁰ Vid. HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 868.

⁴¹ Así ordena este precepto, que cada Estado miembro comunicará a la Secretaría General del Consejo qué autoridad o autoridades, con arreglo a su legislación nacional, son competentes, cuando dicho Estado miembro sea el Estado de emisión o el Estado de ejecución.

Según la legislación española, Instituciones Penitenciarias, junto con la «retención y custodia de detenidos, presos y penados», tiene como su objetivo principal la reeducación y reinserción social de esto últimos. A la vez, el artículo 59 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en su primer punto, indica que esta reeducación y reinserción social, será alcanzada, mediante un conjunto de actividades directamente dirigidas a este fin, que denomina tratamiento penitenciario.

Los servicios encargados del tratamiento, actualmente los Equipos de Tratamiento y las Juntas de Tratamiento de las prisiones españolas, deberán conocer y tratar, siempre respetando los derechos fundamentales⁴² de los internos no afectados por el fallo condenatorio o el sentido de la pena, la personalidad y el ambiente del penado que pueden perjudicarle en su reinserción⁴³.

Entendemos que la Administración Penitenciaria, ha de intervenir con un concepto amplio de tratamiento penitenciario, no basado sólo en las ciencias sociales o de la conducta, sino que circunstancias, como el cumplimiento de la condena en el lugar más próximo a la residencia del condenado, sea considerado dentro de esta noción integradora del tratamiento. Así, como la misma Ley Penitenciaria prescribe, tras la observación de cada penado, para la individualización del tratamiento, se hará la clasificación de los penados, «destinándose al establecimiento más adecuado», teniendo la clasificación presente, entre otros factores, «el medio al que probablemente retornará».

Con la aplicación de la DM 2008/909/JAI, la Administración Penitenciaria, en base a esta posibilidad de traslado de internos entre los distintos Estados miembros de la UE, en la clasificación y destino de los mismos, un factor que habrá de tener muy presente, será la del Estado miembro de residencia del penado, o algún otro Estado miembro, en su caso, en que la reinserción social sea más propicia, siempre, como seguidamente veremos, con la necesaria intervención judicial.

Uno de los factores más perjudiciales que el cumplimiento de la pena de prisión provoca en el interno en un centro penitenciario, es la supresión brusca del contacto de la persona condenada con su am-

⁴² Recordemos la importancia y el especial significado, ya señalada, que para nosotros, en esta campo van a alcanzar la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁴³ *Vid.* art. 60 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

biente y entorno, tanto personal como material; que especialmente, en el cumplimiento de las penas privativas de libertad de larga duración, conducen indefectiblemente a un acusado desarraigo, la deestructuración personal y otros efectos psicológicos perniciosos.

Como queremos destacar, estos inconvenientes, se incrementan, provocando lo que se denomina doble pena, en las personas extranjeras que cumplen condena en un país que no es el suyo y con el que no tienen especial vinculación.

En las sociedades modernas occidentales, la cárcel es un mal necesario e irrenunciable, pero el mantenimiento de las mismas, no es un óbice para que el cumplimiento de sus fines sea lo menos pernicioso posible para el ser humano. Por ello, se debe poner especial énfasis a que, en la medida de lo posible, el condenado a pena de prisión, cumpla la misma en su lugar de residencia, o donde tenga particular apego, conjugándose este interés con las necesidades organizativas de la Administración Penitenciaria y la política criminal y penitenciaria de los Gobiernos.

Parece desprenderse del art. 3 de la DM 909⁴⁴, que el único objetivo de la norma de la UE es «*para facilitar la reinserción social del condenado*».

En base a esto, no pueden concurrir otros intereses de los EEMM, a la hora de efectuar el traslado de una persona condenada, otros motivos, como la disminución de su población penitenciaria o el número de internos de una determinada nacionalidad, o el deseo de *desahacerse* de un concreto delincuente, al menos si cae en contradicción con su reinserción social.

Se tiene hasta tal punto como principio rector la reinserción social del condenado, que el Estado de ejecución (en adelante EJ)⁴⁵ puede indicar al Estado de emisión (en adelante EE)⁴⁶, de forma motivada, que el cumplimiento de la condena en este Estado miembro, no facilitará la reinserción social del condenado, ni la integración con éxito de este en la sociedad⁴⁷, no siendo por ello, conveniente efectuar el traslado.

⁴⁴ En la DM 947 de 2008, se destaca, *vid.* art. 1, que no sólo la reinserción social del condenado es el objetivo exclusivo de la norma, sino que también, la atención a las víctimas, la prevención del delito y la protección del «público» en general.

⁴⁵ Este será, el Estado miembro de la UE, al que se haya transmitido una sentencia con vistas a su reconocimiento y ejecución.

⁴⁶ Es el Estado miembro en el que se haya dictado una sentencia en base a la cual se imponga una pena de prisión.

⁴⁷ *Vid.* art. 4.4 DM 909.

Al no ser vinculante la decisión del condenado en varios supuestos de aplicación de la DM 2008/909/JAI, a diferencia del sistema establecido en el Convenio de Estrasburgo de traslado de personas condenadas de 1983 y Acuerdos posteriores sobre la misma materia, se le ha de escuchar y tener presente su opinión antes de trasladarlo.

Nos preguntamos si en este caso, de ser flagrante que el traslado no favorezca o perjudica la reinserción del condenado, puede ser esta circunstancia controlada por la autoridad judicial.

Estimamos que sí ya que el concepto jurídico de reinserción social, puede ser determinado, concretado en ciertas ocasiones por el Juez que controle la legalidad del acto de la Administración.

De la DM deducimos que el caso contrario, no es de obligado cumplimiento para el Estado de emisión, ya que no estaría obligado a trasladar al condenado aunque se estimara que de efectuarse el mismo se iba a facilitar la reinserción social del condenado. Por ello, pensamos que no es claro que la reinserción social sea el verdadero o único ánimo que mueve al «legislador» europeo cuando aprobó la DM 909.

Muestra de lo que decimos es la redacción del art. 4.2 DM 909, que señala «Podrá transmitirse la sentencia y el certificado cuando la autoridad competente del Estado de emisión [...], tenga el convencimiento de que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado.»

Es decir, se da la posibilidad, no se obliga al Estado de emisión de transmitir la sentencia y el certificado, aunque se llegara a la conclusión de que con esta se facilitara la reinserción social del condenado.

Este mecanismo podría entrar en contradicción con el tenor literal del art. 25 de la Constitución Española, cuando prescribe que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado.

Aunque el Tribunal Constitucional español ha matizado que este no es el único fin de las condenas penales, sí es la reinserción social una máxima que ha de guiar el cumplimiento de la misma, especialmente cuando es evidente que un traslado mejoraría la situación del cumplimiento del condenado y su reintegración con éxito a la sociedad⁴⁸.

⁴⁸ Aunque la CE prescribe que las penas y medidas de seguridad privativas de libertad estarán orientadas a la reeducación y reinserción social del penado, el Tribunal Constitucional ha matizado, que el art. 25.2 CE es una indicación al legislador (ATC

LA NECESARIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA EL TRASLADO...

Una cosa está clara en la regulación de la DM 909, que el Estado de emisión siempre tiene la posibilidad de hacer cumplir la condena, que han impuesto sus Jueces o Tribunales, en su territorio. Por el contrario, como antes hemos visto, concurriendo unas concretas circunstancias, el Estado de emisión con su sola voluntad, puede obligar al Estado de ejecución a aceptar el traslado.

Por ello, se indica en la DM⁴⁹ que las solicitudes de traslado realizadas por el EJ o por el propio condenado, sea al EJ sea al EE, «no supondrán la obligación del Estado de emisión de transmitir la sentencia acompañada del certificado.» O sea, siempre conserva la posibilidad de hacer cumplir la condena en su territorio.

El concepto de *reinserción social del condenado*, puede llegar a ser tan ambiguo que dé la posibilidad de que sea utilizado para fines distintos, aunque igualmente respetables e importantes para la sociedad, a los previstos, al menos aparentemente, por la DM 2008/909/JAI. Pero la norma de la UE, a diferencia de la Constitución Española en su art. 25 que prescribe una «orientación», posibilita el traslado de personas condenadas entre Estados miembros de la UE «para facilitar la reinserción social del condenado», no se da una especie de guía o directriz, sino que se prescribe un fin, la reinserción social.

Pero llegados a esta conclusión, que no sería posible el traslado de una persona condenada si se pudiera perjudicar su reinserción social, peligro que es difícil que concorra con el Convenio de Estrasburgo, ya que en este caso, a diferencia de la regulación que surge de la DM 2008/909/JAI siempre es preceptivo el consentimiento del reo, el nudo gordiano de la cuestión estaría en determinar qué es la reinserción social del condenado.

A colación de esta concreción hemos de destacar que la *legislación motorizada* y la superación del positivismo clásico caracteriza, entre otras circunstancias, a los modernos ordenamientos jurídicos por contener numerosos conceptos jurídicos indeterminados, lo que potencia la función interpretativa de Jueces y Tribunales, ya que estos no son meros autómatas aplicadores de la Ley. Por ello, el Código Civil, en su Título Preliminar, da pautas, válidas no sólo para el Derecho Privado, a los operadores jurídicos para la interpretación de las normas, que se hará según el sentido propio de sus palabras, relaciona-

15 de 1984, de 11 de enero y SSTC 2 de 1987, 19 de 1988, entre otras), pero no configura un derecho subjetivo, que igualmente deber ser tenido presente por el encargado de ejecutar estas penas y medidas. *Vid.* HINOJOSA SEGOVIA, R. *Op. cit.* Pág. 855.

⁴⁹ *Vid.* art. 4.5 DM 909.

das con el contexto «*los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.*»

VI. CONCLUSIONES

La DM 2008/909/JAI, va a suponer en Europa, junto con las otras normas, la mayoría pendientes de desarrollar por los Estados miembros de la Unión Europea, del *Espacio Penitenciario Europeo*, una nueva etapa, en el traslado de personas condenadas a privación de libertad.

El legislador español, en el momento de transponer la DM 2008/909/JAI al Derecho interno español, deberá establecer un mecanismo, para el traslado de personas condenadas, con el objeto de respetar lo prescrito por la Constitución, de consulta al Juez o Tribunal sentenciador para que autorice el traslado, no pudiéndose realizar el mismo, si no está conforme este.

No es posible el traslado de una persona condenada en aplicación de la DM 2008/909/JAI, si con ello se perjudicara su reinserción social de la persona en cuestión, pudiendo ser este hecho controlado por la autoridad judicial. Esto es así ya que esta norma supedita y orienta el traslado exclusivamente a la reinserción social, diferenciándose de este modo, de la consolidada jurisprudencia del TC en España, que en interpretación del artículo 25 de la CE, no encauza únicamente la penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, a la reinserción social del condenado.