

ASPECTOS PROCESALES Y PENITENCIARIO DEL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS

BORJA MAPELLI CAFFARENA
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA

MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CANO
PROFESORA TITULAR DE DERECHO PROCESAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL TRASLADO DE PERSONAS CONDENADAS Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUCIÓN

El traslado de personas condenadas a su país de origen para que cumplan allí la condena impuesta por un Tribunal extranjero, constituye una de las manifestaciones más sugerentes, tanto en la historia del Derecho Penal moderno, como en el ámbito de la cooperación jurídica internacional en materia penal, no sólo porque es un paso trascendental en el reconocimiento de un espacio jurídico penal internacional, sino, sobre todo, porque, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las disposiciones en esta materia, preocupadas más bien por reforzar el poder punitivo de los Estados mediante medidas que eviten las lagunas de impunidad, aquí se trata disminuir el daño de la pena permitiendo que el condenado cumpla la misma cerca de su medio social y familiar.

Sin embargo, queda aún un largo camino por andar en el que sólo se han dado algunos pasos por una estrecha senda plagada de obstáculos. El panorama internacional sigue dominado por las ideas positivistas que conciben el *ius puniendi* como una manifestación exclusiva y excluyente de la soberanía territorial de los Estados. Sólo en el seno de éstos es imaginable la actividad de los Tribunales, ya que como afirma el art. 23.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) “*en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español*”, únicamente excepcionados por las causas de extraterritorialidad.

Desde luego esta ignorancia de las resoluciones penales nacionales en el ámbito internacional contrasta fuertemente con lo que sucede en el orden civil. El *exequatur* de

las sentencias de Derecho privado, y los procedimientos más o menos ágiles de ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros en materia civil y mercantil, se han consolidado en el Derecho Internacional sin mayores problemas desde el pasado siglo y no hay razones que justifiquen este trato diferente. Porqué habría de tener incidencia en el orden jurídico de otro país el reconocimiento de una deuda o de un derecho de usufructo por nuestros Tribunales de justicia y no, en cambio, una malversación o una detención ilegal. Argumentos doctrinales como que la sentencia civil tiene carácter declarativo y el penal constitutivo, de forma que aquéllas reconocen un derecho preexistente, mientras que ésta viene a crearlo, pueden considerarse obsoletos y, desde luego, no se verifican frente a todas las resoluciones de una y otra rama del Derecho. Ni siquiera se sostiene hoy con el vigor de otras épocas la rancia división del Derecho público y privado. Por más que el Derecho Civil es en primera instancia privado, es, sobre todo, público en la medida que cumple la nuclear misión de ordenar las relaciones entre personas en el marco de un modelo de organización jurídico-social-económico determinado.

No corren mejor suerte los argumentos que giran en torno a la idea de la soberanía. Primero, porque el reconocimiento de la pena impuesta por otro país no necesariamente entraña el menoscabo de la soberanía nacional. Otra cosa sería, quizás, la aplicación del Derecho Penal extranjero. Y segundo, porque la propia idea de Estado soberano está pasando por una profunda crisis. Otros atributos de la soberanía del Estado que parecían inalienables, como son la defensa nacional, la política económica o la política social, han sido asumidos en gran parte por instituciones transnacionales.

Más bien el argumento de la soberanía puede esgrimirse a favor de la ejecución de la sentencia penal extranjera en otro país. Como señala Jiménez de Asúa, negar valor a la sentencia extranjera en muchos casos es tanto como desconocer la soberanía del otro país, mucho más cuando entre ambos Estados existe una relación pacífica en el marco del modelo del Estado de Derecho. Pero quizás sea la reformulación de los clásicos argumentos iusnaturalistas los que mejor expliquen la necesidad de los cambios en este sentido. Si las decisiones orientadas a resolver intereses particulares no han tenido dificultades para traspasar las fronteras, ¿cómo puede ser que cuando se trata de decisiones que protegen bienes jurídicos imprescindibles para la convivencia social, como la vida o la libertad, no se produzca, al menos, el mismo reconocimiento?

Los fundamentos científicos de este cambio, que se aprecia en el panorama internacional en las últimas décadas, se echaron cuando tras la amarga experiencia de la Segunda Guerra Mundial la ciencia jurídica se aferró a unos valores trascendentales y históricos capaces de neutralizar el relativismo subjetivista del positivismo, que

había propiciado una instrumentalización del Derecho por los Estados totalitarios. Estas palabras de Radbruch sintetizan espléndidamente esa preocupación: "*La ciencia del Derecho tiene que meditar, sobre la verdad milenaria de que hay un Derecho superior a la ley, un Derecho natural, un Derecho divino, un Derecho racional, medido con el cual la injusticia sigue siendo injusticia*". Al amparo de este neoiusnaturalismo el Derecho Penal internacional e internacional penal van a encontrar un desarrollo inimaginable. Hoy vivimos la expansión de la extraterritorialidad gracias al incremento del principio de Justicia Universal, proliferan los Tratados bi-multilaterales garantizando la cooperación entre Estados en materia penal, como también se consolidan los Tribunales Penales Internacionales.

Las primeras manifestaciones de la incidencia nacional de resoluciones penales extranjeras se producen en un sentido negativo. La cosa juzgada por más que lo fuera en Tribunales no nacionales en virtud del principio de personalidad o territorialidad, no debía ser considerada en una dimensión transnacional en virtud del principio contrario; de ser así se lesiona el *non bis in idem*, una de las garantías nucleares del principio de legalidad. El Código Penal austríaco de 1852 es uno de los primeros en reconocer esto, pues aunque sanciona expresamente la falta de influencia de las sentencias extranjeras los Tribunales austríacos obligan a los Jueces a disminuir la pena en atención a la sanción impuesta por el Tribunal extranjero. En nuestro país la antigua LOPJ de 1870 se expresa en términos más avanzados por cuanto que en los supuestos de extraterritorialidad por protección de intereses (art. 337) y de personalidad (art. 339) recoge una fórmula legal que ha llegado a nuestros días en el sentido de no abrir de nuevo la causa penal si el hecho fue juzgado por un Tribunal extranjero y el sujeto condenado, absuelto o indultado. Y, por otro lado, conocer y juzgar el hecho si el condenado no cumplió la pena en su totalidad, pero en este último caso considerando la pena impuesta y cumplida.

En este sentido el reconocimiento de los fallos extraños no deja de ser una consecuencia lógica del principio de legalidad, es decir, de una norma interna más que expresión del *exequatur* de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros. Es por eso que la auténtica y plena aceptación de las resoluciones no nacionales se expresa en el aspecto positivo. Es aquí donde concurren además objetivas razones técnicas –de adaptación e información– que recomiendan una incidencia más ponderada. Y, por ambas razones, se ha avanzado mucho menos, no disponiéndose aún de normas de carácter general. No obstante, la opinión científica tanto de penalistas como de procesalistas e internacionalistas, se ha mostrado partidaria de dar plena efectividad a las resoluciones extranjeras en materia penal. Razones de eficacia recomiendan esta fluidez para hacer frente a las exigencias político criminales de un mundo cada vez más globalizado. Los reparos sobre las diversidades de los Dere-

chos positivos nacionales, que en otro momento pudieron tener cierta consistencia, son hoy insostenibles, especialmente en ciertas zonas regiones multinacionales, como puede ser la europea.

Auspiciado por una serie de declaraciones precedentes, tales como el Congreso penitenciario de Washington de 1910 o las Conferencias de Unificación del Derecho Penal de Varsovia de 1927 en las que se abordó la cuestión, el Código Penal (en adelante, CP) de 1928 introduce, por vez primera en nuestro país, una disposición que da potestad al Juez para que a instancias del Ministerio Fiscal ejecute en nuestro país la pena de inhabilitación impuesta por un Tribunal extranjero (art. 23). Salvada esta referencia histórica, que no se vió consolidada en los Códigos posteriores, la incidencia de los fallos pronunciados en el extranjero no han tenido mas alcance que su consideración a los efectos de la agravante de reincidencia con una connotación puramente retributiva. Así aparece en el CP vigente en relación con los delitos relativos a la prostitución (art. 190), tráfico de drogas (art. 375), falsificación de moneda (art. 388) y terrorismo (art. 580).

El panorama nacional e internacional hasta las últimas décadas ha estado presidido por el silencio, lo que se interpreta como la imposibilidad de alcanzar un mayor nivel de incidencia. Ninguna referencia se hizo en el Convenio Europeo sobre Asistencia Judicial en materia penal de 1959. Ni siquiera se ha hecho una excepción con las medidas de seguridad en atención a que se encuentran más vinculadas a lo preventivo que a lo punitivo. Únicamente la responsabilidad civil derivada de la infracción penal merece un tratamiento distinto siguiendo las pautas de reconocimiento general en el extranjero por participar de la misma naturaleza privada.

La evolución seguida en los últimos años en un instituto jurídico tan próximo al traslado de las personas condenadas, como es el de la extradición, permitía abrigar esperanzas sobre cambios próximos en relación con la validez de las sentencias penales extranjeras. Si bien es cierto que se extreman las exigencias para que los procesos de extradición no se traduzcan en atentados a los derechos de los extraditados, sin embargo, las demandas son cada vez más frecuentes, como lo son también los acuerdos entre Estados. De ello da buena prueba que hasta 1989 de los veinticinco Tratados bilaterales de extradición suscritos por España, catorce corresponden al siglo XIX, tres a la primera mitad del siglo XX y ocho a los años transcurridos a partir de 1970; sólo en los años 1987 y 1988 se firmaron seis.

Por otra parte la necesidad, cada vez más acuciante, de contar con la cooperación entre el Poder Judicial y las autoridades gubernativas y policiales, hace también más inexplicable que no se avanzara en el traslado de condenados.

Una fecha clave en la historia de este instituto es el 28 de mayo de 1970, en la que se firma el Convenio Europeo acerca del valor internacional de las sentencias penales, que España no habría de suscribir hasta el 30 de mayo de 1984. Dicho Convenio prevé el cumplimiento de la pena en otro país cuando se da alguno o algunos de los siguientes requisitos: a) que el condenado tenga su residencia en el otro país; b) cuando la ejecución en el otro país pudiese mejorar las posibilidades de rehabilitación social del condenado; c) cuando hay una correspondencia en las penas con que se castiga la infracción cometida; y, d) si el otro Estado se ha mostrado dispuesto y no sea posible extraditar debido a la nacionalidad del condenado. La diferencia más destacada entre este Convenio de 1970 y los siguientes es que en él no se contempla como presupuesto el consentimiento del condenado, por lo que está previsto una medida preventiva de detención.

La eclosión de Convenios sobre esta materia iba a tener lugar sobre todo a partir de la década de los ochenta. Es entonces cuando se desencadena una serie de acuerdos que planteaban ya de forma abierta la posibilidad de hacer cumplir las condenas de los Tribunales de justicia mas allá de la frontera soberana del país. El grave problema de tráfico de drogas a nivel internacional habría de ser el motor que dinamitara las relaciones en el ámbito penal y, por supuesto, policial, a fin de evitar que los delincuentes integrados en bandas transnacionales puedan aprovechar en su favor injustificadamente las garantías que irradian del reconocimiento de la soberanía entre los Estados. La Convención contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, suscrito en Viena en 1988, es el primer texto que en el ámbito de Naciones Unidas aborda esta colaboración entre los Estados. Destaca la flexibilización de los procedimientos de extradición, la colaboración policial o judicial que se concreta en la posibilidad de recibir testimonios o declaraciones, de comunicar documentos judiciales, de efectuar inspecciones, de examinar objetos y lugares, de entregar originales de documentos o de identificar productos o bienes. Un interés especial reviste la entrega vigilada (art. 11), que fue incorporada a nuestro Derecho nacional mediante una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr.) del año 1992 y que permite que remesas de drogas circulen por territorio español camino del extranjero con el fin de descubrir e identificar a las personas involucradas en el tráfico.

El Convenio de Viena trata en dos ocasiones el cumplimiento de condenas penales extranjeras. En la primera de ellas para ejecutar el decomiso de productos, bienes, instrumentos o drogas relacionados con estos delitos decidido y solicitado por un Tribunal de otro país (art. 5) y en la segunda cuando los arts. 6, 10 y 11 señalan que *“si la extradición solicitada con el propósito de que se cumpla una condena se deniega basándose en que la persona objeto de solicitud es nacional de la parte requerida, ésta, si su legislación lo permite y de conformidad con los requisitos de dicha legis-*

lación, previa solicitud de la parte requirente, considerará la posibilidad de hacer cumplir la condena impuesta conforme a la legislación de la parte requirente o el resto de dicha condena que quede por purgar" y, que "las partes podrán considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales o multilaterales, ya sean especiales o generales, sobre el traslado de las personas condenadas a prisión u otra forma de privación de libertad por los delitos a que se aplica el presente artículo, a fin de que puedan terminar de cumplir su condena en su país".

El interés de este Convenio de Viena radica en el extraordinario alcance que tiene pues, aun cuando no resulta de aplicación directa, permite que se puedan cumplir fuera penas distintas de la prisión, lo cual no es común que se reconozca por los Tratados bilaterales. Por otra parte, el texto fue suscrito por la mayoría de los países miembros de las Naciones Unidas, por lo que no es exagerado considerarlo como el primer documento que a niveles mundiales contempla la institución del traslado de personas condenadas entre distintos países, si bien referidos al ámbito de las drogas.

En el ámbito europeo los primeros compromisos entre los Estados arrancan con el Convenio sobre traslado de personas condenadas, hecho en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, que por ser un texto que ha influido decisivamente en la elaboración de los acuerdos bilaterales entre los Estados europeos lo estudiaremos con más detenimiento a continuación.

Reviste pues especialísimo interés el traslado o transferencia de personas condenadas para la ejecución y cumplimiento de penas y medidas de seguridad privativas de libertad en su país de origen, con previo consentimiento del reo y, con arreglo al sistema de prosecución o de conversión de la condena, además de con la aplicación del sistema de ejecución del denominado "Estado de cumplimiento".

La institución del traslado de personas condenadas encuentra su máxima cobertura legal en el texto de nuestra Constitución (en adelante CE). Concretamente se deriva del desarrollo del principio de reinserción social de los condenados a penas y medidas privativas de libertad (art. 25.2 CE). Para reforzar con ciertas garantías ese proceso de reinserción interrumpido por la privación de libertad es preciso articular mecanismos como este, que permitan que el cumplimiento de la condena se pueda llevar a cabo en el lugar más próximo a aquél en el que el condenado reside habitualmente.

Con esta misma finalidad dispone el art. 12 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (en adelante, LOGP), que los establecimientos penitenciarios deben ubicarse de modo que se evite el desarraigo social de los condenados. Evitar el desarraigo se ha convertido en un criterio político penitenciario común a cualquier sistema de ejecución

de penas moderno, que justifica flexibilizar los esquemas clasificatorios en pos de conseguir la mejor y más racional ubicación de los reclusos. Este principio inspira entre otras disposiciones la del art. 8 LOGP, según el cual los centros de preventivos podrán acoger a condenados a penas inferiores a los seis meses y debiera, igualmente, inspirar el art. 89 CP que permite a los extranjeros terminar de cumplir la pena de prisión en sus correspondientes países, aunque este último precepto está más influenciado por la llamada Ley de Extranjería, que responde más bien a una política inmigratoria extremadamente restrictiva. También es conveniente tener en cuenta la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 25/1996, donde se desarrollan algunos aspectos de las normas generales sobre los internos extranjeros y, concretamente y con relación al tema que nos ocupa, se recogen los procedimientos administrativos que deben de seguirse para que se conceda el traslado.

Por lo que se refiere a las normas o acuerdos de rango internacional, hay que mencionar, en primer lugar, aquéllas que son de ámbito multinacional con posibilidades de aplicación directa. Nuestro país tiene en estos momentos firmados y ratificados dos. El más antiguo de ellos es el Convenio sobre traslados de personas condenadas redactado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, firmado el 10 de junio de 1983 y ratificado el 11 de marzo de 1985. Éste fue posteriormente modificado para ampliar su alcance por un Acuerdo hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987, ratificado el 27 de abril de 1992.

El otro Convenio que afecta a los traslados de condenados es el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, cuyo Capítulo V se refiere a la "Transmisión de la ejecución de sentencias penales" (arts. 67 a 69) de 14 de junio de 1985, firmado el 25 de junio de 1991 y ratificado el 30 de junio de 1993. Ambos son del Consejo de Europa, si bien al primero de ellos se han adherido algunos países no miembros. Concretamente los países no miembros que lo han suscrito son Canadá en 1983 y Estados Unidos en 1983 también; y los que se han adherido son Bahamas en 1991, Chile en 1998, Costa Rica en 1998, Georgia en 1997, Israel también en 1997 y Trinidad/Tobago en 1994.

Mencionaremos igualmente la posibilidad de que esta fórmula del traslado se haga efectiva sin necesidad de Tratado previo y sobre la base del principio de reciprocidad, como es el caso de concesión de extradición de un nacional con la garantía de que si resulta condenado será transferido a España para el cumplimiento de la condena (art. 7.2 y addenda al art. 7 –declaración de España– del Convenio establecido sobre la base del art. K.3 del Tratado de la Unión Europea relativo a la extradición entre Estados miembros, hecho en Dublín con fecha 27 de septiembre de 1996 [BOE 24 de febrero de 1998]). En parecidos términos, el art. 33.2 del Proyecto de Ley Orgánica de cooperación jurídica internacional en materia penal (en adelante, PLOCP) (BOCG de 28 de mayo de 1997).

Finalmente, sobre este tema España tiene firmados una serie de Tratados bilaterales que responden a razones de oportunidad. No son comparativamente muy numerosos y casi todos están suscritos con países del área sudamericana. Así, mencionaremos los Convenios y Tratados con El Salvador (1995), Brasil (1996), Colombia (1993), Rusia (1998), Egipto (1995), Bolivia (1990), Perú (1986), Argentina (1987), Nicaragua (1995), Panamá (1996), Ecuador (1995), Paraguay (1994), Marruecos (1997), México (1987), Venezuela (1994), Cuba (1998) y Tailandia (1983).

Aunque aún no han entrado en vigor, existen dos importantes documentos en distintas fases de elaboración sobre el traslado de condenados. El primero de ellos, es el llamado *Corpus Iuris* de Disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la Unión Europea. Se trata de un primer proyecto de constituir un Tribunal penal europeo circunscrito a la delincuencia financiera. En este sentido, puede considerarse que no se ocupa de traslados de condenados por un Tribunal extranjero a nuestro país o a la inversa, sino de la eventual ejecución de una pena en nuestro país que ha sido impuesta por un Tribunal reconocido por la Unión Europea en la que está integrada España y, por tanto, no puede considerarse extranjero.

Mayor es la repercusión que puede esperarse del actual Proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional en materia penal de 1997 (en adelante PLOCP), actualmente en proceso de elaboración parlamentaria. Su propia existencia nos da idea de la trascendencia que tienen y van a tener en un futuro próximo los temas de cooperación penal internacional. Su entrada en vigor representará un hito en la evolución hacia el *exequatur* de las resoluciones penales. El Título III del referido Proyecto responde al epígrafe "*Del traslado de personas condenadas*". Pero también guarda una estrecha relación con este tema otros dos Títulos, el IV "*De la transmisión de la ejecución de sentencias penales*" y el VI "*De la vigilancia de personas condenadas o en libertad condicional*".

II. FUNDAMENTO DEL TRASLADO Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS PENALES Y DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Convenio de 1983, la medida de traslado de personas condenadas de un Estado a otro refuerza los vínculos de unión entre los miembros del Consejo de Europa, desarrolla la cooperación internacional en materia penal y sirve a una buena administración de justicia, a la vez que favorece la reinserción social de los condenados. Este último aspecto sintoniza, como hemos afirmado anteriormente, con lo establecido por nuestra CE como meta de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad (art. 25.2 CE). Reinserción social se entien-

de como un proceso, que hay que iniciar ya durante la ejecución de la pena (*re*), por medio del cual el sujeto establece o refuerza unos vínculos con la sociedad libre. Desde esta perspectiva la experiencia acumulada en el mundo penitenciario demuestra que los reclusos reaccionan positivamente a una concepción progresiva de la pena de prisión y dicha progresión resulta aún más eficaz si aquél, al salir dosificadamente del centro, se encuentra próximo a una familia o grupo o, al menos, puede dedicarse a una ocupación laboral normalizada. Todo ello resulta más fácil de obtener si el condenado es liberado por vez primera cerca de donde tiene su residencia habitual o donde se encuentra su familia o grupo.

Si bien ya las propias metas preventivo especiales, entre las que está la reinserción social, tienen mucho que ver con el mejor funcionamiento de la justicia como servicio público y con su humanización, esta última idea aflora independientemente en la regulación de los traslados cuando se recomienda que también se valore como criterio de decisión las circunstancias de edad y salud del condenado (Argentina, art. 3.3). La presencia de estos criterios permite afirmar que se defiende un concepto de reinserción social más vinculado a la idea de humanizar la justicia penal, que a la de lograr que en el futuro el condenado deje de cometer delitos.

Por razones de coherencia debe procurarse que la regulación concreta de los traslados se haga sin perder de vista los fines hacia los que se orienta y esto es algo que no siempre se consigue, debido, en ocasiones, a una suerte de "celo de soberanía nacional" apreciable en muchos pasajes. En este sentido, las primeras formulaciones bilaterales introducen un obstáculo injustificable al exigir que el condenado tenga la nacionalidad del país donde se va a proceder a ejecutar la pena. Ser nacional de un país no permite presumir que la persona disfrute de relaciones sociales que hagan más recomendable el cumplimiento de la pena en el mismo y, a la inversa, puede ocurrir que un extranjero se encuentre afincado en un país extraño con familia y ocupación estable. La exclusión de los no nacionales *ab initio* es un criterio discriminatorio contrario a las metas del traslado. No obstante, el texto original ya permitía que a los efectos de este Convenio los Estados firmantes determinarán el alcance de la expresión nacional, pero apenas algunos Estados le dieron a dicha expresión unos contenidos diferentes de los que establecen las correspondientes normas civiles. Así lo entendió entre otros nuestro país en las Declaraciones en el Instrumento de Ratificación ("*en lo que concierne al presente Convenio, España considerará como nacionales a las personas que gocen de esa calidad en virtud de las normas del Título I del Libro I del Código Civil español*").

Con idea de presionar a los Estados participantes fue introducida al texto convencional original por el Acuerdo relativo hecho en Bruselas el 25 de mayo de 1987, una

modificación en el art. 2 que dispone que cada Estado miembro "dará a los nacionales de otro Estado miembro cuyo traslado parezca ser apropiado, y en beneficio del interesado, el mismo trato que a sus propios nacionales, teniendo en cuenta su residencia habitual y regular en su territorio". La modificación refuerza este instituto a las ideas resocializadoras y es en este sentido plausible, no obstante, que plantea dificultades con las legislaciones nacionales, que como la española contempla un régimen de expulsiones para los extranjeros que cumplen pena privativa de libertad. La mejor de las soluciones hubiera sido no hacer referencias a la calidad de la nacionalidad y, en su lugar, prever que los Estados aportaran un informe técnico en el que se acreditara la conveniencia del traslado desde la perspectiva de la reinserción social con independencia del origen de la persona.

Como suele suceder con las instituciones orientadas hacia los fines preventivos especiales, los traslados están concebidos potestativamente, de forma que en último extremo los Estados, atendiendo a sus propios intereses, pueden negar la misma pese a concurrir los requisitos objetivos. Esta discrecionalidad se vincula con la tesis ya expresada por nuestro Tribunal Constitucional, de que la resocialización no es un derecho del condenado a pena de prisión sino un principio o directriz que inspira la política penitenciaria.

La cooperación jurídica internacional en materia penal, como esencial elemento de la política exterior del Estado, junto con la necesidad de arbitrar mecanismos ágiles y eficaces en orden a potenciar una ejecución de la privación de libertad, reinsertadora y verdaderamente rehabilitadora, son realmente los dos referentes decisivos en orden al análisis de diversas instituciones referentes a la ejecución y cumplimiento por reos extranjeros, de penas y medidas de seguridad privativas de libertad.

Nos encontramos ante un instituto por medio del cual se articula una solución jurídica que permite que un Estado reciba y ejecute una determinada pena impuesta por otro Estado distinto. Se trata de un instituto con implicaciones en tres ámbitos jurídicos distintos: el internacional, el procesal y el penitenciario.

El fundamento, la razón de ser y la operatividad práctica de esta institución de cooperación jurídica internacional puede analizarse partiendo de su diferenciación en relación con otras figuras referidas igualmente a la ejecución de penas y medidas de seguridad privativas de libertad que inciden en aspectos distintos.

Así, podemos diferenciar del traslado, en primer lugar, la concesión de la libertad condicional al penado extranjero y la autorización por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para su cumplimiento en el país de su residencia, siempre que lo permitan las

normas de Derecho Internacional, y siempre que sea posible con sujeción a las medidas o normas de conducta y de control arbitradas por el ordenamiento del Estado fijado, previstas en el art. 197.1 del Reglamento Penitenciario (en adelante, RP). No se trataría en realidad de una especie de variedad o modalidad de traslado referido al último periodo de cumplimiento como es la libertad condicional, ya que no implicaría aplicación del sistema de cumplimiento del país de residencia, sino tan solo una solicitud de aplicación de medidas y controles sobre el liberado condicional previstas en su ordenamiento, sin que el país receptor pudiese revocar dicha libertad, cuya decisión quedaría en manos de la autoridad judicial española.

En este sentido, los arts. 101 a 106 del PLOCP regulan la aceptación de la vigilancia en el territorio de un Estado extranjero en varios supuestos, que incluyen la liberación condicional, sobre cuya procedencia no decide el Estado receptor, que tan solo aplicaría medidas de vigilancia o control solicitadas, o si no existiesen en ese ordenamiento, otras medidas sustitutivas, a fijar en vía judicial.

Ello no obsta para que algunos de los Tratados y Convenios bilaterales en materia de traslado incluyan la libertad condicional como fase del cumplimiento de la pena privativa de libertad en la que puede acordarse el traslado, ya que los periodos mínimos de pena por cumplir pueden perfectamente venir referidos a la libertad condicional y no necesariamente al cumplimiento en sistema de encarcelamiento, pudiendo pues entenderse que cabe traslado del liberado condicional. En estos casos, el reo podría no quedar bajo el sistema de ejecución y cumplimiento del Estado receptor, sino que en sentido estricto queda bajo la vigilancia de las autoridades del Estado de cumplimiento, que adoptará las medidas de control decididas y solicitadas por el Estado de condena e informará a éste sobre la manera de llevarse a cabo tales medidas, comunicando en su caso a dicho Estado sentenciador el incumplimiento de las mismas, entendemos que en su caso para la revocación de la propia libertad condicional y del traslado. Así, los arts. 16 del Tratado con El Salvador, VI.6 del Tratado con Brasil, 1.3 del Tratado con Colombia, 11.1 del Tratado con Rusia, 13 c) del Tratado con Egipto, 2 c) del Tratado con Bolivia, 2.3 del Tratado con Perú, 16 del Tratado con Argentina, VII.2 del Tratado con Nicaragua, VII.2 del Tratado con Ecuador, 2 c) del Tratado con México, 2.3 del Tratado con Venezuela, 19 del Tratado con Cuba y I c) y V.1 del Tratado con Tailandia.

En segundo lugar, también presenta diferencias con el traslado, la sustitución por el Tribunal sentenciador, a instancia del Ministerio Fiscal, de la libertad condicional por la medida de expulsión del territorio nacional del penado extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, prevista en el art. 89.1 del CP, y en el art. 197.2 del RP. Téngase en cuenta que este supuesto es a su vez plenamente diferen-

ciable de la sustitución de penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjero no residente legal, por expulsión del territorio nacional (arts. 89.1 del CP y 21.2, párr. 2º de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España).

En tercer lugar, son igualmente diferenciables del traslado las posibles solicitudes de extradición activa o pasiva para la ejecución de condena por sentencia firme dictada en el país requirente, prevista en el Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957 (BOE, 8 de junio de 1982), y sus dos Protocolos adicionales de 1975 y 1978, y en los diversos convenios bilaterales de extradición concluidos por España.

En cuarto lugar, presenta también características diferenciadoras respecto al traslado, la posible transmisión de la ejecución de sentencia penal firme dictada por Juez o Tribunal español o ejecución en España de sentencia extranjera, sin necesario consentimiento del reo, y regulada actualmente en el Convenio Europeo núm. 70 sobre el Valor Internacional de las Sentencias penales, hecho en La Haya el 28 de mayo de 1970 (BOE, 30 de marzo de 1996), prevista también en los arts. 68 y 69 (transmisión de ejecución de sentencias penales) del protocolo de Adhesión de España al Acuerdo relativo a supresión gradual de los controles de las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, de 20 de junio de 1991, ratificado el 30 de julio de 1993 (BOE, 5 de abril de 1994), y en vigor desde el 26 de marzo de 1995.

Tanto el traslado como la transmisión de la ejecución (que también regula el PLOCP), implican en mayor o menor medida la ejecución en España de un título de ejecución jurisdiccional extranjero, encomendada a la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (en adelante, AN) (art. 65.2º LOPJ), o bien una cesión de jurisdicción en materia penal (caso de la transmisión a otro Estado de la ejecución o del traslado desde España a otro país para el cumplimiento de la pena, art. 65.3º LOPJ). Sin embargo, la transferencia para el cumplimiento no implicaría cesión absoluta de la ejecución, que aunque quedaría "en suspenso" es reactivable en varios supuestos, mientras que la cesión de la ejecución o transmisión de la ejecución de la sentencia penal, si implica verdaderamente una suspensión de la ejecución, perdiendo el Estado de condena su competencia salvo en el caso de fuga del condenado.

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA NATURALEZA DE LA INSTITUCIÓN

Partiendo de estas consideraciones, podemos aproximarnos al verdadero alcance de esta institución, así como a algunas de sus principales implicaciones penitenciarias y procesales.

1. Traslado, transmisión del cumplimiento y revocación de la misma.

Con arreglo al art. 8.1 del Convenio de Estrasburgo, el hecho de que el Estado de cumplimiento tome a su cargo al condenado tiene como efecto "*suspender el cumplimiento de la condena en el Estado de condena*".

Sin embargo, esa suspensión en el Estado de la sentencia, no implica, necesariamente, una transferencia en bloque de la ejecución y de cualquier circunstancia penal o sustantiva y procesal que pueda afectarla.

En este sentido, conviene detenerse en algunas incidencias de especial interés.

Así, y con arreglo a lo dispuesto en el art. 9.3 del Convenio de Estrasburgo, el cumplimiento de la condena se regirá por la ley del Estado de cumplimiento, único competente para tomar las "*decisiones convenientes*". En términos muy parecidos, la mayoría de los Tratados y Convenios bilaterales en la materia expresan que el cumplimiento de la condena en el Estado de cumplimiento se ajustará a las leyes de ese Estado, incluso, como dispone el acuerdo con Tailandia (art. V.1), en lo referente a la libertad condicional o cualquier otro modo de reducción de la privación de libertad, o determinación de las modalidades de cumplimiento de la pena (Convenio con Marruecos, art. 13), reducción de periodos de encarcelamiento o cumplimiento alternativo de las condenas (Convenio con Ecuador, art. VII.2; Convenio con Nicaragua, art. VII.2), todo ello con los genéricos límites impuestos tanto en los sistemas de prosecución como en los de conversión de la ejecución.

Por tanto, podemos afirmar, en principio, que con el traslado se transfieren todas las competencias judiciales y administrativas en relación con las incidencias ejecutivas de la privación de libertad, tanto las relativas a los aspectos puramente regimentales o disciplinarios como las que inciden directa o indirectamente sobre los aspectos cuantitativos y cualitativos de la condena (así, permisos penitenciarios, régimen abierto o de semilibertad, libertad condicional, etc.).

Por otra parte, el art. 8.2 del Convenio Europeo se refiere a la imposibilidad de que el Estado de condena haga cumplir la condena cuando el Estado de cumplimiento la entienda como concluida y, por su parte, el art. 14 se refiere a la cesación del cumplimiento cuando el Estado de condena informe de una decisión o medida que tenga como efecto quitar a la condena su carácter ejecutorio.

Pueden pues existir casos en los que el Estado de cumplimiento no pueda entender como concluido el cumplimiento (así, la evasión del penado a un tercer Estado) y

casos también en los que el Estado de condena puede privar de eficacia ejecutiva a la sentencia de condena en virtud de la cual se efectuó el traslado, vinculando con esa decisión al Estado de cumplimiento (así, el indulto total o parcial de la pena, o la rescisión de la sentencia en un recurso extraordinario de revisión).

En tales casos, el efecto será, o bien que el Estado de condena recupere sus potestades ejecutivas plenas para hacer cumplir la pena o medida, o bien que inmediatamente el Estado de cumplimiento dé por extinguido el cumplimiento, bien por indulto (si el indulto es parcial, el Estado de cumplimiento deberá acomodar la liquidación de condena a esa reducción de la condena) o bien por la propia rescisión de la sentencia por los órganos jurisdiccionales del Estado de condena.

Como bien se expresa en el Convenio con Perú, la ejecución de la pena se cumplirá de acuerdo con las normas del régimen penitenciario del Estado receptor (art. 9), pero sólo el Estado trasladante *"mantendrá jurisdicción sobre la sentencia impuesta y cualesquiera otros procedimientos que dispongan la revisión o modificación de las sentencias dictadas por sus Tribunales"* (art. 14).

En esta reserva de jurisdicción podemos pues incluir en primer lugar, la revisión penal (art. 13 del Convenio de Estrasburgo), con las posibles consecuencias que se deriven de este recurso extraordinario para rescindir sentencias firmes, y que pueden ser, por un lado, la sentencia estimativa con anulación de la sentencia firme por inexistencia del delito e inmediata puesta en libertad (art. 954.2º de la LECr.) y, por otro, la anulación de la sentencia y nueva instrucción de la causa (art. 954. 1º, 3º y 4º LECr.), con adopción en ésta si procede de medida cautelar personal de prisión provisional, y que podrá conllevar sentencia absolutoria en el posterior *iudicium rescissorium* (el Convenio con Rusia, menciona expresamente –art. 12– estos diversos supuestos de nulidad de la sentencia y del fin del procedimiento penal en el Estado de sentencia, por un lado, y por otro, de revocación de la sentencia y nueva investigación y enjuiciamiento).

En segundo lugar mencionaremos también, por su posible repercusión sobre la continuación de la ejecución en el país de cumplimiento, las sentencias en amparo dictadas por el Tribunal Constitucional que anulen sentencias de condena.

En tercer lugar, la posible resolución de incidentes de nulidad (art. 240. 2 y 3 LOPJ), con posibilidad incluso de suspensión de la ejecución de la sentencia durante su substanciación, y que podría conllevar la anulación de la sentencia.

Igualmente, y en cuarto lugar, también puede acaecer la necesidad de juzgar al condenado en el país trasladante por hechos anteriores al traslado. Ante el silencio del

Convenio de Estrasburgo sobre este tema, algunos Convenios bilaterales excluyen expresamente la procedencia del traslado en caso de procedimiento pendiente (Colombia, art. 4.6; Rusia, art. 4.1; Tailandia, art. 2.5; Venezuela, art. 3.5). Sin embargo, puede tratarse de procedimientos abiertos tras el traslado o en los que los indicios de responsabilidad aparecen después de efectuado éste. El PLOCP (art. 50.5) habla de sujeción a otras responsabilidades penales pendientes como causa de denegación del traslado, de lo que puede inferirse que si dichas responsabilidades, deben ser enjuiciadas como presuntas con posterioridad al traslado, ello motivaría su revocación, al menos provisional, sin perjuicio de que dictada sentencia y tras la refundición de condenas (arts. 76 CP y 988 LECr.), se vuelva a decretar el traslado si el reo consiente.

En quinto lugar, cabría también la aplicación de indulto total como causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.3º del CP). Salvo en el Convenio Europeo, con algunas reservas (art. 12), y en los Convenios con Cuba, art. 13, México, art. 16, Rusia, art. 11.2, y Bolivia, art. 16, existe reserva de jurisdicción en orden a la concesión de indulto, a favor del Estado de condena; por su parte, el PLOCP prevé la posibilidad de que ambos Estados puedan ejercitar la medida de gracia (art. 55.2).

En sexto lugar, y ante la posible sustracción del penado a la ejecución en el Estado de cumplimiento, por fuga o evasión, sería únicamente el Estado de ejecución el competente para solicitar la extradición, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 del Convenio Europeo de Extradición, que dispone que la sentencia de condena debe haberse pronunciado en el Estado requirente, que en este caso debe ser pues el de condena, que también podría optar por la transmisión de la ejecución (art. 5 del Convenio Europeo de 1970, art. 77,d del PLOCP) y tal como expresamente reconoce el Convenio con Egipto (art. 14.c), que prevé en estos casos la recuperación por el Estado de condena del derecho a ejecutar la parte de la pena pendiente de cumplimiento, aunque el PLOCP (art. 55.3) parece subordinar la petición de extradición por España en estos casos a que no lo haga el Estado de cumplimiento.

Puede pues entenderse que el traslado de personas condenadas es un instituto constitutivo de una incidencia ejecutiva de la sentencia penal condenatoria a pena o medida privativa de libertad.

Como tal incidencia ejecutiva repercute cualitativamente en el modo de ejecutar y cumplir la privación de libertad, ya que influye decisivamente sobre tres aspectos esenciales de la ejecución.

En primer lugar, sobre el lugar de cumplimiento y las posibles repercusiones que la ubicación geográfica del reo tiene sobre diversos aspectos de la pena, tales como el

disfrute de permisos, las posibilidades de reinserción y preparación de la vida en libertad en el ámbito familiar y social propio del reo, etc.

En segundo lugar, sobre el concreto régimen penitenciario a aplicar, que dependerá del previsto en el ordenamiento del Estado de cumplimiento, y que hace referencia al sistema disciplinario, limitaciones de derechos en los centros penitenciarios, etc.

Y, en tercer lugar, el traslado es igualmente determinante en orden a las modalidades de ejecución, grados de clasificación, beneficios penitenciarios, régimen abierto o libertad condicional, permisos y, en general, institutos penitenciarios que cualitativa o cuantitativamente supongan una modificación de la pena durante su ejecución.

Hay que precisar que tanto el Convenio de Estrasburgo como los Convenios bilaterales, a la hora de configurar los presupuestos y requisitos del traslado, dedican escasisima atención a estas importantes repercusiones, centrándose básicamente, como veremos, en requisitos referidos al reo (consentimiento, nacionalidad del Estado de cumplimiento) los hechos enjuiciados (firmeza de la sentencia, “*non bis in idem*”), condena pendiente y ámbito delictivo (posibles delitos excluidos, o doble incriminación) y penológico (penas excluidas, conversión y prosecución, prescripción) en el que resulta aplicable el traslado.

Ningún presupuesto o requisito hace referencia a la comprobación o acreditación sobre la acomodación del sistema penitenciario del Estado de cumplimiento a un posible conjunto de garantías penales, penitenciarias y procesales mínimas, sino que tan sólo se mencionan la prohibición de agravar la situación penal del condenado o la deducción de privación de libertad ya sufrida en el Estado de condena, sin referencia alguna a garantías del régimen penitenciario, salvaguarda de los derechos del interno, derechos del condenado en el establecimiento penitenciario, etc.

Incluso, es más, en las previsiones de algunos Convenios sobre la información al condenado de las consecuencias jurídicas del traslado, no se incluye expresamente la información y toma de conocimiento sobre el sistema penitenciario al que pasaría a someterse.

Tampoco se incluyen estas referencias en las informaciones preceptivas entre los Estados ni en la documentación constitutiva del expediente de traslado, a salvo de algunas informaciones o “*recomendaciones*” no preceptivas, tales como el Convenio con Colombia (arts. 10.2 y 10.3), en relación con la posibilidad de que cada Estado, al adoptar la decisión sobre el traslado, tenga en cuenta, aunque su resolución dene-

gatoria no necesita exponer las causas, las posibilidades de reinserción del condenado, su edad y salud y su situación familiar.

Por su parte, el Convenio con Brasil (arts. V.8 y VI.2), exige al Estado de condena la remisión de cualquier información que “ayude” al Estado de cumplimiento a “determinar” el trato más conveniente para promover la rehabilitación social, además de una exposición detallada del comportamiento del preso en prisión a efectos de determinar si puede gozar de los beneficios previstos en la legislación del Estado receptor. Se exige, además, la entrega al Estado de cumplimiento de un expediente penitenciario que sirva de punto de partida para la prosecución de la pena.

En el mismo sentido, el Convenio con Bolivia (art. 4.4) prevé que, al decidir sobre el traslado, cada parte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes y la probabilidad de que el traslado contribuya a la rehabilitación social, incluyendo la índole y la gravedad del delito, antecedentes, condiciones de salud, edad, vínculos con el territorio y relación de otros motivos de vida social del Estado de cumplimiento, todo ello como documentación a acompañar por el Estado receptor o de cumplimiento.

En parecidos términos, los Convenios con Argentina (art. 3.3), Nicaragua (art. V.5), Panamá (art. 3.2), Paraguay (art. 3.3), México (art. 4.4), Venezuela (art. 7.2,c) y Cuba (art. 4.4).

Estas informaciones o recomendaciones tienen pues el carácter de facultativas y, en todo caso, no vinculan al Estado de cumplimiento para la toma de decisiones sobre el cumplimiento ni al Estado de condena para acceder al traslado, al modo en el que puede vincular otros requisitos o presupuestos objetivos del traslado o transferencia.

Por tanto, hay sin más una remisión en bloque a la legislación del Estado de cumplimiento, sin que el Estado de cumplimiento se entienda vinculado por la situación penitenciaria previa y sin que el Estado de condena exija unas mínimas condiciones penitenciarias o una adecuación a un conjunto de garantías penitenciarias mínimas.

2. Intervención judicial.

Por otra parte, la decisión sobre el traslado, sobre su operatividad y procedencia, es esencialmente una decisión “política”, de carácter administrativo.

Así, el traslado desde España tiene una tramitación esencialmente gubernativa, con dos únicas posibles intervenciones jurisdiccionales, como son el informe del Tribu-

nal sentenciador sobre la oportunidad del traslado, que no está previsto actualmente, aunque sí en el PLOCP (arts. 49 y ss.), que no tiene en principio carácter vinculante para el Ministerio de Justicia, ni tampoco un contenido tasado en la ley ni tampoco en el Proyecto de LO de Cooperación y, por otro lado, la prestación del consentimiento del condenado, que podría hacerse también ante autoridad judicial (Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o Tribunal sentenciador).

Independientemente de que en el Estado receptor pueda existir un control judicial o incidente para acordar el traslado o para adaptar la pena o convertirla (posibilidad prevista en el Convenio de Estrasburgo), en España, como Estado de condena, no se prevé fase judicial en sentido estricto, desconociéndose que el traslado implica una cesión de jurisdicción en materia penal derivada del cumplimiento de Tratados internacionales que implica una de las atribuciones de la AN (art. 65.3º LOPJ), ya que se trata de "ceder" al Estado de cumplimiento todo un conjunto de potestades administrativas y judiciales (al menos en España) sobre la ejecución y el cumplimiento de la pena y en todo caso parte de la potestad jurisdiccional de "hacer ejecutar lo juzgado" (art. 117.3 de la CE), además de controlar y fiscalizar el cumplimiento de los presupuestos y requisitos a cumplir en lo afectante al Estado de condena (doble incriminación, firmeza de la sentencia, comprobación de la inexistencia de sentencia por los mismos hechos en Estado de cumplimiento, duración de condena pendiente y deducciones que procedería realizar, posible exclusión por razón del delito, nacionalidad del reo, consentimiento del mismo, inexistencia de procesos pendientes en el Estado de condena o cumplimiento previo de otras responsabilidades penales y de la responsabilidad civil o comprobación de la situación de insolvencia).

Entendemos, pues, que el traslado desde España implica un acto de soberanía que debería revestir carácter mixto, con una última decisión atribuida al Gobierno, pero previa resolución del órgano jurisdiccional competente que sería la AN.

En relación con el traslado a España como país de cumplimiento, la fase judicial está prevista en el art. 65.2º LOPJ, al atribuir a la AN los procedimientos iniciados en el extranjero de cumplimiento de penas de prisión impuestas por Tribunales extranjeros, cuando con arreglo a Tratados internacionales le corresponda a España el cumplimiento de la pena o medida de seguridad privativa de libertad. Ello entendiendo que a la AN le compete no sólo la prisión sino también el resto de penas privativas de libertad y la medida de seguridad privativa de libertad, incluyendo esta atribución la aceptación o no del traslado y la adaptación, en su caso, de la pena a cumplir. En este sentido, los arts. 57 y siguientes del PLOC.

BIBLIOGRAFÍA

- BARTSCH: "L'esecuzione della pena nello stato d'origine", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, números 2-3, Enero-diciembre, 1983, pág. 531.
- BUENO ARUS, F.: "Notas sobre los más recientes Tratados de extradición suscritos por España", AA.VV., *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pág. 141.
- Ídem: "Una nota sobre el Convenio europeo relativo a la transferencia de personas condenadas", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1347, 1984, págs. 6 y ss.
- GONZÁLEZ CANO, M. I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, 1994, págs. 55 a 62.
- JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires, 1950, págs. 879 y ss.
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L.: "El Convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas", AA.VV., *Comentarios a la legislación penal*, tomo VIII, Edersa, 1988, págs. 754 y ss.
- MAPELLI CAFFARENA, B.; GONZÁLEZ CANO, M. I.; FERNÁNDEZ ARÉVALO, L.: *Legislación penitenciaria* (edición preparada por), McGraw Hill, 1999.
- MORENO CATENA, V.: "La ejecución penal", AA.VV., *Derecho procesal Penal*, Colex, 1996, págs. 882 y 883.
- RADBRUCH: *Rechtphilosophie*, 3ª edición, Leipzig, 1932, pág. 15.