

LA CRECIENTE IRRELEVANCIA DE LA REINSERCIÓN SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA, UNA CONSECUENCIA NO BUSCADA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL EN EL ÁMBITO PENAL¹

The growing irrelevance of social (re)integration within the EU: an unintended consequence of the judicial cooperation in criminal matters

MARIBEL GONZÁLEZ PASCUAL

Universitat Pompeu Fabra
maribel.pascual@upf.edu

Cómo citar/Citation

González Pascual, M. (2020).

La creciente irrelevancia de la reinserción social en la Unión Europea, una consecuencia no buscada de la cooperación judicial en el ámbito penal.

Revista Española de Derecho Constitucional, 118, 167-189.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.118.06>

Resumen

Una concepción de la justicia derivada de los derechos humanos llevaría a situar la reinserción social en el centro de la cooperación judicial en la UE y, con ello, a destacar la importancia del derecho a la vida familiar. De este modo, el art. 7 de la Carta permitiría interpretar el alcance de los mecanismos de reconocimiento mutuo en cooperación judicial penal en la UE a la luz de la reinserción social. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la UE ha primado el poder de los Estados para concretar el equilibrio entre seguridad pública y libertad con base en dos elementos tan tradicionales como la nacionalidad del que comete el delito y el territorio en el que lo comete.

¹ Comunicación seleccionada por la Junta Directiva de la Asociación de Constitucionalistas de España en su XVII Congreso, celebrado en Santiago de Compostela en abril de 2019.

Se combina, por tanto, una definición nacional de la seguridad con una protección supranacional de los derechos en la que la reinserción social puede acabar siendo irrelevante.

Palabras clave

Reinserción social; derecho penal europeo; cooperación judicial penal; vida privada y familiar; nacionalidad; territorio.

Abstract

An idea of justice derived from human rights would lead to placing social reintegration at the centre of judicial cooperation in the EU and, thus, to highlight the importance of the right to family life. Therefore, the art. 7 of the Charter would allow interpreting the scope of the EU mechanisms of mutual recognition in judicial cooperation in criminal matters in line with the social reintegration. However, Member States have been empowered by the Court of Justice of the EU to determine the scope of public security even when the right to family life is at stake. This case law has relied on both the nationality of the person who commits the crime and also in the territory in which it is committed. In fact, social reintegration might end up being irrelevant by the interplay between a domestic criminal law and a supranational protection of rights.

Keywords

Social (re)integration; European Criminal Law; Judicial Cooperation in criminal matters; private and family life; nationality; territory.

SUMARIO

I. LA CARTA COMO EJE DE UN DERECHO PENAL EUROPEO. II. LA PERSISTENCIA DE LA NACIONALIDAD Y EL TERRITORIO COMO ELEMENTOS DETERMINANTES DEL ESTATUTO DEL CIUDADANO DE LA UE EN EL DERECHO PENAL: 1. Reinserción social y discreción estatal; la nacionalidad como criterio. 2. Seguridad pública y territorio en materia penal. III. REINSERCIÓN SOCIAL Y DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: ¿UNA RELACIÓN IMPOSIBLE EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UE? BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CARTA COMO EJE DE UN DERECHO PENAL EUROPEO

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 cobró fuerza la idea de que la seguridad pública debía ser abordada de manera clara en el plano transnacional. En esta línea, el 13 de junio de 2002 se aprobó la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (decisión marco sobre la ODE). Mecanismo que sigue siendo la pieza central de la cooperación judicial en materia penal en la UE.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, sigue sin haber una estrategia penal europea coherente y articulada. Aún más, con relativa frecuencia se han aprobado normas con contenido penal para responder rápidamente a problemas concretos, e incluso eventuales, de elevado impacto social². Este hecho ha empobrecido la técnica legislativa y ha dificultado aún más la posibilidad de que se fuera conformando un derecho penal europeo mínimamente uniforme³. De hecho, no hay un derecho penal europeo en sentido estricto, sino una amalgama inconexa de normas y sentencias de influencia creciente en los ordenamientos nacionales.

² En muchos casos la decisión de perseguir determinados delitos en el plano europeo no ha obedecido a una reflexión sobre los delitos más graves o con elementos transnacionales, sino que ha respondido a coyunturas políticas. Sirva como ejemplo que la regulación del delito de abuso de menores fue consecuencia del caso *Dutroux* (Lavenex, 2007: 770).

³ El propio Parlamento Europeo ha reconocido la falta de coherencia de la actividad legislativa en materia penal de la Unión: Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de mayo de 2012, sobre un enfoque de la UE acerca del Derecho penal, punto N (20137/C 264 E/02).

En este marco el Tratado de Lisboa supuso un punto de inflexión no solo por la abolición del tercer pilar, sino también por el impulso definitivo que dio a los derechos fundamentales. Evidentemente, el principal avance en materia de derechos es el rol definitivo que adquirió la Carta en la protección de los derechos con la aprobación del Tratado de Lisboa, pero también han sido cruciales tanto el fin del período transitorio para elevar cuestiones prejudiciales relativas al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) como el procedimiento prejudicial de urgencia en los casos en que una persona esté privada de libertad. Este auge de los derechos no solo debe comportar un incremento de las garantías en los procesos penales, mediante la aprobación de normas de derecho secundario al respecto⁴, sino que debe inspirar la concepción misma del derecho penal en la UE. En otras palabras, en la actualidad la interpretación del derecho de la UE debe hacerse desde la perspectiva que ofrecen los derechos y no limitarse a los objetivos tradicionales de la UE (Williams, 2010: 664).

En este sentido, la normativa penal de la UE ha tenido tradicionalmente dos objetivos: proteger las instituciones europeas y las políticas y principios clave de la UE⁵ y prevenir la delincuencia transnacional⁶. A estos

⁴ Indudablemente un punto central para los derechos fundamentales en materia penal son los derechos procesales de las personas implicadas en procesos penales. Por ello la UE ha aprobado hasta el momento seis directivas al respecto: la Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales; la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales; la Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad; la Directiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio; la Directiva (UE) 2016/800 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, y la Directiva (UE) 2016/1919 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativa a la asistencia jurídica gratuita a los sospechosos y acusados en los procesos penales y a las personas buscadas en virtud de un procedimiento de orden europea de detención.

⁵ Este objetivo explica las normas de la UE dirigidas a perseguir delitos que puedan impactar en las finanzas europeas, en la política monetaria europea o en las libertades fundamentales.

⁶ A este segundo objetivo pertenecen tanto las normas que crean un marco de cooperación policial y judicial que permite perseguir el delito más allá de las fronteras de

dos fines debe añadirse un tercero: garantizar los derechos y libertades (Sieber, 2009: 9). Este objetivo no puede simplemente reconducirse a la constatación de que sin seguridad no hay libertad, extremo que el propio art. 6 de la Carta confirma. Es preciso que se entienda en un sentido amplio, de tal manera que los derechos sean una fuerza necesariamente inspiradora de la normativa europea que impulse cambios trascendentales en la concepción del derecho penal al determinar el equilibrio entre los diferentes objetivos que persigue este.

Esta concepción de la posición de los derechos fundamentales en la UE debería ser el marco de enjuiciamiento de todos y cada uno de los elementos que conforman las normas penales europeas y la europeización de los sistemas penales nacionales. Esta visión del derecho penal en Europa debe alcanzar también a la función que la pena debe cumplir, ya que esta es un factor definitorio de un sistema penal. De hecho, se ha llegado a defender que, en aquellos supuestos en los que la norma de la UE impacta en el sistema penal, el ordenamiento de la Unión debería determinar qué objetivo debe prevalecer, la prevención general, la prevención especial, la retribución o la reinserción social (Mancano, 2018: 208).

A la luz de las competencias de la UE en materia penal esta exigencia puede parecer excesiva pero sí cabría esperar que la norma de la UE no dificultara el objetivo que persiga el ordenamiento nacional. En otros términos, la injerencia del instrumento de reconocimiento mutuo en la cooperación judicial penal no debería modificar el equilibrio entre los distintos fines de la pena que establecen los ordenamientos nacionales.

Sin embargo, para alcanzar este objetivo habría que tener en cuenta la aplicación transnacional de la norma penal, incluidas las relativas a la ejecución de la pena, y llevar a cabo las modulaciones precisas en dicha aplicación. Ello podría, sin duda, conllevar ampliar el espacio de decisión de la UE. Ahora bien, esta propuesta choca con las enormes resistencias de los Estados a cualquier injerencia en sus sistemas penales más allá de las estrictamente necesarias para una persecución efectiva del delito. Los tratados dan cuenta de estas, conservando el ELSJ rasgos de una no completa «comunitarización» (González Pascual, 2013: 165-170), manteniendo elementos intergubernamentales en el diseño institucional y apostando por el reconocimiento mutuo frente a la armonización, hecho que condiciona sin duda la capacidad de actuación de la UE. No en vano, los límites del derecho penal se han decidido y negociado tradicionalmente en foros estrictamente nacionales y tienen un

cada Estado miembro como las que persiguen delitos considerados de naturaleza transnacional, como el tráfico de estupefacientes o la delincuencia organizada.

vínculo simbólico con la fundación de la propia identidad nacional (Walker, 2006: 18).

No obstante, desde la perspectiva del rol del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), debe recordarse que los derechos son la justificación central de las decisiones de los tribunales internacionales que impactan en los sistemas penales naciones (Fichera, 2013: 184). La conexión íntima entre el derecho penal y los derechos fundamentales ha de contrarrestar el argumento de la soberanía en materia penal⁷ y dar impulso a una jurisprudencia de derechos que guíe la normativa penal en Europa.

Esta introducción de los derechos como fuerza vertebradora de los sistemas penales implica que la reinserción social sea un objetivo irrenunciable, al menos en lo que se refiere a la vida familiar de los condenados. En definitiva, el art. 7 de la Carta, que reconoce el derecho a la vida privada y familiar, habría de garantizar que la ejecución de la pena permita que se mantengan los vínculos personales y afectivos del condenado en el mayor grado posible⁸. Este mantenimiento de lazos afectivos redundaría, a su vez, en la reinserción social de las personas condenadas a prisión, objetivo al que un sistema penal cuyo motor sean los derechos no puede renunciar. El art. 7 de la Carta, por tanto, coadyuvaría a alcanzar la reinserción penal en todos los casos en los que el derecho de la UE es de aplicación. En este sentido, en diversas normas de la UE⁹ y sentencias del TJUE¹⁰ se menciona expresamente

⁷ La vinculación entre la ley penal y la soberanía ha sido expresamente verbalizada por los Abogados Generales: «El derecho a sancionar constituye uno de los atributos esenciales del Estado y [...] el derecho penal, [...] se sitúa en el centro de la soberanía nacional» (conclusiones del abogado general Bot, asunto *Ognyanov*, C-554/14 ECLI:EU:C:2016:835, ap. 121).

⁸ Conclusiones del abogado general Cruz Villalón, asunto *IB*, C-306/09, ECLI:EU:C:2010:404, ap. 43.

⁹ Considerando noveno y art. tercero de la 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 alternativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea (Decisión marco sobre transferencia de prisioneros), y considerando 3 y art. 1 de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

¹⁰ Entre otras, las sentencias dictadas en los asuntos C-123/08, *Wolzenburg*, EU:C:2009:616, ap. 62; C-306/09, *IB*, EU:C:2010:626, ap. 52; C-42/11, *Da Silva*, EU:C:2012:517, ap. 32, y C-579/15, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2017:503, ap. 21.

la necesidad de aumentar las posibilidades de reinserción social de las personas incurso en procesos penales.

Sin embargo, la posibilidad de configurar un derecho penal europeo apegado a los derechos fundamentales sufre la presión de los Estados miembros, que defienden su potestad para decidir cuál debe ser en cada caso el equilibrio entre libertad y seguridad dentro de sus fronteras. En definitiva, frente a la idea de un cuerpo común de derechos integrador y efectivo en materia penal, se defiende que la decisión sobre qué acción constituye un delito, su gravedad y la respuesta concreta que se ha de dar depende de la idiosincrasia de cada comunidad. Esto lleva a un equilibrio inestable, y en ocasiones imposible, entre un corpus de derechos europeo en expansión y una configuración estatal del orden público y la seguridad pública y, con ellos, del derecho penal que busca preservarlos.

II. LA PERSISTENCIA DE LA NACIONALIDAD Y TERRITORIO COMO ELEMENTOS DETERMINANTES DEL ESTATUTO DEL CIUDADANO DE LA UE EN EL DERECHO PENAL

Los individuos formamos parte de múltiples comunidades simultáneamente, siendo la familiar la que posee mayor capacidad de socialización porque sus miembros no solo están unidos por lazos afectivos difíciles de sustituir, sino por experiencias compartidas que crean una unión íntima necesaria para el desarrollo de la personalidad. Por ello, la preservación de los vínculos de los presos con sus familiares es un elemento clave de su reintegración en la sociedad¹¹, ya que la familia es fundamental para el sentimiento de pertenencia a una comunidad. En este sentido, los textos internacionales hacen hincapié en esta relación entre familia y reinserción y requieren a los Estados que mantengan este vínculo eliminando los obstáculos que puedan surgir¹².

¹¹ Evidentemente, la reinserción social no se agota en la conservación de los lazos familiares, algo de lo que la UE es plenamente consciente, como puso de manifiesto la aprobación de la Decisión marco 2008/947/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

¹² Al respecto, ver las reglas 88 y 106 de la resolución aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 17 de diciembre de 2015: Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela) A/RES/40/175.

De esta manera podría considerarse que la reinserción social deriva de la Carta, porque exige que se preserven los lazos familiares y personales de los presos en todas aquellas situaciones regidas por el derecho de la UE. Esta comprensión del art. 7 de la Carta tiene una potencial vis expansiva sobre el conjunto del derecho penal innegable que responde al valor que los tratados confieren a los derechos fundamentales.

El impacto de esta concepción sobre las decisiones marco relativa a la orden de detención europea y al traslado de prisioneros es evidente porque ambas suponen un reto para la conservación de los lazos familiares que precisa la reinserción social en la medida en que permiten que una persona sea trasladada a otro Estado miembro para cumplir una condena y ese traslado puede dificultar, o incluso impedir, que se mantenga el contacto con sus familiares¹³. Por ello deberían interpretarse a la luz del art. 7 de la Carta atemperando los efectos que los instrumentos de reconocimiento mutuo puedan tener en la vida familiar de los condenados a prisión y, por ende, en su reinserción social. Sin embargo, este énfasis en la reinserción social choca con el enorme margen de actuación que el TJUE concede a los Estados miembros en materia penal. Esta capacidad de los Estados miembros en el ámbito de lo penal se proyecta en su capacidad para modular el alcance de la reinserción social en función de la nacionalidad del condenado, y en la territorialidad de la ley penal.

1. REINSERCIÓN SOCIAL Y DISCRECIONALIDAD ESTATAL; LA NACIONALIDAD COMO CRITERIO

Las decisiones marco sobre la ODE y sobre transferencia de prisioneros permiten que se tenga en cuenta el derecho a la vida privada y familiar al arbitrar fórmulas para que la persona condenada por un delito no cumpla la condena en un Estado en el que carece de lazos afectivos. Sin embargo, ambas decisiones marco modulan este derecho con base en la nacionalidad del individuo. En este sentido, la decisión marco sobre transferencia de prisioneros permite la transferencia automática de personas condenadas al Estado de su nacionalidad que vivan en el mismo sin su consentimiento (art. 6.2. a)¹⁴. Se

¹³ En el caso del traslado de una persona que debe afrontar un juicio penal rige la presunción de inocencia. Debe protegerse su derecho a la vida privada y familiar pero los fines de la pena no juegan papel alguno.

¹⁴ Art. 6.2.a de la decisión marco sobre transferencia de prisioneros: «No será necesario el consentimiento del condenado cuando la sentencia junto con el certificado se transmitan al Estado miembro de nacionalidad en que viva el condenado».

asume, por tanto, un vínculo entre el Estado y los nacionales hasta el punto de no precisar del consentimiento de la persona afectada por el traslado.

En cuanto a la decisión marco sobre la ODE, permite que no se deniegue la orden de detención europea dictada contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él siempre que dicho Estado se comprometa a ejecutar la pena (art. 4.6)¹⁵. Por tanto, la nacionalidad también juega un papel respecto de la ODE, hecho no exento de controversia

En este sentido, el TJUE ha tenido que concretar el alcance del art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE en cuatro conocidas sentencia: los casos *Kozłowski*, *Wolzenburg*, *IB* y *Lopes Da Silva*¹⁶. En los cuatro casos la polémica traía causa del intento de diversos Estados miembros de utilizar el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE para impedir la entrega de sus ciudadanos a otros países¹⁷. Así, en varias leyes nacionales solo se permitía que sus ciudadanos fueran entregados bajo condición de volver para cumplir condena y, además, limitaron el alcance de esta condición o negaron su aplicación cuando la persona reclamada por otro Estado era un extranjero.

Los abogados generales criticaron duramente las leyes nacionales en estos casos. A su juicio, la decisión marco sobre la ODE no confiere un trato privilegiado a los nacionales. Aún más, el destinatario del precepto no sería el legislador sino el juez nacional que decide el caso concreto¹⁸. En este sentido, dicho juez debe tomar en consideración los vínculos sociales y familiares de la persona requerida con el Estado, independientemente de su nacionalidad. De

¹⁵ Art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE: «La autoridad judicial de ejecución podrá denegar la ejecución de la orden de detención europea: cuando la orden de detención europea se haya dictado a efectos de ejecución de una pena o de una medida de seguridad privativas de libertad contra una persona buscada que sea nacional o residente del Estado miembro de ejecución o habite en él y éste se comprometa a ejecutar él mismo dicha pena o medida de seguridad de conformidad con su Derecho interno».

¹⁶ C-66/08, *Kozłowski*, EU:C:2008:437; C-123/08, *Wolzenburg*, EU:C:2009:616; C-306/09, *IB*, EU:C:2010:626; C-42/11, *Da Silva*, EU:C:2012:517. Mientras la aplicación del art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE ha sido cuestionada en diversas ocasiones ante el TJUE, la aplicación del art. 6.2.a de la decisión marco de transferencia de prisioneros ha sido mucho más pacífica. Paradójicamente, la doctrina es particularmente crítica con el segundo (Mitsilegas, 2012: 329).

¹⁷ Sobre la regulación de la nacionalidad como obstáculo o condición a la ejecución de una ODE, véase el exhaustivo trabajo de Deen-Racsmany y Blekxtonn (2005).

¹⁸ Conclusiones del abogado general Bot, C-66/08 *Kozłowski*, ECLI:EU:C:2008:253, apartado 47.

este modo, se respetaría el derecho a la vida familiar reconocido en el art. 7 de la Carta, y la reinserción social como finalidad del derecho penal¹⁹.

Frente a esta posición el TJUE priorizó criterios que le permitieran proteger el derecho a la vida familiar de las personas inmersas en procedimientos de detención y entrega en los casos concretos que se sometían a su criterio, evitando mencionar la Carta.

En este sentido, el TJUE ha afirmado que los términos «residente» y «habita» contenidos en el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE son conceptos autónomos del derecho de la UE. De este modo, a los efectos de la ODE, una persona es residente en un Estado miembro si tiene su residencia permanente en este en los términos previstos en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y con el derecho a la vida familiar (directiva de la ciudadanía de la UE)²⁰.

Asimismo, una persona «habita» en un Estado miembro si, a raíz de una permanencia estable de cierta duración en este, ha creado vínculos con ese Estado que tengan una fuerza similar a los resultantes de una «residencia». Dichos vínculos deben ser valorados por el tribunal ordinario que ha de tomar en consideración, «en particular, la duración, la naturaleza y las condiciones de permanencia de la persona reclamada, así como los lazos familiares y económicos que mantenga esa persona con el Estado miembro de ejecución»²¹. Esta afirmación engarza claramente con la jurisprudencia europea relativa al derecho a la vida familiar como límite a la expulsión de extranjeros (López Guerra, 2018: 16-18), sin embargo el TJUE no ha hecho mención expresa de dicho derecho. Aún más, ni siquiera tras la entrada en vigor de la Carta, y en contra de la opinión del abogado general, ha considerado pertinente vincular el art. 4.2 de la decisión marco sobre la ODE al art. 7 de la Carta²².

Además, el TJUE no ha aceptado que los Estados miembros establezcan una diferenciación entre ciudadanos de la UE, exigiendo que la opción de supeditar la entrega de la persona reclamada sea extensible a los ciudadanos de otros Estados miembros, en aplicación del art. 18 TFUE²³. En consecuencia, el TJUE ha permitido a los Estados miembros proteger a sus propios

¹⁹ Conclusiones abogado general Cruz Villalón, C-306/09, *IB*, apartado 43.

²⁰ STJUE *Wolzenburg*, apartado 52.

²¹ STJUE *Kozłowski*, apartado 54.

²² Conclusiones del abogado general Cruz Villalón, *IB*, apartado 44.

²³ STJUE *Lopes da Silva*, apartado 40.

nacionales pero ha establecido una cierta protección para los derechos de los ciudadanos de otros Estados miembros.

Es muy probable que el TJUE haya tenido muy presente la resistencia de los Estados miembros frente a la extradición de sus propios nacionales y prefiera apoyarse en asentadas y largas líneas jurisprudenciales como las relativas al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad o a los conceptos autónomos, antes que decidir con base en el derecho a la vida familiar. En definitiva, los derechos fundamentales hacen referencia a cuestiones particularmente relevantes y controvertidas para las sociedades, como el orden público, las convicciones éticas o religiosas o, incluso, la distribución de recursos. Ello implica que apoyarse en estos no otorga, necesariamente, una mayor legitimidad al TJUE frente a los Estados miembros, pudiendo incluso producirse el efecto contrario.

En este sentido, no debemos olvidar que diversas leyes nacionales de transposición de la ODE fueron recurridas ante diversos tribunales constitucionales precisamente porque permitían la entrega de los propios nacionales, algo que en principio chocaba con sus constituciones (Pollicino, 2008: 1326-1338). El TJUE pudo estimar más sensato moderar el alcance de su jurisprudencia para evitar el choque con los tribunales constitucionales. No en vano, la primera sentencia del TJUE sobre el art. 4.6 de la decisión marco, el caso *Kozłowski*, traía causa de la ley alemana de transposición de la ODE aprobada tras una sentencia del Tribunal Federal Constitucional, en la que se exigía al legislador alemán una mayor protección sus nacionales²⁴.

Ahora bien, aunque esta prudencia sea comprensible, es problemática por tres motivos. En primer lugar, la protección se limita a los ciudadanos de la UE, de forma que quedan sin protección los ciudadanos de terceros Estados. En segundo lugar, el principio de no discriminación no protege *per se* el derecho a la vida familiar; de hecho, si un Estado decide no condicionar tampoco la entrega de sus propios nacionales, no hay discriminación por nacionalidad, pero puede haber violación del derecho a la vida familiar²⁵. Y, en tercer lugar, la interpretación de los abogados generales sitúa a los derechos fundamentales en el corazón de la ciudadanía europea, mientras que los Estados quieren que ese centro sea la nacionalidad, lectura que el TJUE indirectamente acepta relegando el art. 7 de la Carta y, con él, la reinserción social como objetivo necesario de las normas europeas con consecuencias penales.

²⁴ Sentencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán de 18 de julio de 2005.

²⁵ Este es el caso de ley de extradición británica, que permite también la entrega de los ciudadanos británicos independientemente de donde acaben cumpliendo la condena.

El TJUE transita este camino de manera consciente porque sabe que un uso adecuado del art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE aumenta las posibilidades de resocialización de los presos. De hecho, si un Estado miembro hace uso de la opción que le confiere el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE y condiciona la entrega de una persona, el TJUE exige que este condicionamiento sea acorde a la resocialización de la persona condenada. Así, cuando se transpone el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE al derecho interno se ha de permitir a la autoridad nacional que conceda «particular importancia a la posibilidad de aumentar las oportunidades de reinserción social de la persona reclamada»²⁶. Muestra, así, el TJUE que sabe cuáles son las consecuencias de su jurisprudencia sobre el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE, pero considera necesario dejar en manos de los Estados miembros la decisión sobre el alcance de la resocialización. Por tanto, los Estados pueden decidir libremente si la aplicación de la decisión marco sobre la ODE puede afectar negativamente la reinserción social de los individuos, ya que son libres de no transponer el precepto destinado a evitarlo.

De este modo no se erige la reinserción social, con base en el derecho a la vida privada y familiar, en un valor protegido por la Carta, sino en uno de los posibles fines de la pena que corresponde concretar a los Estados. La reinserción social se subsume, por tanto, en la seguridad pública y no en el derecho a la vida privada y familiar, no se ponderan los derechos del individuo sino los fines de la pena en los términos que establezca cada sistema penal nacional. La protección, por tanto, de la reinserción social del ciudadano de la UE queda reducida al mínimo, tanto porque queda al albur de la decisión de cada Estado miembro como por el recurso a la protección más básica y tradicional que ofrecen los tratados, la no discriminación entre ciudadanos de la UE.

Ahora bien, esta no discriminación por razón de la nacionalidad también despliega sus efectos frente a una extradición a un tercer Estado, siendo que los Estados que limitan la extradición de sus nacionales deben ofrecer la misma protección a los ciudadanos de otros Estados miembros²⁷. Jurisprudencia protectora que ha llevado a afirmar que la ciudadanía de la UE se ha convertido en un estatuto jurídico altamente protector al erigirse en escudo frente al poder penal de los Estados, convirtiéndose la reinserción de la pena en una regla inherente a dicho estatuto²⁸.

²⁶ STJUE *Poplawski*, apartado 21.

²⁷ STJUE C-182/15, *Petrubhin*, ECLI:EU:C:2016:630, apartado 31; C-247/17, *Raugevicius*, ECLI:EU:C:2018:898, apartado 44.

²⁸ Conclusiones del abogado general Bot, C-247/17, *Raugevicius*, ECLI:EU:C:2018:616, apartado 72.

Sin embargo, esta interpretación tan optimista de la relación entre la ciudadanía de la UE y el derecho penal la desmiente tanto la jurisprudencia sobre el art. 4.6 de la ODE, ya comentada, como la interpretación actual del art. 28.3 de la directiva sobre la ciudadanía de la UE²⁹. De hecho, el TJUE ha llevado a cabo una interpretación cada vez más generosa de las potestades que este precepto confiere a los Estados miembros. Precepto cuyo objetivo es proteger a los ciudadanos de la UE frente a su expulsión en casos de comisión de delitos graves.

Así, en una primera jurisprudencia, el TJUE exigía una valoración individualizada del caso concreto y una lectura muy restrictiva del precepto antes de permitir la expulsión de un ciudadano de la UE con unos lazos evidentes con el Estado miembro que quería decretar su expulsión³⁰. Sin embargo, la naturaleza del delito ha ido ganando terreno en la jurisprudencia pasando las consideraciones sobre la vida privada y familiar del ciudadano de la UE a un segundo plano³¹.

Esta expulsión, permitida por el TJUE incluso en casos de notable integración de un ciudadano en otro Estado miembro distinto del de su nacionalidad, pone de relieve la conexión entre nacionalidad y territorio en el derecho penal en la UE. La gravedad del delito cometido se convierte en criterio suficiente para decretar la expulsión de los no nacionales, sin que sea necesario analizar la proporcionalidad de una medida que impacta en derechos fundamentales (Fichera, 2018: 87). En definitiva, se amplía de manera definitiva la capacidad de los Estados miembros a la hora de expulsar a los ciudadanos de la UE que no sean nacionales por motivos penales (Mitsilegas, 2009: 231).

El territorio, por tanto, tiene un significado diferente según la nacionalidad que se posea (Azoulai y Coutts, 2013), lectura que se proyecta también sobre la cooperación judicial penal. En este sentido, al ser la nacionalidad un criterio determinante del estatuto del ciudadano de la UE frente al derecho penal, su protección frente a los mecanismos de cooperación judicial puede depender de la que se ofrezca a los nacionales del país en que se encuentre.

²⁹ Art. 28.3 de la directiva sobre la ciudadanía de la UE: «No se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros».

³⁰ STJUE C-149/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:708.

³¹ Así, el TJUE consideró que la expulsión de un ciudadano de la UE que llevaba viviendo veinticinco años en un Estado miembro del que no era nacional era compatible con la directiva sobre la ciudadanía de la UE por la gravedad del delito cometido (explotación sexual de un menor) (STJUE 348/09, *PI*, ECLI:EU:C:2012:300).

Evidentemente, acercar la protección de los ciudadanos de la UE a los nacionales frente a la entrega o expulsión por motivos penales supone un paso adelante frente al vínculo tradicional entre nacionalidad y potestad punitiva. En definitiva, se obliga a los Estados miembros a conferir a los ciudadanos de otros Estados miembros la misma posición que a los propios frente a una entrega o a una extradición en múltiples casos. Esta exigencia supone una protección añadida que deriva de la ciudadanía de la UE (Coutts, 2019: 82). Sin embargo, al mismo tiempo, se les da a los Estados miembros la opción de tener o no en cuenta la vida familiar de ciudadanos de otros Estados a la hora de decidir su entrega, extradición o, incluso, expulsión. Como consecuencia, la ciudadanía de la UE implica un plus de protección pero no se nutre del potencial de la Carta. La reinserción social, y por ende el art. 7 de la Carta, lejos de jugar el papel que le corresponde, corre el riesgo de ser irrelevante.

2. SEGURIDAD PÚBLICA Y TERRITORIO NACIONAL EN MATERIA PENAL

El territorio de los Estados miembros sigue siendo el referente del concepto de orden público y seguridad pública en la UE. De hecho, existe una vinculación directa entre el espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores que la UE debe garantizar (art. 3 TUE) y la amplia competencia de los Estados para preservar la seguridad pública de acuerdo con su propia escala de valores³². Así, por lo que respecta a la cooperación penal, en los supuestos en que se pide la entrega de una persona condenada o el traslado de una persona en prisión, el vínculo entre seguridad pública y territorio se reconduce a la territorialidad de la ley penal. Territorialidad que se proyecta sobre la potestad de decidir cómo se ha de ejecutar la pena y, por tanto, sobre el potencial alcance de la reinserción social. De hecho, en los casos más extremos puede conllevar que el criterio determinante de la decisión acerca del traslado de la persona reclamada sea la territorialidad de la ley penal.

En este sentido, es preciso comentar, siquiera brevemente, el asunto *Sut*, en el que el TJUE enjuicia la territorialidad de la ley penal rumana frente al intento del Estado belga de priorizar la reinserción social del señor Sut.

El señor Sut, de nacionalidad rumana, fue condenado en 2011 a pena privativa de libertad de año y dos meses en Rumanía por conducir sin matrícula y permiso de conducir válidos, y haber causado un accidente. En 2015 se trasladó a Bélgica con su esposa, país en el que tiene sus vínculos familiares y

³² Conclusiones del abogado general Bot, C-145/09, *Tsakouridis*, ECLI:EU:C:2010:322, apartados 60-62.

económicos cuando se ordena la ejecución de una ODE por los hechos acontecidos en 2011. Dado que la ley belga hizo uso de la opción de condicionamiento de la entrega que permite el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE, el señor Sut pide cumplir condena en este país. Ahora bien, los hechos por los que fue condenado en Rumanía no son sancionados con una pena privativa de libertad en Bélgica, sino con una multa. Por este motivo, el Tribunal de Apelación de Lieja pregunta si puede decidir que el señor Sut cumpla condena en Bélgica, siendo que no podrá garantizar que se cumpla la condena impuesta por la justicia rumana en los términos establecidos por esta última.

El TJUE afirma que el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE busca garantizar la reinserción social de las personas condenadas en la UE, pero establece dos condiciones: que resida, habite o sea nacional de un Estado miembro y que se garantice la ejecución de la pena. Precisamente, este segundo requisito no se cumpliría en este caso, hecho que lleva al TJUE a afirmar que, «por muy importante que sea», la reinserción social no carece de límites, entre ellos, evitar «cualquier riesgo de impunidad»³³. Dicho riesgo se materializaría, a su juicio, si los Estados miembros no pudieran ejecutar de manera efectiva la pena impuesta.

Ahora bien, aunque pueda parecer una línea de razonamiento coherente, en realidad no se está conjurando el riesgo de impunidad al obligar que se mantenga la pena impuesta por el Estado emisor, sino que se preserve la consideración que hizo dicho Estado de la gravedad del hecho cometido. En definitiva, el establecimiento de una sanción pecuniaria, por ejemplo, también tiene como objetivo la prevención y castigo de las actuaciones contrarias al ordenamiento, pero comporta una descalificación menor del hecho, ya que no se considera lo suficientemente grave como para que el sujeto sea privado de libertad. Por tanto, el TJUE trata de mantener el equilibrio entre seguridad y libertad que el ordenamiento penal del Estado miembro emisor ha llevado a cabo, por eso cualquier alteración en la pena exigiría su conformidad.

Esta posición es mucho más clara en las conclusiones del abogado general, que expresamente reconoce que esta solución obedece a la territorialidad de la ley penal³⁴, principio que es consecuencia de la expresión de la soberanía de los Estados. En este sentido, a juicio del abogado general, los Estados deben ejecutar la pena en los términos establecidos por el Estado emisor de la ODE, no pudiendo ser un óbice la reinserción social, ya que se

³³ STJUE C-514/17, *Sut*, ECLI:EU:C:2018:1016, apartado 46.

³⁴ Conclusiones del abogado general Bot, *Sut*, 514/17 ECLI:EU:C:2018:672, apartado 60.

rompería el consenso alcanzado entre los Estados miembros respecto del alcance que debe tener dicha reinserción social³⁵.

Ahora bien, si el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE refleja dicho consenso, cabe concluir que la reinserción social acaba dependiendo del juego de dos ordenamientos, sin que los derechos permitan encontrar un equilibrio entre los derechos del condenado y la potestad punitiva de los Estados. Así, en primer lugar, la vida privada y familiar, como base de la reinserción social, solo será tenida en cuenta si los Estados lo han previsto en sus leyes nacionales de transposición de la decisión marco. De este modo, cada Estado miembro tiene un amplio margen de decisión con el límite de la no discriminación por razón de la nacionalidad y de prever una regulación que haga efectiva la resocialización si transpone el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE. En segundo lugar, incluso cuando un Estado miembro haya decidido otorgarle un peso fundamental a la reinserción, esta podría no jugar en la práctica papel alguno si conlleva una modificación en la naturaleza de la pena o en su ejecución³⁶.

Evidentemente, este resultado es una lógica consecuencia del principio del reconocimiento mutuo³⁷. Principio que pretende que los Estados mantengan la capacidad de decisión lo más intacta posible en materia penal, pero provoca la paradoja de que aceptan la potestad punitiva de otro Estado en su propio territorio. La decisión tomada por el órgano jurisdiccional de otro Estado debe ser cumplida en su integridad, sin que quepa modificar ningún aspecto de esta, so pena de desconocer las modulaciones que la cooperación judicial penal en la UE ha conllevado para el requisito de doble tipificación³⁸.

En este sentido, el caso del señor Sut tensa hasta los límites el sistema de reconocimiento mutuo, porque para cumplir con la reinserción social sería

³⁵ *Ibid.*, apartado 76.

³⁶ De hecho, en el caso del señor Sut, el TJUE establece que si el órgano jurisdiccional belga no puede garantizar que el señor Sut cumplirá el año y dos meses de privación de libertad a que ha sido condenado en Rumanía, el señor Sut debe ser entregado. La decisión final depende, por tanto, de las potestades del órgano jurisdiccional, potestades que en el caso español no llegan a la modificación de una pena privativa de libertad por una pena de otra naturaleza (art. 83 de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea).

³⁷ Conclusiones del abogado general Bot, *Sut*, apartado 77.

³⁸ De hecho, el art. 2.2 de la decisión marco sobre la ODE recoge entre los delitos respecto de los que no rige el requisito de la doble tipificación la falsificación de documentos administrativos y de tráfico, uno de los delitos de los que estaba acusado el señor Sut.

preciso que el órgano jurisdiccional belga tuviera la potestad de modificar de manera sustancial la decisión tomada por un órgano jurisdiccional rumano o que este aceptase una modificación sustancial de la condena recaída en una sentencia firme. No sorprende por eso que tanto el TJUE como el abogado general den una opción falsa a los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que posiblemente solo pueden decidir en la práctica que el señor Sut cumpla condena en Rumanía.

Este caso pone de relieve la enorme complejidad de la protección de los derechos frente a los instrumentos de reconocimiento mutuo de decisiones judiciales. Sin embargo, así como respecto de los derechos procesales la UE ha tomado una cierta conciencia, no cabe decir lo mismo del derecho a la vida familiar. Esta invisibilidad del derecho a la vida familiar se relaciona directamente con el escaso papel que la reinserción social como función del derecho penal europeo juega. Si no cabe individualizar la ejecución de la pena, la reinserción es en realidad una quimera, pero esta posibilidad no es una exigencia que derive de la Carta, sino del ordenamiento del Estado en cuyo territorio se ha cometido el delito.

Este resultado es aún más claro en supuestos en los que la toma en consideración de la reinserción social podría parecer menos compleja, como en el caso *Ognyanov*. En este segundo caso el órgano jurisdiccional búlgaro pretendía tomar en consideración los trabajos realizados por el señor Ognyanov en una cárcel de Dinamarca a los efectos de una posible reducción de la condena. Sin embargo, la legislación danesa no aceptaba dicha posibilidad, siendo que el señor Ognyanov había cometido el delito en Dinamarca, país desde el que se había trasladado a Bulgaria gracias a la decisión marco sobre traslado de prisioneros.

El abogado general reconoce que la reinserción social exige que el Estado en el que efectivamente se cumple condena tenga una capacidad de evaluación de la situación individual y que pueda tomar decisiones en consecuencia, incluida la redención de la pena³⁹. Sin embargo, paralelamente, afirma que los instrumentos de reconocimiento mutuo cumplen con el principio de la territorialidad de la ley penal, de manera que la ley del territorio en que se comete el delito puede condicionar la ejecución de la pena. No cabe tampoco aplicar la retroactividad de la ley búlgara, pese a que el art. 49 de la Carta reconoce la retroactividad *in mitius*, porque este principio resuelve conflictos de leyes en el tiempo, no en el espacio⁴⁰.

³⁹ Conclusiones del abogado general Bot, *Ognyanov*, (C-554/15) ECLI:EU:C:2016:319, apartados 84-87.

⁴⁰ *Ibid.*, apartado 81.

La normativa aplicable al tiempo que el señor Ognuanov estuvo en las cárceles de Dinamarca será la de dicho país, mientras que, una vez en Bulgaria, serán las normas de este segundo país las que sean de aplicación. En la sentencia no juega papel alguno la importancia de que los progresos y actividades que los reclusos hagan mientras cumplen condena se vean recompensados para fomentar su rehabilitación (Martufi, 2018: 685). La ejecución de la pena se rompe entre los ordenamientos de dos Estados miembros, buscando respetar la soberanía en último caso de cada uno, sin que se entre a considerar si la aplicación de dos normas diferentes al mismo supuesto influye o no en la reinserción social del individuo.

En todo caso, el abogado general recuerda que si un Estado miembro no está de acuerdo con la normativa de otro Estado sobre la ejecución de la pena siempre puede no aceptar el traslado del prisionero. De este modo, una vez más, vuelve a quedar a la discreción de los Estados el traslado de una persona, en este caso al país en el que tenía sus lazos familiares, con base en su propia concepción de cómo preservar la seguridad pública en su territorio.

El territorio se convierte, así, en un criterio definitivo a la hora de fijar las potestades de los Estados respecto de la ejecución de la pena, pretiriendo otros criterios como la necesaria individualización de esta en cualquier sistema jurídico que tenga la resocialización entre sus objetivos.

Sin embargo, esta lógica choca con la necesaria individualización de la ejecución de la pena que requiere la reinserción social. Individualización de la pena que el TJUE ha descartado incluso en casos relativos a la entrega de menores, dando prioridad al efecto útil de los mecanismos de reconocimiento mutuo frente a otros principios⁴¹. Esta decisión es particularmente sorprendente porque en los casos de expulsión de no nacionales que no han cometido delitos graves el TJUE ha exigido que se tenga en cuenta si ello no empecería la reinserción social de la persona afectada. De hecho, el TJUE considera que la reinserción no solo redundaría en favor de la persona afectada por la expulsión sino de la UE en general⁴².

Cabría preguntarse por qué la decisión es tan distinta en casos de cooperación judicial penal. La respuesta quizá traiga causa de la territorialidad de la ley penal. En definitiva, negar la entrega de un sujeto al Estado en el que ha cometido el delito implica hacer indirectamente una valoración de la decisión tomada por el Estado que emite la orden. El derecho penal responde a los valores de cada sociedad, que decide qué actos son punibles y qué consecuencias se derivan

⁴¹ STJUE 367/16, *Piotrowski*, ECLI:EU:C:2018:27, apartado 52.

⁴² STJUE, C-316/16 y C-424/16, *B y Vomero*, ECLI:EU:C:2018:256, apartado par. 75.

de estos. Decisión que se toma tras una valoración hecha por el legislador democrático y la intervención de un órgano jurisdiccional.

Sin embargo, la expulsión de un no nacional por la comisión de un delito deriva de la potestad del Estado en que se ha cometido el delito, Estado que decide otorgar un plus a la condena si se trata de un extranjero. En definitiva, el Estado considera que el extranjero ha incumplido gravemente con los valores de la sociedad de acogida, demostrando su no integración en esta. No hay un juicio de valor de un Estado sobre el ejercicio de la potestad penal de otro Estado en su territorio, sino del TJUE sobre las decisiones que un Estado adopta sobre los no nacionales. No se rompe la territorialidad de la ley penal, sino que se limita la potestad de un Estado a la hora de diferenciar entre nacionales y no nacionales con base en los derechos fundamentales.

La individualización de la pena, en la medida en que conlleve modificar la pena impuesta por otro Estado, solo puede lograrse si se abandona la idea de que cualquier alteración de la territorialidad de la ley penal supone afectar a la soberanía. Afirmación de los abogados generales que resulta sorprendente en la medida en que cabe cuestionar que la ODE no ha modificado la territorialidad de la ley penal sustancialmente al eliminar el criterio de la doble incriminación en 32 supuestos y suavizarlo en los demás casos⁴³. Tener en cuenta la reinserción social, vinculada al derecho a la vida privada y familiar, sería simplemente dar un paso más en dicho camino.

II. REINSERCIÓN SOCIAL Y DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: ¿UNA RELACIÓN IMPOSIBLE EN LA COOPERACIÓN JUDICIAL PENAL EN LA UE?

El derecho supranacional necesita su propio equilibrio entre libertad y seguridad, entre individuo y comunidad, entre los diversos objetivos generales y específicos que cumple el ordenamiento penal. La concepción de justicia que inspira el ELSJ no debe ceñirse a cómo enfrentarse con aquellos que suponen una amenaza para la sociedad, sino que ha de tener una visión menos pobre de qué es la justicia, situando en el centro de esta el consenso acerca la protección de los derechos que supone la Carta (Douglas-Scott, 2017: 61). Los derechos deberían proyectarse en toda su plenitud, cuando menos, sobre todas las normas aprobadas por la UE. En el caso del derecho penal ello implica que la perspectiva a adoptar a la hora de interpretarlo sea siempre la protección de

⁴³ Aunque la jurisprudencia en este punto es aún confusa, existiendo dudas sobre si la doble tipificación debe ser *in concreto* (C-289/15, *Grundza*, EU:C:2017:4) o *in abstracto* (C-367/16, *Piotrowski*, EU:C:2018:27).

los derechos implicados en cada caso. Respecto de las personas que se encuentran cumpliendo condena la consecuencia de esta lectura es perseguir su reinserción social.

De hecho, la reinserción social estaría amparada por los arts. 1 y 7 de la Carta, que reconocen la dignidad humana y la vida privada y familiar, respectivamente. Esta vinculación entre el art. 1 de la Carta y la reinserción social ha sido expresamente reconocida por los abogados generales⁴⁴. En este sentido, la dignidad humana y la reinserción social se vinculan, de una parte, a la existencia de unas condiciones dignas de las prisiones, extremo vinculado expresamente por la jurisprudencia del TJUE a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes⁴⁵, y, de otra parte, a la posibilidad de la redención de la pena en supuestos particularmente extremos⁴⁶. El art. 7 de la Carta, por su parte, estaría llamado a jugar un papel menos llamativo pero relevante siempre que la ejecución de una ODE o el traslado de un prisionero puedan vulnerar la vida privada y familiar.

En este sentido, resulta particularmente sorprendente el vínculo entre nacionalidad y derecho a la vida privada y familiar que ha llevado a cabo el TJUE a la hora de interpretar el art. 4.6 de la decisión marco sobre la ODE. Limitar la protección de los ciudadanos de la UE al principio de no discriminación, o establecer diferentes grados de protección en función del origen del ciudadano, frente al ejercicio de la potestad punitiva del Estado resulta decepcionante. En definitiva, el TJUE debería reconocer que el traslado a otro Estado multiplica el impacto que la privación de libertad ya tiene de por sí en el individuo condenado. Sin embargo, ha preferido conceder a los Estados miembros la capacidad de proteger a sus propios nacionales adoptando una concepción más cercana al carácter nacional de la seguridad pública que a la europeización de los derechos.

Si el TJUE hubiera interpretado la decisión marco sobre la ODE tal y como los abogados generales recomendaban, habría protegido el derecho a la vida familiar de muchas personas afectadas por una ODE, hecho que redundaría en su reinserción⁴⁷.

⁴⁴ De hecho, los abogados generales han defendido que la reinserción social «está estrechamente ligada al concepto de dignidad humana» (conclusiones del abogado general Bot, *Raugevicius*, apartado 61, y conclusiones del abogado general Bot, *Tsakouridis*, apartado 50).

⁴⁵ STJUE C-404/15, *Aranyosi*, y C-696/15PPU, *Căldăraru*, EU:C:2016:198.

⁴⁶ Como en el caso de la cadena perpetua. Al respecto, STEDH *Vinter y otros contra Reino Unido*, de 17 de enero de 2012.

⁴⁷ Asimismo, habría preservado la uniformidad del derecho de la UE frente a las interpretaciones nacionales dispares del derecho a la vida familiar que están teniendo

Resultan, no obstante, mucho más complejos los supuestos en que el derecho a la vida familiar choca con la capacidad de los Estados miembros para determinar la pena ante un hecho delictivo cometido en su territorio. La raíz del problema está en la propia filosofía que ha inspirado los instrumentos de reconocimiento mutuo, ya que la eliminación de la doble incriminación, clave para la cooperación judicial en la UE, conlleva toda una serie de problemas que el TJUE ni anticipó en su momento ni ha afrontado después (Herlin-Karnell, 2012: 27). Problemas que se proyectan en la ejecución de la pena, ya que para preservar la capacidad punitiva de los Estados intacta se impide que el traslado de un condenado a un segundo Estado o la denegación de dicho traslado supongan alteración alguna en la condena impuesta por el juez del Estado en el que se cometió el delito.

La lógica subyacente es clara, la gravedad o no de los hechos corresponde decidirla a la comunidad en que se cometió, de conformidad a los valores propios de esta (Coutts, 2019: 8). Esta falta de cumplimiento de los valores de una sociedad se asocia en gran medida a la falta de integración en esta⁴⁸, por lo que puede parecer legítimo preguntarse en qué medida se puede hablar siquiera de reinserción social de un individuo que, teóricamente, no quiere ser parte de esta.

Sin embargo, esta es una simplificación de la relación de un individuo con la sociedad a la que pertenece, y especialmente de la reinserción social, que precisamente busca romper la idea de miembros buenos y malos de la sociedad al intentar que todos formen parte de esta con iguales derechos y deberes. La reinserción social pretende la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos, no mediante el aislamiento de los que han roto las normas de convivencia, sino alimentando el interés de todos los ciudadanos por formar parte de la sociedad de manera plena y no conflictiva.

Resulta evidente que en este camino los lazos familiares son imprescindibles. Por ello, cabría preguntarse hasta qué punto debe mantenerse inamovible la territorialidad de la ley penal frente al derecho a la vida privada y familiar. Particularmente siendo que la reinserción social es un principio compartido por todos los Estados miembros⁴⁹.

Aún más, el empleo del territorio como criterio decisivo resulta contradictorio con una normativa que precisamente otorga a los Estados miembros

lugar en algunos casos nacionales. Sirva como ejemplo la conocida sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido de 20 de junio de 2012 en el caso *F-K (FC) c. Polish Judicial Authority* [2012] UKSC 25. Al respecto, González Pascual (2018: 71-72).

⁴⁸ STJUE C-378/12, *Onuekwere*, ECLI:EU:C:2014:13, apartados 25-26.

⁴⁹ Conclusiones del abogado general Bot, *Tsakouridis*, apartados 48-50.

la posibilidad de perseguir el delito más allá de sus fronteras. En última instancia, la persecución del delito, la seguridad pública, se determina dentro de las fronteras pero no se ve amenazada por ellas. Paralelamente, el efectivo disfrute de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta sí tiene fronteras en supuestos de cooperación judicial penal en la UE.

No puede sorprender que se afirme con frecuencia que en el derecho penal europeo ha primado la función retributiva sobre la resocializadora premiando a aquellos ordenamientos que tienen una visión más punitiva, a los que facilita alcanzar sus objetivos (Mancano, 2018: 208). La absoluta irrelevancia de la vida privada y familiar en supuestos en que una persona va a ser trasladada a otro Estado miembro para cumplir condena rompiendo con ello sus vínculos familiares o afectivos confirma esta crítica.

No tomar la Carta como eje vertebrador de la interpretación de las decisiones marco de la ODE y de traslado de prisioneros resulta particularmente inexplicable dada la compleja relación que el derecho penal tiene con los derechos fundamentales, ya que no es solo un derecho que protege derechos fundamentales, sino una rama del ordenamiento frente a la que debemos ser protegidos (Tulken, 2011: 578). La combinación de seguridad pública concretada en un plano estrictamente nacional, que se define con los elementos tradicionales de nacionalidad y territorio, con una protección supranacional de los derechos aún en evolución lleva al riesgo de violación de estos últimos.

En definitiva, la seguridad pública nacional actúa como un revulsivo en un sistema de cooperación judicial transnacional empobreciendo la protección de los derechos de los ciudadanos que se ven inmersos en procesos penales.

Bibliografía

- Azoulai, L. y Coutts, S. (2013). Restricting Union citizens' residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet: PI. *Common Market Law Review*, 50, 553-570.
- Coutts, S. (2019). *Citizenship, crime and community in the European Union*. Oxford: Hart. Disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781509915378>.
- Deen-Racsmany, Z. y Blekxtonn, R. (2005). The decline of the nationality exception in European Extradition? *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 13 (3), 317-363. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/1571817054604092>.
- Douglas-Scott, D. (2017). Human rights as a basis for justice in the European Union. *Transnational Legal Theory*, 8, (1), 59-78. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/20414005.2017.1321907>.
- Fichera, M. (2013). Criminal Law Beyond the State: the European Model. *European Law Journal*, 19 (2), 174-200. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12020>.

- (2018). *The Foundations of the EU as a Polity*. Cheltenham: Edwar Elgar.
- González Pascual, M. (2013). Criminal Law as an Essential Function of the State: Last Line of Resistance? En A. Saiz Arnaiz y C. Alcoberto Llivina (eds.). *National Constitutional Identity and European Integration* (pp. 165-170). Antwerp: Intersentia.
- (2018). Mutual Recognition of judicial decisions and the right to family life. En M. González Pascual y A. Torres Pérez (eds.). *The right to family life in the European Union* (pp. 67-82). Oxford: Routledge.
- Herlin-Karnell, E. (2012). *The Constitutional Dimension of European Criminal Law*. Oxford: Hart.
- Lavenex, S. (2007). Mutual Recognition and the monopoly of force: limits of the single market analogy. *Journal of European Public Policy*, 14 (5), 765-779. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13501760701428316>.
- López Guerra, L. (2018). European Convention on Human Rights and Family Life. Primary Issues. En M. González Pascual y A. Torres Pérez (eds.). *The right to family life in the European Union* (pp. 11-28). Oxford: Routledge.
- Mancano, L. (2018). Punishment and Rights in European Union Citizenship: persons or criminals? *European Law Journal*, 24, 206-225. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12279>.
- Martufi, A. (2018). The paths of offender rehabilitation and the European dimension of punishment. New challenges for an old ideal? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25 (6), 672-688. Disponible en: <https://doi.org/10.1177/1023263X18820678>.
- Mitsilegas, V. (2009). *EU Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). The limits of mutual trust in Europe's Area of Freedom, Security and Justice: From automatic Inter-State cooperation to the slow emergence of the individual. *Yearbook of European Law*, 31 (1), 319-372. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/yel/yes023>.
- Pollicino, O. (2008). European Arrest warrant and constitutional principles of the Member States: a Case Law- Based Outline in the attempt to strike the right balance between interacting legal systems. *German Law Journal*, 9, 1313-1354.
- Sieber, U. (2009). Die Zukunft des Europäische Strafrechts. *Zeitschrift für die Gesamte Strachtsrechtswissenschaft*, 121, 1-67. Disponible en: <https://doi.org/10.1515/ZSTW.2009.1>.
- Tulken, F. (2011). The paradoxical relationship between Criminal Law and Human Rights. *Journal of International Criminal Justice*, 9, 577-595. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jicj/mqr028>.
- Walker, N. (2006). In search of the Area of Freedom, Security and Justice: A constitutional Odyssey. En N. Walker (eds.). *Europe's Area of Freedom, Security and Justice* (pp. 3-33). Oxford: Oxford University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199274659.003.0001>.
- Williams, A. T. (2010). Promoting Justice after Lisbon: Groundwork for a New Philosophy of EU Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 30 (4), 663-693. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqq017>.