



CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 798/2013

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en Pleno, en el expediente de referencia, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del R. D. 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 16 de diciembre de 2013

EL PRESIDENTE,



CONSEJO DE ESTADO  
REGISTRO GENERAL

16 Dic 2013

Numero 798/2013 Hora 14:03

SALIDA

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.



CONSEJO DE ESTADO

Nº: 798/2013

**SEÑORES :**

Romay Beccaría, Presidente  
Lavilla Alsina  
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer  
Herrero y Rodríguez de Miñón  
Ledesma Bartret  
Aza Arias  
Manzanares Samaniego  
Fernández de la Vega Sanz  
Rodríguez Zapatero  
Oreja Aguirre  
Peña Pinto  
Torres-Dulce Lifante  
Carnicer Díez  
Díez-Picazo y Ponce de León  
Silva de Lapuerta  
Pendás García  
Gómez Mendoza  
Valcárcel Bernaldo de Quirós  
Laborda Martín  
Tocino Biscarolasaga  
Silva Sánchez  
Ortega y Díaz Ambrona  
Rodríguez Ibarra  
Palacio Vallelersundi  
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,  
Secretaria General

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 28 de noviembre de 2013, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

‘En virtud de una Orden de V. E. de 16 de julio de 2013, cuya entrada se registró el siguiente día 18, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo a un anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

De antecedentes resulta:

**Primero. Contenido del Anteproyecto y de su memoria**

A.- El anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones

judiciales penales en la Unión Europea (en adelante, el Anteproyecto) se inicia con una exposición de motivos y consta de quince artículos, distribuidos en tres Títulos -Preliminar, I y II-, tres disposiciones finales y un anexo.

Q



## CONSEJO DE ESTADO

Señala su exposición de motivos que el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, contemplado en el artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es una pieza básica de la cooperación judicial civil y penal que ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones entre los Estados miembros, al permitir que el reconocimiento y la ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales traspase las fronteras del Estado donde se dictaron para ser efectivas en los demás Estados, sustituyendo las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, lo que, junto a otras medidas, ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales. Así se pone de manifiesto en las dos normas de la Unión Europea que son objeto de transposición en la proyectada Ley y que contribuyen a un mejor funcionamiento de las normas de reconocimiento mutuo, a las que complementan: la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; y la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

Seguidamente, la exposición de motivos describe la estructura de la nueva Ley, afirmando que consta de dos Títulos (en realidad son tres, contando el Título Preliminar) y pasa, seguidamente, a describir el contenido y propósito de sus Títulos I y II.

El Título I -dice la referida exposición- dota de una mayor eficacia y seguridad jurídica al intercambio de información entre Estados miembros sobre las condenas penales, en el marco del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), creado por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, dictada en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, que actualmente ya permite a Jueces y Fiscales acceder fácilmente a una información completa sobre el historial delictivo de cualquier ciudadano de la UE, con independencia del país europeo en el que hubiera sido condenado.



CONSEJO DE ESTADO

El Título II supone -según la misma exposición- la consagración del principio de eficacia general de las sentencias dictadas en la Unión Europea mediante su toma en consideración en procesos posteriores derivados de la comisión de nuevos delitos en España. Las normas de este Título se coordinan con las reformas del Código Penal para que los efectos de la reincidencia sean aplicables en las mismas condiciones cuando la sentencia condenatoria haya sido dictada en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

Tras la exposición de motivos, se inserta el articulado del Anteproyecto, organizado en tres Títulos.

El Título Preliminar ("Disposiciones generales") incluye los dos primeros preceptos de la norma:

- El artículo 1 ("Objeto") precisa que la proyectada Ley regula el régimen aplicable, tanto al "intercambio de información sobre antecedentes penales de personas físicas" entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de la Unión Europea como a la "consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones judiciales condenatorias definitivas y firmes" dictadas con anterioridad en otros Estados miembros de la Unión Europea.

- El artículo 2 ("Régimen jurídico aplicable") señala que la cooperación entre las autoridades españolas y las del resto de Estados miembros de la Unión Europea se regirá por la nueva Ley y por lo dispuesto en los convenios bilaterales o multilaterales con otros Estados miembros, en los protocolos o convenios que los modifiquen o sustituyan y en aquellas normas directamente aplicables de la Unión Europea en materia de cooperación judicial penal.

El Título I ("Intercambio de información sobre antecedentes penales") consta de tres Capítulos:

- El Capítulo I ("Disposiciones generales") incluye los artículos 3 a 5:



CONSEJO DE ESTADO

- El artículo 3 ("Información sobre antecedentes penales") dispone que la información sobre antecedentes penales comprenderá la que conste en el Registro Central de Penados, con exclusión de las notas canceladas; no obstante -añade el precepto-, cuando se trate de nacionales de otros Estados miembros o personas que hayan sido nacionales o residentes en ellos, dicha información comprenderá además las anotaciones que consten en los registros nacionales de dichos Estados relativas a condenas penales firmes, y cuando se trate de nacionales de terceros países o de personas que hayan sido nacionales o residentes en ellos, se extenderá igualmente a las anotaciones sobre las mismas condenas remitidas en virtud de Convenio.

- El artículo 4 ("Autoridad competente en España para remitir y recibir información sobre antecedentes penales") establece como tal autoridad al Registro Central de Penados.

- El artículo 5 ("Procedimiento de intercambio de información sobre antecedentes penales") determina que el intercambio de información sobre antecedentes penales se realizará por vía electrónica (apartado 1) o, de no ser posible, a través del formulario que figura en el Anexo de la propia Ley, por cualquier medio que deje constancia escrita (apartado 2).

▪ El Capítulo II ("Notificaciones de sentencias condenatorias firmes entre los Estados miembros de la Unión Europea") incorpora los artículos 6 a 9:

- El artículo 6 ("Notas de condena relativas a españoles derivadas de sentencias firmes dictadas en otros Estados miembros") preceptúa que el Registro Central de Penados inscribirá las notas de condena relativas a españoles derivadas de sentencias firmes dictadas en otros Estados miembros (apartado 1) y modificará o cancelará la información cuando así se lo comunique la autoridad central del Estado miembro de condena, sin perjuicio de la aplicación a efectos internos de las normas nacionales en materia de cancelación de antecedentes cuando se den los requisitos legalmente establecidos y resulten más favorables (apartado 2).

- El artículo 7 ("Obligación de información sobre las condenas pronunciadas en España") impone al Registro Central de Penados la obligación



CONSEJO DE ESTADO

de informar sobre las condenas pronunciadas en España a la autoridad central del Estado de nacionalidad del condenado, advirtiéndole de que tal información no podrá ser retransmitida para su utilización fuera de un proceso penal (apartado 1), así como la obligación de comunicar a la misma autoridad las posteriores modificaciones o cancelaciones de la información que consten en el mismo (apartado 2).

- El artículo 8 ("Contenido de la información") dispone que la información que el Registro Central de Penados debe remitir de oficio a las autoridades competentes de los Estados miembros de la nacionalidad del condenado incluirá datos sobre el condenado, el carácter de la condena, el delito que dio lugar a la condena y el contenido de la condena (apartado 1), sin perjuicio de que pueda proporcionarse cualquier otra información relativa a la condena que figure en aquél (apartado 2).

- El artículo 9 ("Plazos para las notificaciones") señala que las notificaciones de las condenas penales relativas a nacionales de los países miembros de la UE dictadas por los Jueces y Tribunales españoles se comunicarán cuanto antes y como máximo en el plazo de un mes contado a partir del momento en que hayan sido remitidas al Registro Central de Penados.

▪ El Capítulo III ("Información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central") agrupa los artículos 10 a 13:

- El artículo 10 ("Consultas sobre antecedentes penales") prevé que el Registro Central de Penados podrá consultar a la autoridad central de otros Estados miembros sobre antecedentes penales relativos a una persona cuando se requieran en el marco de un proceso penal o con cualquier otro fin válido (apartado 1), y que, cuando el Estado requerido no sea el Estado de condena y éste hubiera prohibido la retransmisión de tales antecedentes para fines al margen de un proceso penal, el Registro Central de Penados solicitará de este último la información de que se trate (apartado 2); por otra parte, se aclara que los solicitantes de un certificado de antecedentes penales en España deberán hacer constar si tienen o han tenido nacionalidad o residencia en otro Estado miembro, a efectos de que el Registro Central de Penados pida a la



CONSEJO DE ESTADO

autoridad central correspondiente la información que pueda tener sobre dichas personas (apartado 3).

- El artículo 11 ("Respuesta a consultas formuladas por la autoridad central de otros Estados miembros") señala que la respuesta por el Registro Central de Penados a las consultas formuladas por la autoridad central de otros Estados miembros incluirá las notas de condenas no canceladas dictadas por tribunales españoles, las notas de condenas pronunciadas por tribunales extranjeros sobre las que no se haya comunicado su cancelación y las condenas a menores de edad penal o que se deriven de infracciones penales no tipificadas en España como delito o falta (apartado 1); en el caso de que la consulta no se formule en el marco de un procedimiento penal -matiza el precepto-, la autoridad central del Estado que solicita la información deberá contar con el consentimiento del interesado, salvo que la obligación de aportar el certificado de antecedentes penales venga contemplada en una norma española con rango de Ley, y la respuesta del Registro Central de Penados comprenderá toda la información disponible (apartado 2).

- El artículo 12 ("Plazos de respuesta") dispone que la información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central de otro Estado miembro deberá ser respondida: en un plazo de diez días hábiles cuando haya sido solicitada para su uso en un proceso penal o para cualquier otro fin, salvo que el Registro Central de Penados necesite información adicional del Estado requirente para identificar a la persona, en cuyo caso la respuesta deberá darse en el plazo de diez días hábiles desde que le fuera proporcionada la nueva información solicitada (letra a); o en un plazo de veinte días hábiles cuando, a partir de la solicitud de un particular sobre sus antecedentes penales, la autoridad competente de un Estado miembro solicite al Registro Central de Penados información sobre los antecedentes penales de un condenado que sea o haya sido español o residente en España (letra b).

- El artículo 13 ("Condiciones de uso de los datos solicitados") establece que los datos personales incluidos en las respuestas sobre antecedentes personales enviadas por otros Estados miembros sólo podrán ser utilizados para los fines con que fueron solicitados y no serán conservados en el Registro Central de Penados (apartado 1); añade que la información remitida a



CONSEJO DE ESTADO

otros Estados no miembros de la Unión Europea de acuerdo con los convenios y tratados internacionales sobre los antecedentes penales de un condenado de nacionalidad española deberá tener en cuenta, en relación con las notas de condena que le hayan transmitido otros Estados miembros, los límites previstos para la transmisión de información entre Estados miembros (apartado 2); y concluye señalando que, sin perjuicio de las anteriores previsiones, los datos de carácter personal comunicados al Registro Central de Penados por otro Estado miembro podrán ser utilizados para la protección del orden público o de la seguridad nacional gravemente amenazados (apartado 3).

▪ El Título II ("Consideración de resoluciones condenatorias") comprende los artículos 14 y 15:

- El artículo 14 ("Consideración de resoluciones condenatorias previas con motivo de un nuevo proceso penal") prevé que el Juez o Tribunal tendrá en consideración, a efectos de las reglas de aplicación de la pena con ocasión de un nuevo proceso penal en España, las resoluciones condenatorias firmes dictadas con anterioridad en otro Estado miembro de la Unión Europea, contra la misma persona pero por distintos hechos, siempre que se tengan en cuenta las condenas nacionales anteriores de acuerdo con el Código Penal (apartado 1); a tal fin -continúa diciendo el precepto-, el Juez o Tribunal obtendrá la información relativa a las resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros mediante el intercambio de antecedentes penales o a través de los instrumentos de asistencia judicial vigentes: en particular, tratándose de nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o ciudadanos que hayan tenido residencia o nacionalidad en otro Estado o de nacionales de otros Estados con los que se haya suscrito el correspondiente convenio de cooperación, el Registro Central de Penados recabará, a instancias del Juez o Tribunal o del Ministerio Fiscal, la información precisa de los Estados miembros que proceda y la remitirá al solicitante (apartado 2).

- El artículo 15 ("Efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias anteriores sobre el nuevo proceso penal") dispone que el Juez o Tribunal atribuirá idénticos efectos jurídicos sobre el nuevo proceso penal a las resoluciones condenatorias firmes anteriores dictadas en España y a las recaídas en otros Estados miembros de la Unión Europea o en terceros



## CONSEJO DE ESTADO

Estados siempre que cumplan los artículos 6 y 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, tanto durante el propio proceso como en la fase previa al mismo y en la fase de ejecución de la condena (apartado 1); asimismo, precisa que las resoluciones condenatorias recaídas en procedimientos judiciales anteriores en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto sobre las sentencias firmes recaídas en España con anterioridad, ni sobre las resoluciones relativas a su ejecución, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión por los Jueces o Tribunales (apartado 2), y que las infracciones cometidas en otros Estados miembros sobre las que no hubiera recaído resolución de condena firme no podrán ser tomadas en consideración en un proceso penal desarrollado en España a efectos de dictar una sentencia condenatoria e imponer las correspondientes penas (apartado 3); por último, prevé que los antecedentes penales que consten en el Registro Central, aunque procedan de condenas dictadas en otros Estados, se cancelarán, a efectos de su toma en consideración en España, de acuerdo con el Derecho español, a menos que antes se comunique la cancelación por el Estado de condena (apartado 4).

Tras el articulado del Anteproyecto se incorporan tres disposiciones finales.

La disposición final primera ("Título competencial") deja constancia de que la proyectada Ley se dicta al amparo de la competencia estatal en materia de "legislación procesal", contemplada en el artículo 149.1.6ª de la Constitución.

La disposición final segunda ("Incorporación de derecho de la Unión Europea") declara que, mediante la nueva Ley, se incorporan al Derecho español la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la Decisión Marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.



CONSEJO DE ESTADO

La disposición final tercera ("Entrada en vigor") prevé la entrada en vigor de la Ley a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Finalizada la parte dispositiva del Anteproyecto, figura un Anexo que incluye el formulario mencionado en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, del Consejo, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.

B.- La memoria del análisis de impacto normativo justifica la oportunidad de la propuesta en las siguientes consideraciones:

- El Anteproyecto responde a la necesidad de que el intercambio de información de antecedentes penales entre los Estados miembros se rija por normas claras que aseguren tanto su eficacia como el respeto a los derechos de los ciudadanos en relación con una información tan sensible.

- El Anteproyecto da cumplimiento a los compromisos derivados de la pertenencia del Reino de España a la Unión Europea, incorporando al ordenamiento interno la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la Decisión Marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

- El Anteproyecto perfecciona el régimen del llamado Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), en el que participa el Registro Central de Penados del Ministerio de Justicia de España, que fue creado por la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, dictada en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI que es objeto de transposición.

- El Anteproyecto se coordina con la reforma del artículo 22.8ª del Código Penal actualmente en tramitación, en el que se ha previsto que los



## CONSEJO DE ESTADO

efectos de la reincidencia sean aplicables en las mismas condiciones cuando la sentencia condenatoria haya sido dictada en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

A continuación, la memoria describe el contenido del Anteproyecto, que -según se dice- encuentra amparo en la competencia estatal exclusiva en materia de "legislación procesal" (artículo 149.1.6ª) y tiene como objeto, además de incorporar las ya mencionadas normas europeas, complementar el anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, dotando de mayor coherencia al conjunto de las reformas, y sin que resulten necesarias medidas específicas para su implementación, dado que el sistema ECRIS ya se encuentra en funcionamiento.

Por último, se analizan los impactos del Anteproyecto, que -como señala la memoria- no tiene mayor incidencia que la derivada de la consideración en España de condenas impuestas en otros Estados a personas que también operen en nuestro país, lo cual comportará mayor seguridad jurídica y transparencia para el sistema económico; no impone nuevas cargas administrativas; no tiene consecuencias sobre el gasto público, por cuanto el Registro Central de Penados dará cumplimiento a las disposiciones de la norma con los recursos de que ya dispone; y, en fin, no tiene repercusión directa en materia de género, por más que su aplicación pueda servir para una represión más eficaz de quienes cometan delitos contra la mujer en distintos Estados miembros, permitiendo su consideración en todos ellos.

### **Segundo. Contenido del expediente**

El texto inicial del Anteproyecto, de fecha 30 de enero de 2013, fue aprobado por el Consejo de Ministros el 1 de febrero y sometido a la siguiente tramitación:

i) El 20 de marzo de 2013 fue informado por el Consejo Fiscal, que lo ha valorado como un texto instrumental que, en líneas generales, cumple el propósito declarado y transpone adecuadamente a nuestro ordenamiento las correspondientes Decisiones Marco, sin perjuicio de diversas observaciones,



CONSEJO DE ESTADO

entre las que cabe destacar, por no haber sido incorporadas en la versión final del Anteproyecto, las siguientes:

- El contenido de la Decisión Marco 2008/675/JAI (actual Título II) se debería recoger en el Anteproyecto antes que el de la Decisión Marco 2009/315/JAI (actual Título I), dado que aquélla es antecedente de ésta, y así tendría que reflejarse también en la rúbrica general de la norma.

- La exposición de motivos contiene, en la última frase de su apartado I, una referencia al “Juez de un Estado miembro” que debería sustituirse por la de “autoridad judicial de un Estado miembro”, toda vez que esta última expresión incluye también a los miembros del Ministerio Fiscal, que obviamente han de tener en cuenta las resoluciones penales definitivas dictadas en otros Estados miembros a efectos de la apreciación de la reincidencia.

- El artículo 3 debería hablar en su tercer párrafo de “terceros países” más que de “Estados no comunitarios”, ya que el término “comunitario” ha quedado excluido con el tránsito de las Comunidades Europeas a la Unión Europea.

- El artículo 14.1, en el que se regula, a efectos de la aplicación de las reglas de la reincidencia, la consideración en un nuevo proceso penal tramitado en España de resoluciones condenatorias firmes dictadas con anterioridad en otro Estado miembro, supone una modificación sustancial del concepto de reincidencia del artículo 22.8º del Código Penal, que afecta a la gravedad de la pena, por lo que debe aprobarse mediante Ley Orgánica y obliga a la correspondiente reforma del mencionado precepto del Código Penal, que no se contemplaba en el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, informado por el Consejo Fiscal el 8 de enero de 2013.

Asimismo, debe eliminarse en el artículo 14.1 la expresión final “siempre que se tengan en cuenta las condenas nacionales anteriores de acuerdo con el Código Penal”, que constituye una transposición del inciso final del artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI (“... en la medida en que se



CONSEJO DE ESTADO

tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional”) sin sentido en el ordenamiento interno.

- El artículo 15.1, al disponer que las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros tendrán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que las dictadas en España, modifica -al igual que el ya mencionado artículo 14.1- la vigente regulación de la agravante de reincidencia prevista en el artículo 22.8º del Código Penal, abriendo la posibilidad de aplicar una pena de mayor gravedad, lo cual -como ya se ha apuntado- exige una norma con carácter de Ley Orgánica y debe, además, contemplarse entre las proyectadas modificaciones del Código Penal.

Además, el artículo 15.1 condiciona la atribución de tales efectos a que “[se] cumplan [los] artículos 6 y 7 [del] Convenio Europeo [de] Derechos Humanos”, obligando a los Tribunales españoles a un juicio de valor previo a la toma en consideración de la condena que no siempre será fácil o incluso posible, sobre todo si se trata de terceros países ajenos al ámbito de la Unión Europea. Resultaría más coherente que el precepto se redactase de forma negativa, en los términos del artículo 1.2 de la Decisión 2009/315/JAI: “No se tendrán en cuenta resoluciones extranjeras cuando existan razones para creer, a juicio del tribunal, que no se han respetado los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales enunciados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”.

- El artículo 15.3 carece de claridad cuando prevé que, en el caso de resoluciones condenatorias que no sean firmes dictadas en otro Estado miembro, el Juez o Tribunal “no estará limitado para dictar una sentencia condenatoria”. El hecho de que en este apartado, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 14.1, se evite la mención de que la condena sea firme por hechos distintos, lleva a pensar que en el mismo se pretende regular el principio *ne bis in idem* internacional, de forma que las autoridades españolas no se vean limitadas en ningún caso para dictar sentencia condenatoria pese a que les conste que existe una condena por los mismos hechos contra la misma persona, dictada por otra autoridad judicial de otro Estado de la Unión Europea.



CONSEJO DE ESTADO

Si así fuera, la redacción del precepto requeriría mencionar precisamente que la condena no firme se refiera a los mismos hechos.

- El artículo 15.4, en el que se dispone que los antecedentes penales que consten en el Registro Central de Penados, aun cuando procedan de condenas dictadas en otros Estados, se cancelarán, a efectos de su consideración en España, de acuerdo con el Derecho español, "a menos que antes de que se produzca esa cancelación se comuniquen por el Estado de condena", parece inacabado, pues no se concreta qué es lo que el Estado de condena ha de comunicar a la autoridad española antes de que se produzca esa cancelación. Si lo que se pretende es que las normas españolas de cancelación de antecedentes penales se apliquen cuando sean más favorables que las del Estado en que se dictó la condena, debería modificarse la redacción del precepto en este sentido.

ii) El 11 de abril de 2013, el Consejo General del Poder Judicial, reunido en sesión plenaria, evacuó informe sobre el Anteproyecto, en el que, tras una serie de consideraciones generales sobre el principio de reconocimiento mutuo de decisiones en el espacio judicial europeo, realiza numerosas observaciones sobre su contenido que han sido aceptadas por el departamento ministerial proponente, salvo las dos siguientes:

- El artículo 13.3 prevé que los datos de carácter personal comunicados al Registro Central de Penados por otros Estados miembros podrán ser utilizados "para la protección del orden público o de la seguridad nacional gravemente amenazados", en consonancia con lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Decisión Marco 2009/315/JAI. No obstante, el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de la Decisión Marco del Consejo relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (COM (2005) 690 final) ha advertido de la necesidad de garantizar que las autoridades de protección de datos puedan controlar ese uso excepcional, obligando a notificar dicho uso a tales autoridades, y así debería contemplarse en el Anteproyecto.



CONSEJO DE ESTADO

▪ El artículo 14, que versa sobre la consideración de resoluciones condenatorias con motivo de un nuevo proceso penal, modificando el concepto de reincidencia del artículo 22.8ª del Código Penal, y el artículo 15, que determina los efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias firmes dictadas en otros Estados miembros sobre el nuevo proceso penal, tienen un incuestionable carácter penal, afectando a los presupuestos legales de la prisión provisional, a la determinación y graduación de las penas y a la ejecución de las privativas de libertad, por lo que deberán ser regulados mediante Ley Orgánica.

Por otra parte, aunque en la exposición de motivos del Anteproyecto se anuncia que estas normas se coordinan con la reforma del artículo 22.8ª del Código Penal, el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, informado por el Consejo General del Poder Judicial el 16 de enero de 2013, no modificaba dicho precepto, de ahí que se proponga la inclusión de una previsión en el Anteproyecto que suspenda la entrada en vigor de la ley hasta que lo haga la anunciada reforma del Código Penal.

iii) El 12 de julio de 2013, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia informó favorablemente el Anteproyecto, del que ella mismo ha sido promotora, explicitando, en algunos casos, las razones del rechazo de las observaciones formuladas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal que se han extractado.

En particular, no se ha aceptado la sistemática del Anteproyecto propuesta por el Consejo Fiscal, ya que la regulación del intercambio de antecedentes penales entre Estados miembros en el Título I y de la consideración en España de resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros en el Título II obedece a un criterio temporal: primero se procede al intercambio de antecedentes y después a la consideración de las resoluciones judiciales condenatorias en el nuevo proceso penal.

Tampoco se ha entendido necesario regular mediante Ley Orgánica la consideración en España de las resoluciones judiciales condenatorias dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea



## CONSEJO DE ESTADO

contemplada en el Título II (artículos 14 y 15), dado que se trata de una concreción de la proyectada reforma del artículo 22.8ª del Código Penal, de naturaleza orgánica, que fue incluida tras la emisión por el Consejo Fiscal y el Consejo General del Poder Judicial de sus preceptivos informes.

Finalmente, no se ha eliminado la frase "siempre que se tengan en cuenta las condenas nacionales anteriores de acuerdo con el Código Penal" contenida en el artículo 14.1, dado que las novedades introducidas en este precepto y en el artículo 15 van acompañadas de la reforma correspondiente del artículo 22.8ª del Código Penal.

Y, en tal estado de tramitación, el expediente fue remitido al Consejo de Estado para dictamen.

### I.- Carácter de la consulta

El expediente sometido a dictamen se refiere al anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, por la que se reciben en el ordenamiento español la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la Decisión Marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros.

La disposición adicional primera de la Ley 8/1994, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, prevé que "el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho Comunitario europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica". Por su parte, el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, encomienda al Pleno de esta institución la emisión del dictamen en las consultas sobre "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución,



## CONSEJO DE ESTADO

cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo”.

Aunque las Decisiones Marco de la Unión Europea, que pertenecen al llamado tercer pilar, tengan una peculiar naturaleza jurídica, se ha venido entendiendo que la incorporación de su contenido al ordenamiento español constituye ejecución o cumplimiento de un acuerdo internacional a efectos del conocimiento por el Pleno de este Consejo de Estado de los correspondientes anteproyectos de leyes que las transpongan, salvo en aquellos casos en que el Consejo de Ministros, a la vista de la urgencia del dictamen, fije un plazo inferior a diez días para evacuar el dictamen y, por tal razón, la consulta deba ser despachada por la Comisión Permanente, aun siendo competencia del Pleno, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

En el asunto sometido a consideración, el Consejo de Ministros no ha hecho uso de esta facultad, por lo que corresponde al Pleno del Consejo de Estado emitir dictamen sobre el Anteproyecto con carácter preceptivo, al amparo del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril.

### II.- Tramitación del expediente

Desde el punto de vista procedimental, el expediente ha seguido la tramitación prevista en los artículos 22.2 y 3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Así, se ha incorporado la primera versión del Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia, a la que se acompaña una memoria del análisis de impacto normativo, en la que, entre otras cuestiones, se analiza la necesidad y oportunidad de la norma así como su impacto económico-presupuestario y por razón de género.

Tras la aprobación del texto inicial del Anteproyecto por el Consejo de Ministros, se han evacuado los preceptivos informes del Consejo General del Poder Judicial (artículo 108.1.e) y f) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio) y



## CONSEJO DE ESTADO

del Consejo Fiscal (artículo 14.4.j) del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre), que contienen numerosas observaciones, y el de la Secretaría General Técnica del departamento ministerial proponente, que realiza una valoración del contenido de ambos informes, aceptando la mayor parte de las modificaciones propuestas por tales órganos y expresando las razones que, en su caso, han llevado al rechazo de algunas de ellas.

Hubiera sido conveniente, en todo caso, la petición del correspondiente informe a la Agencia Española de Protección de Datos, dado que el intercambio de antecedentes penales objeto del Anteproyecto recae sobre datos de carácter personal.

En términos generales, pues, se ha respetado el procedimiento de elaboración de normas con rango de Ley contemplado en el ordenamiento vigente.

### III.- Título competencial del Anteproyecto

La disposición final primera del Anteproyecto señala que la ley se ampara en la competencia estatal en materia de "legislación procesal" prevista en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución.

Este título competencial sirve indudablemente de fundamento para la regulación del intercambio de antecedentes penales contenida en el Título I del Anteproyecto. Sin embargo, la determinación de los efectos jurídicos internos derivados de la consideración en España de las condenas penales anteriores dictadas en otros Estados miembros, que se aborda en el Título II del Anteproyecto, incide directamente en el ámbito penal, de modo que la proyectada legislación en este punto se aprueba en ejercicio de la competencia estatal en materia de "legislación penal" también contemplada en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución y a la que debería hacerse expresa mención en la disposición final primera de la nueva Ley.



CONSEJO DE ESTADO

Por otra parte, importa subrayar que la competencia sobre la "legislación procesal" y la "legislación penal" es "exclusiva" del Estado y con tal calificativo debería recogerse en el primero de tales títulos en la disposición final primera del Anteproyecto.

#### IV.- Base normativa del Anteproyecto

La cooperación judicial en materia penal "en relación con las causas y la ejecución de resoluciones" se contempló por primera vez en el Tratado de la Unión Europea (artículo 31.a) en aras de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Posteriormente, el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 reconoció que "el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales" constituía la piedra angular de la cooperación en el ámbito penal. Con este principio se persigue, de manera principal, que las resoluciones judiciales dictadas en el marco de un procedimiento penal en cualquiera de los Estados miembros sean directamente ejecutables en los demás, aunque del mismo también se desprenden, de forma indirecta o refleja, algunos otros efectos, entre ellos el de que las resoluciones condenatorias anteriores deberán ser tenidas en consideración -principalmente, aunque no solo, como agravante- en los procesos penales posteriores celebrados dentro del espacio europeo.

En ambos sentidos, el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales ha sido desarrollado en la última década a través de las correspondientes Decisiones Marco, aprobadas por unanimidad en el Consejo Europeo, que obligan a los Estados miembros en cuanto al resultado pero dejan a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios, sin que en ningún caso tengan -a diferencia de las directivas- efecto directo (artículo 34.2.b) del Tratado de la Unión Europea).



CONSEJO DE ESTADO

A.- Ejecución de resoluciones judiciales penales en otros Estados miembros

Como acaba de indicarse, y en aplicación del principio de reconocimiento mutuo, se han aprobado una serie de Decisiones Marco a fin de procurar que las resoluciones judiciales penales dictadas en cualquiera de los Estados miembros sean ejecutables de manera plena en los demás.

Algunas de estas Decisiones Marco ya han sido incorporadas al ordenamiento español, a saber:

- La Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002, que fue recibida en la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, complementada por la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo.

- La Decisión Marco 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, que fue transpuesta por la Ley 18/2006, de 5 de junio, para la eficacia en la Unión Europea de las resoluciones de embargo y de aseguramiento de pruebas en procedimientos penales, complementada por la Ley Orgánica 5/2006, de 5 de junio.

- La Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, que fue asumida en la Ley 1/2008, de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, complementada por la Ley Orgánica 2/2008, de 4 de diciembre.

- La Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, que fue recogida en la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso por la comisión de infracciones penales.

Otras Decisiones Marco y Directivas aprobadas con el mismo objeto de facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales penales en el espacio europeo están pendientes de incorporación al ordenamiento español, en particular:



CONSEJO DE ESTADO

- La Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea.

- La Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.

- La Decisión Marco 2008/978/JAI, de 18 de diciembre de 2008, relativa al exhorto europeo de obtención de pruebas para recabar objetos, documentos y datos destinados a procedimientos en materia penal.

- La Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, por la que se modifican las Decisiones Marco 2002/584/JAI, 2005/214/JAI, 2006/783/JAI, 2008/909/JAI y 2008/947/JAI, destinada a reforzar los derechos procesales de las personas y a propiciar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones dictadas a raíz de juicios celebrados sin comparecencia del imputado.

- La Decisión Marco 2009/829/JAI, de 23 de octubre de 2009, relativa a la aplicación, entre Estados miembros de la Unión Europea, del principio de reconocimiento mutuo a las resoluciones sobre medidas de vigilancia como sustitución de la prisión provisional.

- La Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección.

La transposición conjunta de todas ellas es el objeto del anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea y del anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la anterior por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que también ha sido hoy objeto de dictamen por este Consejo (expediente número 796/2013).



CONSEJO DE ESTADO

B.- Consideración de resoluciones judiciales condenatorias anteriores pronunciadas en cualquiera de los Estados miembros en los procesos penales posteriores seguidos en los demás

Para una realización plena del principio de reconocimiento mutuo, el Consejo Europeo celebrado el 29 de noviembre de 2000 entendió que no sólo era necesario que las resoluciones judiciales penales dictadas en un Estado miembro pudieran ser ejecutadas en los demás sino, además, que los Jueces y Tribunales de cada uno de ellos estuvieran en condiciones de tener en consideración las resoluciones penales definitivas pronunciadas con anterioridad en otros "para apreciar el pasado penal del delincuente, para constatar la reincidencia y para determinar la naturaleza de las penas y las modalidades de ejecución que pueden aplicarse".

El Consejo Europeo, en su reunión mantenida en La Haya los días 4 y 5 de noviembre de 2004, invitó a la Comisión a presentar propuestas "sobre la mejora del intercambio de información de los registros nacionales de condenas e inhabilitaciones, en particular de los delincuentes sexuales, con miras a su adopción por el Consejo antes de que finalice 2005".

En respuesta a esta petición, la Comisión elaboró el Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre las condenas penales y a los efectos de éstas en la Unión Europea (COM 2005, 10 final, de 25.01.2005), en el que se analizó la situación entonces existente, caracterizada tanto por una gran diversidad de sistemas nacionales de registro de condenas como por las dificultades en la circulación de la información, especialmente en el caso de las inhabilitaciones, se contemplaron las posibles soluciones al problema y, de entre ellas, se optó por la creación de un fichero europeo y la puesta en red de los registros nacionales, a cuyo objeto se dispuso que la propia Comisión presentaría, en la primavera de 2005, una propuesta de Decisión relativa a la instauración de un mecanismo europeo informatizado de intercambio de información sobre condenas. En este Libro Blanco no se abordaban propiamente los efectos que las resoluciones condenatorias previas dictadas en un Estado miembro podían tener en ulteriores procesos penales seguidos en los demás (sobre la jurisdicción competente y la clase de procedimiento aplicable, la adopción de la medida de prisión provisional, la tipificación de la



CONSEJO DE ESTADO

infracción, la determinación y ejecución de la pena y la posibilidad de «absorción» de penas), pero se anunció que la Comisión presentaría también un proyecto de Decisión Marco sobre la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.

Siguiendo este criterio metodológico, se procedió a otorgar tratamiento separado al intercambio de información sobre las condenas penales, de una parte, y a la consideración de las resoluciones penales definitivas pronunciadas con anterioridad en cualesquiera Estados miembros, de otra:

i) Para facilitar el intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros, la Comisión propuso y el Consejo aprobó la Decisión Marco 2005/876/JAI, de 21 de noviembre de 2005, posteriormente derogada por la vigente Decisión Marco 2009/315/JAI, de 26 de febrero de 2009.

Con anterioridad, la información sobre las condenas pronunciadas en otros países se regía por los artículos 13 y 22 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1958. El artículo 13 regula el intercambio de antecedentes penales a solicitud de las autoridades judiciales en el marco de un proceso penal, y el artículo 22 prevé la obligación del Estado de condena de transmitir al Estado de nacionalidad la información sobre las condenas penales pronunciadas contra sus nacionales.

Las disposiciones previstas en dichos artículos se consideraban insuficientes para cumplir las exigencias actuales de la cooperación judicial en la Unión Europea, de ahí que la Decisión Marco 2009/315/JAI haya venido a “completar” el artículo 13 del Convenio, articulando un completo sistema de intercambio de antecedentes penales entre autoridades centrales cuando se requieran en el marco de un proceso penal o con cualquier otro fin válido, así como a “sustituir”, en las relaciones entre los Estados miembros, las disposiciones del artículo 22 del Convenio, de forma que ya no sólo se prevé “la obligación del Estado miembro de condena de transmitir al Estado miembro de

Qu



CONSEJO DE ESTADO

nacionalidad la información sobre las condenas pronunciadas contra sus nacionales, que la presente Decisión incorpora y precisa", sino que se "impone también al Estado miembro de nacionalidad la obligación de conservar la información transmitida, con el fin de garantizar que este último esté en condiciones de proporcionar una respuesta completa a las solicitudes de información que le dirijan otros Estados miembros" (considerandos 8 y 9; artículos 12.1, 2 y 3).

A tal fin, la Decisión Marco 2009/315/JAI arbitra "la creación de un «formato europeo normalizado» que permita intercambiar esta información de manera homogénea, informatizada y fácilmente traducible por medio de mecanismos automatizados" (considerando 17); este formato y los demás procedimientos de organización y simplificación del intercambio de información sobre las condenas entre las autoridades centrales de los Estados miembros han sido puestos en funcionamiento por el Consejo, en virtud de la habilitación contenida en el artículo 11.4 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, mediante la aprobación de la Decisión Marco 2009/316/JAI, de 6 de abril de 2009, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS -acrónimo del inglés *European Criminal Records Information System*-).

ii) Para procurar la toma en consideración de las resoluciones condenatorias anteriores pronunciadas en cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal tramitado en los demás, la Comisión propuso y el Consejo aprobó la Decisión Marco 2008/675/JAI, de 24 de julio de 2008.

Con anterioridad, venía aplicándose el artículo 56 del Convenio Europeo de la Haya, de 28 de mayo de 1970, sobre la validez internacional de las sentencias penales, en el que se prevé que todo Estado contratante "adoptará las medidas legislativas que estime oportunas con el fin de permitir a sus tribunales, al dictar una sentencia, tener en cuenta cualquier sentencia penal europea dictada anteriormente con audiencia del acusado por razón de otra infracción, con el fin de dotar a esta sentencia de todos o parte de los efectos que su ley prevea para las sentencias dictadas en su territorio", y "determinará las condiciones en que se tendrá en cuenta dicha sentencia".



CONSEJO DE ESTADO

Al amparo de esta previsión convencional, algunos Estados miembros de la Unión Europea atribuyen efectos a las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros, mientras que otros sólo tienen en cuenta las de sus órganos jurisdiccionales nacionales.

La Decisión Marco 2008/675/JAI ha sustituido, en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, el artículo 56 del Convenio Europeo de la Haya, de 28 de mayo de 1970, sobre la validez internacional de las sentencias penales, sin perjuicio de su aplicación en las relaciones entre los Estados miembros y terceros países (artículo 4).

Con esta sustitución, la Decisión Marco 2008/675/JAI “no pretende armonizar las consecuencias que las diferentes legislaciones nacionales reconocen a la existencia de condenas anteriores” sino “definir una obligación mínima de los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros”, consistente en que “todo Estado miembro ha de atribuir a una condena pronunciada en otro Estado miembro efectos equivalentes a los atribuidos a las condenas dictadas por sus órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo al Derecho nacional”, de forma que “la obligación de tener en cuenta condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros existe únicamente en la medida en que se tienen en cuenta las condenas nacionales anteriores con arreglo al Derecho nacional”. En definitiva, “los efectos atribuidos a las resoluciones condenatorias pronunciadas en otros Estados miembros deberían ser equivalentes a los atribuidos a las resoluciones nacionales, ya se trate de la fase previa al proceso penal, del propio proceso penal y de la fase de ejecución de la condena” (considerandos 3, 5 y 7).

Una vez expuesta la *ratio* de las Decisiones Marco 2008/675/JAI y 2009/315/JAI, conviene notar que el plazo para que los Estados miembros tomaran las medidas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en ellas vencía el 15 de agosto de 2010 y el 26 de marzo de 2012, respectivamente.

El Consejo de Estado considera acertado, en todo caso, que las Decisiones Marco 2008/675/JAI y 2009/315/JAI no se hayan incluido en el anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales



CONSEJO DE ESTADO

penales en la Unión Europea, teniendo en cuenta que su objetivo va más allá del sentido originario del principio de reconocimiento mutuo, que es la puntual y correcta ejecución en otros Estados miembros de las resoluciones judiciales penales dictadas en cualquiera de ellos. Como ya se ha señalado, las Decisiones Marco 2008/675/JAI y 2009/315/JAI se proponen ante todo reconocer a las condenas pronunciadas por un Estado miembro el mismo valor y asignarle los mismos efectos como antecedente que una condena nacional anterior, ya sea en la fase previa al proceso penal, en el propio proceso penal o en la fase de ejecución de la condena, para lo cual se ha organizado un sistema de intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros. Con esta concreta finalidad, el Anteproyecto sometido a consulta incorpora al ordenamiento español el contenido de las Decisiones Marco 2008/675/JAI y 2009/315/JAI.

#### V.- Naturaleza normativa del Anteproyecto

El análisis de esta cuestión debe realizarse partiendo de la existencia de dos partes netamente diferenciadas en el Anteproyecto sometido a consulta: el Título I, que establece el procedimiento de intercambio de información de antecedentes penales entre Estados miembros de la Unión Europea, en cumplimiento de lo dispuesto en la Decisión Marco 2009/315/JAI; y el Título II, que prevé la consideración de las resoluciones condenatorias anteriores dictadas en otros Estados miembros en un nuevo proceso penal tramitado en España, de acuerdo con lo establecido en la Decisión Marco 2008/675/JAI.

La regulación del intercambio de información de antecedentes penales -Título I del Anteproyecto- en una norma con rango de Ley ordinaria no ha suscitado controversia durante la tramitación del expediente, dado que se trata de una cuestión de índole meramente procesal que no incide en las materias propias de Ley Orgánica (artículo 81 de la Constitución).

En cambio, se ha alegado que la determinación de los efectos de las resoluciones condenatorias anteriores pronunciadas en otros Estados miembros en ulteriores procesos penales sustanciados en España -Título II del



CONSEJO DE ESTADO

Anteproyecto- entra dentro del ámbito estrictamente penal y, por ello, sólo puede realizarse mediante Ley Orgánica.

En tal sentido, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal han coincidido al destacar que la consideración de los antecedentes penales por condenas anteriores en otros Estados miembros a efectos de la aplicación de la agravante de "reincidencia", prevista en el artículo 14.1 del Anteproyecto, sólo puede contemplarse en una norma con carácter de Ley Orgánica.

La Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia no ha atendido esta objeción, argumentando que el texto final del anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, da nueva redacción al artículo 22.8ª del Código Penal, introduciendo un tercer nuevo párrafo en tal precepto para considerar las condenas penales anteriores dictadas en otros Estados miembros de cara a la aplicación de la agravante de reincidencia, de modo que el mencionado artículo quedaría redactado en los siguientes términos:

"Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de ese número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

Las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea producirán los efectos de reincidencia salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al Derecho español".

Esta previsión, que fue incorporada en el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal después de que éste fuera informado por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, supone -como señaló el Consejo de Estado en su dictamen nº 358/2013, de 27 de junio- una "nueva regulación" que "equipara los antecedentes penales españoles a los



CONSEJO DE ESTADO

correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, a efectos de apreciar la agravante de reincidencia".

A juicio del departamento ministerial proponente, el carácter orgánico de ese tercer párrafo del proyectado artículo 22.8ª del Código Penal otorgaría cobertura suficiente a lo dispuesto con rango de Ley ordinaria en el artículo 14.1 del Anteproyecto, de ahí que la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia haya considerado que este precepto no necesita ser aprobado por Ley Orgánica.

Sin embargo, debe notarse que la equiparación entre las condenas anteriores dictadas en España y en otros Estados miembros que impone el Derecho de la Unión Europea no agota sus efectos en la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia, en los términos establecidos en el artículo 14.1 del Anteproyecto en relación con el proyectado artículo 22.8ª del Código Penal, sino que se extiende, con la mayor amplitud, a todos aquellos atribuidos por el ordenamiento español a las condenas anteriores "tanto durante el propio proceso como en la fase previa al mismo y en la fase de ejecución de la condena", como prevé el artículo 15.1 del Anteproyecto en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, "en particular -añade este precepto europeo- por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de la pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución".

En tal sentido, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros deberán ser tenidas en cuenta, entre otros supuestos señalados por el Consejo General del Poder Judicial, para acordar la prisión provisional (artículo 503.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECrím-) y la cantidad y calidad de la fianza que debe prestarse para eludir la (artículo 531 de la LECrím), determinar la pena (artículo 66.6ª del Código Penal -CP-) o el límite máximo de cumplimiento (artículo 76 del CP), denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (artículos 80 y 81.1 del CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adicción a sustancias

9



CONSEJO DE ESTADO

estupefacientes (artículo 87 del CP), ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad (artículo 88 del CP) y fijar el plazo para cancelación de los antecedentes penales (artículo 136.2.2º del CP).

La consideración de las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros en los nuevos procesos penales tramitados en España es, así, susceptible de producir variados efectos procesales y penales que inciden de manera directa en derechos fundamentales y libertades públicas y, por tal razón, sólo pueden ser regulados mediante una norma con naturaleza de Ley Orgánica.

El proyectado artículo 22.8ª del Código Penal, en cuanto se limita a regular uno solo de los diversos efectos jurídicos que se derivarán de la consideración de las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros -la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia-, no soluciona la inadecuación de la naturaleza normativa del Título II del Anteproyecto.

En consecuencia, el Consejo de Estado estima que el Título II del Anteproyecto, en el que se determinan los efectos de las condenas anteriores recaídas en otros Estados miembros en los nuevos procesos penales tramitados en España de acuerdo con la Decisión Marco 2008/675/JAI, debería tener un tratamiento diferenciado respecto del Título I, en el que se regula el intercambio de información de antecedentes penales en aplicación de la Decisión Marco 2009/315/JAI, y tramitarse de manera independiente con carácter de Ley Orgánica.

En este punto, y dado que las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros deberán ser consideradas por los Jueces y Tribunales españoles a efectos de la aplicación de preceptos ubicados tanto en el Código Penal como en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace precisa la aprobación de una "Ley Orgánica sobre la consideración, con motivo de un nuevo proceso penal, de las condenas dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea", en la que se consagre el principio de equivalencia jurídica de las condenas anteriores nacionales y extranjeras.



CONSEJO DE ESTADO

La realización efectiva de este principio no exige, ni tampoco aconseja, la modificación singular de los más importantes preceptos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en cuya aplicación deban tenerse en cuenta las condenas anteriores dictadas en otros Estados miembros, al modo en que pretende hacerse con el proyectado artículo 22.8ª del Código Penal relativo a la agravante de reincidencia, pues semejante proceder podría originar controversias en torno al verdadero alcance de dicho principio, que no se circunscribe -como ya se ha dicho- a la aplicación de la agravante de reincidencia sino que despliega múltiples e importantes efectos.

A juicio del Consejo de Estado, es preferible un reconocimiento general del principio de equivalencia de efectos jurídicos de las condenas anteriores nacionales y extranjeras en una norma con carácter de Ley Orgánica, de forma que los Juzgados o Tribunales españoles sepan que, al aplicar el ordenamiento penal y procesal con motivo de un nuevo proceso penal, deberán atribuir a las condenas anteriores dictadas contra el mismo sujeto en otros Estados miembros de la Unión Europea los mismos efectos que el Derecho español anuda a las condenas anteriores pronunciadas en España.

El contenido de la sugerida Ley Orgánica sobre la consideración, con motivo de un nuevo proceso penal, de las condenas dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea, debería ser el previsto en los artículos 14 y 15 del Anteproyecto, que componen su actual Título II, atribuyéndose naturaleza orgánica al menos al apartado 1 de ambos preceptos.

Esta observación tiene carácter esencial, por cuanto la pertinencia del carácter orgánico del Título II del Anteproyecto viene impuesta por el artículo 81 de la Constitución.

## VI.- Objeto del Anteproyecto

Según precisa su artículo 1, el Anteproyecto tiene por objeto regular tanto el intercambio de antecedentes penales entre Estados miembros de la Unión Europea (Título I), como la consideración de tales antecedentes en los nuevos procesos penales que se tramiten en España (Título II).



CONSEJO DE ESTADO

La delimitación del objeto de la norma proyectada exige, no obstante, una doble precisión adicional:

i) En primer lugar, los antecedentes penales que deben ser intercambiados y tenidos en consideración por los Estados miembros de la Unión Europea son únicamente los de las "personas físicas".

La Decisión Marco 2009/315/JAI reconoce que los procedimientos en ella establecidos sólo resultan de aplicación a la transmisión de información de los registros de antecedentes penales correspondientes a personas físicas, sin perjuicio de "la posibilidad de que en el futuro se amplíe el ámbito de aplicación de tales procedimientos para incluir el intercambio de información sobre personas jurídicas" (considerando 7). De acuerdo con ello, el artículo 1 del Anteproyecto precisa que el objeto de la Ley es "regular el intercambio de información sobre antecedentes penales de personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de la Unión Europea".

En cambio, la Decisión Marco 2008/675/JAI no aclara si, a efectos de un nuevo proceso penal, deben tomarse sólo en consideración las condenas anteriores de personas físicas o también las recaídas sobre personas jurídicas. A este respecto, cabe observar que la consideración de las condenas anteriores en un nuevo proceso penal constituye el corolario de un previo intercambio de antecedentes penales, de modo que sólo podrán ser tenidos en cuenta por el juzgador aquellos antecedentes que hayan sido remitidos desde otros Estados miembros. Como quiera que el sistema de intercambio sólo resulta de aplicación a los antecedentes penales de las personas físicas, es preciso entender que sólo estos podrán tomarse en consideración en un nuevo proceso penal. En tal sentido, el Consejo General del Poder Judicial ha señalado en su informe que "tanto la transmisión de información de los registros de antecedentes penales como la consideración de las resoluciones penales de otros Estados miembros solo se aplica respecto de las personas físicas".

De acuerdo con ello, el artículo 1 del Anteproyecto señala que el objeto de la Ley es "regular el régimen aplicable al intercambio de información



CONSEJO DE ESTADO

sobre antecedentes penales de personas físicas entre el Registro Central de Penados y las autoridades responsables de los registros nacionales de la Unión Europea y la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones judiciales condenatorias definitivas y firmes dictadas con anterioridad en otros Estados miembros de la Unión Europea”.

No obstante y para una mayor claridad, el inciso final de este precepto debería decir: “... de resoluciones judiciales condenatorias definitivas y firmes dictadas con anterioridad contra las mismas personas en otros Estados miembros de la Unión Europea”.

ii) En segundo término, las resoluciones que deberán ser tenidas en consideración en los procesos penales tramitados en España serán las dictadas por órganos jurisdiccionales del orden jurisdiccional penal a resultas de la comisión de una infracción de esta misma naturaleza.

El objeto de la Decisión Marco 2008/675 es -según su artículo 1.1- “establecer las condiciones en las cuales se tienen en cuenta, con motivo de un proceso penal contra una persona en un Estado miembro, las condenas anteriores pronunciadas en otro Estado miembro contra la misma persona por hechos diferentes”, entendiéndose por «condena» a efectos de la presente Decisión -dice el artículo 2- “toda resolución definitiva de un órgano jurisdiccional por la que se establece la culpabilidad de una persona por una infracción penal”.

En algunos países se admite, sin embargo, que determinadas resoluciones administrativas sean recurridas ante la jurisdicción penal. Por esta razón, la regulación contenida en la Decisión Marco 2008/675 -dice su considerando 4- “no debe impedir” a los Estados miembros “tener en cuenta, de acuerdo con sus legislaciones correspondientes y cuando dispongan de información al respecto, por ejemplo, resoluciones definitivas de autoridades administrativas, susceptibles de recurso ante la jurisdicción penal, que establezcan la culpabilidad de una persona por una infracción penal o por un hecho punible de acuerdo con el Derecho nacional por tratarse de personas jurídicas”.



## CONSEJO DE ESTADO

Pese a ello, el Consejo General del Poder Judicial ha entendido que sólo deberán ser tenidas en cuenta en España "las resoluciones definitivas y firmes por las que se condena a una persona por una infracción penal", ya que "la consideración de condenas administrativas, aun cuando sean revisables ante un órgano jurisdiccional penal, puede suponer un quebranto del principio de proporcionalidad".

A juicio del Consejo de Estado, la exclusión del objeto del Anteproyecto de las sanciones administrativas confirmadas por el orden jurisdiccional penal no se deriva tanto de la aplicación del principio de "proporcionalidad" como del principio de "equivalencia de efectos jurídicos" de las condenas anteriores dictadas en España y en otros Estados miembros, consagrado en el considerando 7 y en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675. Dado que en España no existen sanciones administrativas susceptibles de recurso ante la jurisdicción penal, se impone la conclusión, conforme al referido principio de equivalencia jurídica, de que las condenas dictadas en tales supuestos en otros Estados miembros no podrán ser tenidas en cuenta, como antecedentes, en ulteriores procesos penales tramitados en España.

### VII.- Régimen jurídico de la materia regulada

El artículo 2 del Anteproyecto señala que, tanto el intercambio de antecedentes penales entre Estados miembros de la Unión Europea, como la consideración en los procesos penales en España de las condenas anteriores firmes pronunciadas en otros Estados miembros, se regirán por "esta Ley" así como por lo dispuesto en "los convenios bilaterales o multilaterales con otros Estados miembros" y en "aquellas normas directamente aplicables de la Unión Europea en materia de cooperación judicial penal".

Interesa ahora detenerse en la referencia que contiene este precepto a "los convenios bilaterales o multilaterales" celebrados por España con otros Estados miembros.



CONSEJO DE ESTADO

Se trata de una previsión que tiene especial importancia en materia de antecedentes penales, dado que el sistema de intercambio de tales antecedentes entre autoridades centrales establecido en la Decisión Marco 2009/315/JAI no afecta:

i) Ni a la posibilidad de que disponen las autoridades judiciales de solicitarse y transmitirse directamente información del registro de antecedentes penales, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 13 y 15.3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1958, y el artículo 6.1 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea, establecido mediante Acto del Consejo de 29 de mayo de 2000 (considerando 10 y artículos 12.1 y 2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI).

ii) Ni a la aplicación de disposiciones "más favorables" contenidas en acuerdos bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros (artículo 12.5 de la Decisión Marco 2009/315/JAI), debiendo entenderse por tales aquellas que facilitan el intercambio de antecedentes penales respecto de lo previsto en esta Decisión Marco.

Por otra parte, los convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados miembros también pueden resultar relevantes en lo que respecta a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, dado que la Decisión Marco 2008/675/JAI define "una obligación mínima" para los Estados miembros de tener en cuenta las condenas pronunciadas por otros Estados miembros, que podrá ser incrementada por vía convencional en función de los acuerdos que adopten dos o más Estados miembros de la Unión Europea.

Por las razones apuntadas, la exposición de motivos del Anteproyecto debería contener algunas consideraciones explicativas de los principios que rigen las relaciones entre las Decisiones Marco 2009/315/JAI y 2008/675/JAI y los convenios bilaterales o multilaterales celebrados en este ámbito o que puedan suscribirse en el futuro.



### VIII.- Contenido del Anteproyecto

El análisis del Anteproyecto obliga a distinguir dos cuestiones que, aun cuando se encuentran íntimamente relacionadas, tienen un alcance diferente, como son, por una parte, el intercambio de información sobre antecedentes penales, regulado en el Título I, y, por otra, la consideración en España de resoluciones condenatorias anteriores pronunciadas en otros Estados miembros, abordada en el Título II.

Desde un punto de vista sistemático, el Consejo Fiscal ha entendido “deseable” que el Anteproyecto regule primero la consideración de resoluciones condenatorias anteriores pronunciadas en otros Estados miembros y después el intercambio de información sobre antecedentes penales, dado que aquella consideración es “antecedente necesario” de este intercambio. Según la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, la estructura de la norma proyectada “obedece a un criterio temporal: primero se llevará a cabo el intercambio de antecedentes para, posteriormente, considerar las resoluciones condenatorias dictadas con anterioridad en otro Estado miembro de la Unión Europea”. Entiende el Consejo de Estado que se trata de una justificación razonable para que la ordenación de las materias reguladas pueda mantenerse en sus actuales términos.

Por otra parte, no puede dejar de mencionarse la necesidad de que la redacción definitiva de la exposición de motivos de la proyectada Ley salve la alusión que contiene a que esta última está estructurada en dos Títulos, omitiendo, con ello, que la nueva Ley también incluye un Título Preliminar.

#### Título I.- Intercambio de información sobre antecedentes penales

Se organiza en tres Capítulos: el primero contiene una serie de “disposiciones generales”; el segundo regula la “notificación de sentencias condenatorias firmes entre los Estados miembros de la Unión Europea”; y el tercero se ocupa de la “información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central”.



CONSEJO DE ESTADO

Antes de entrar en el análisis de la regulación proyectada, debe advertirse que el régimen jurídico aplicable a la notificación de las sentencias condenatorias firmes y a la consulta de antecedentes penales es parcialmente diferente tanto en la Decisión Marco 2008/675 como en el Anteproyecto: la notificación de las sentencias condenatorias debe realizarse de manera inmediata, una vez recaídos tales pronunciamientos, y se circunscribirá al contenido de tales condenas; en cambio, la consulta de antecedentes penales puede efectuarse en cualquier momento y la respuesta versará sobre todas aquellas condenas recaídas sobre un determinado sujeto. Con esta precisión debe abordarse el examen del Título I del Anteproyecto.

▪ *Disposiciones generales*

El Capítulo I del Título I del Anteproyecto contiene tres previsiones de alcance general que, por tal razón, deberían resultar de aplicación tanto a la notificación de las sentencias condenatorias firmes entre Estados miembros del Capítulo II como a la consulta de antecedentes penales entre las autoridades centrales de tales Estados del Capítulo III:

i) La primera de estas disposiciones, contenida en el artículo 3 del Anteproyecto, carece, sin embargo, de esa nota de generalidad, pues en ella se regula propiamente la información sobre antecedentes penales que, ante cualquier consulta, debe proporcionar el Registro Central de Penados de España, siendo así que este precepto debería ubicarse dentro del Capítulo III del Título I que se dedica a tal cuestión.

En efecto, el artículo 3 del Anteproyecto prevé, al amparo de lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Decisión Marco 2008/675, que el Registro Central de Penados de España deberá informar no sólo de los antecedentes que consten en el mismo sino también de los que figuren en el registro de otros "Estados miembros" -cuando la consulta se refiera a nacionales de estos Estados o a personas que hayan tenido nacionalidad o residencia en ellos- o de "terceros países" -cuando la consulta concierna a nacionales de estos países o a personas que hayan tenido nacionalidad o residencia en ellos-.



CONSEJO DE ESTADO

El contenido de este precepto, en cuanto específicamente aplicable a la consulta de antecedentes penales, aconseja situarlo en el Capítulo III del Título I y no en el Capítulo I de disposiciones generales.

Por lo demás, no debe utilizarse en el tercer párrafo del artículo 3 del Anteproyecto la expresión "Estado no comunitario" como equivalente a la de "tercer país". El tránsito desde las Comunidades Europeas a la actual Unión Europea impide el empleo del calificativo "comunitario" para referirse a los Estados o al Derecho de esa Unión. Para subsanar este error, bastaría con que el mencionado tercer párrafo dijese: "Cuando se trate de nacionales de terceros países o personas que hayan tenido residencia o nacionalidad en los mismos,...".

La misma corrección debería hacerse, en este caso por razones meramente estilísticas, en el párrafo segundo del artículo 3 del Anteproyecto, sustituyendo "en otro Estado miembro" por "en los mismos".

ii) La segunda de las disposiciones generales del Capítulo I del Título I, contenida en el artículo 4 del Anteproyecto, determina la "autoridad competente en España para remitir y recibir información sobre antecedentes penales". En este caso sí se trata de una previsión digna de tal calificativo, dado que la autoridad designada -el Registro Central de Penados- será la que remita a otros Estados miembros la información tanto sobre las sentencias condenatorias firmes, en el momento en que éstas adquieran dicha condición, como sobre los antecedentes penales, en respuesta a las consultas planteadas por las autoridades centrales de aquéllos.

El contenido de este artículo 4 da cumplimiento a la obligación, establecida en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, de que cada Estado miembro designe "una o más" autoridades centrales a efectos del intercambio de información sobre antecedentes penales.

Entiende el Consejo de Estado que la designación del Registro Central de Penados, dependiente del Ministerio de Justicia, como la única autoridad central competente para el intercambio de información sobre



CONSEJO DE ESTADO

sentencias condenatorias firmes y antecedentes penales, se corresponde con la posición institucional de dicho organismo y las funciones que tiene atribuidas.

iii) La tercera de las disposiciones generales del Capítulo I del Título I se contiene en el artículo 5 del Anteproyecto, que regula el "procedimiento de intercambio de información sobre antecedentes penales".

El artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI establece este procedimiento, disponiendo que las autoridades centrales de los Estados miembros deberán transmitir esta información por "vía electrónica", una vez expirado el plazo máximo de tres años desde que el Consejo adopte los medios electrónicos para dicho intercambio (artículos 11.3, párrafo segundo, 11.4 y 11.7). En el momento actual han pasado más de tres años desde que la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, de 6 de abril de 2009, estableció el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), por lo que, a día de hoy, el Reino de España ya está obligado a remitir y solicitar la referida información por vía electrónica. Por excepción se admite que, en caso de "indisponibilidad" de los medios electrónicos de transmisión, la información deberá transmitirse y recibirse, utilizando el formulario que figura en el anexo de la Decisión 2009/315/JAI, "por cualquier medio que pueda dejar constancia escrita y en condiciones que permitan a la autoridad central del Estado miembro que las reciba comprobar su autenticidad" (artículo 11.3, párrafo primero, y 11.5, en relación con los artículos 6.4, 7.5, 8.1 y 9.1).

El artículo 5 del Anteproyecto se ajusta al artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, al prever que el intercambio de información se realizará "por vía electrónica" (artículo 5.1) y, "cuando no sea posible utilizar" este procedimiento, "a través del formulario que figura en el anexo de esta ley, por cualquier medio que deje constancia escrita, en condiciones que permitan establecer su autenticidad" (artículo 5.2, párrafo primero).

Por tanto, la utilización de un formulario escrito se contempla como mecanismo subsidiario de transmisión de antecedentes penales, para el supuesto de "indisponibilidad" del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS).



CONSEJO DE ESTADO

El Consejo General del Poder Judicial ha considerado correcto que el Anteproyecto se refiera con carácter general al intercambio de información por vía electrónica y no contenga una mención específica al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS), dado que “un cambio del sistema electrónico -lo que resulta improbable a priori- precisaría la adaptación de la ley”. El Consejo de Estado coincide con este parecer.

Asimismo, cabe observar que el Anteproyecto contempla la obligación de traducir la solicitud de información de antecedentes penales a la lengua oficial del Estado al que se dirige en el caso de que deba utilizarse el formulario escrito (artículo 5.2, párrafo segundo) pero no, en cambio, cuando los datos se transmiten a través del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS). Esta previsión, que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 10 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, encuentra explicación en que el Sistema ECRIS funciona a través de una serie de códigos asignados a las distintas categorías de delitos y penas que permiten la comprensión mutua de la información transmitida sin necesidad de traducción a las lenguas oficiales de cada uno de los Estados miembros. Se trata, por lo tanto, de una correcta transposición del Derecho de la Unión Europea en este aspecto.

Por lo demás, debe modificarse la rúbrica actual del anexo de la proyectada Ley (“Formulario mencionado en los artículos 6, 7, 8, 9 y 10 de la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros”) al que se remite el artículo 5 del Anteproyecto, dado que la referencia a dichos preceptos de la Decisión Marco carece de sentido una vez que ésta ha sido incorporada al ordenamiento interno. De manera más correcta, dicho anexo tendría que encabezarse con el título de “Formulario para el intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros”.

▪ *Notificación de sentencias condenatorias firmes entre los Estados miembros de la Unión Europea*

El Capítulo II del Título I del Anteproyecto contempla las obligaciones del Registro Central de Penados de inscribir las notas de condena



CONSEJO DE ESTADO

de sentencias firmes relativas a españoles transmitidas por la autoridad central del Estado miembro de condena (artículo 6) y de informar sobre las condenas pronunciadas en España a los Estados miembros de la nacionalidad del condenado (artículos 7, 8 y 9):

i) La obligación del Registro Central de Penados de inscribir las notas de condena de sentencias firmes recaídas sobre españoles en otros Estados miembros de la Unión Europea trae causa de lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

En este precepto se impone al Estado miembro de la nacionalidad del condenado la obligación de conservar la información remitida por los demás Estados miembros sobre las condenas pronunciadas en su territorio, a fin de poder transmitirla a otros que la requieran. El artículo 6.1 del Anteproyecto recoge esta obligación y la modula en un triple aspecto:

- En primer lugar, no establece meramente una obligación de conservar la información sobre las condenas a sus nacionales remitidas desde otros Estados miembros al objeto de su ulterior retransmisión, como exige el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, sino que impone la inscripción de la nota de tales condenas en el Registro Central de Penados. El mayor rigor del Anteproyecto en este punto no contraviene la Decisión Marco 2009/315/JAI, que contiene una normativa de mínimos susceptible de ser reforzada por los Estados miembros en aras de facilitar el intercambio de antecedentes penales entre ellos.

- En segundo término, el artículo 6.1 del Anteproyecto no circunscribe la obligación de inscripción en el Registro Central de Penados únicamente a las condenas recaídas sobre los nacionales españoles, en los términos previstos en el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, optando por ampliarla a toda aquella persona que, no teniendo nacionalidad española, "hubiera sido condenada en España con anterioridad, fuera o hubiera sido residente en España". A juicio del Consejo de Estado, la coordinación de este precepto con lo dispuesto en los artículos 3 y 10.3 del Anteproyecto debiera llevar a contemplar asimismo la inscripción en el Registro Central de



CONSEJO DE ESTADO

Penados de las condenas de quienes "hubieran tenido la nacionalidad española".

- En tercer lugar, el artículo 6.1 del Anteproyecto excluye en su párrafo segundo de la inscripción en el Registro Central de Penados las notas de condena referidas "a menores de edad de acuerdo con la legislación del Estado de condena o la legislación nacional o exclusivamente a infracciones penales no tipificadas en España como delito o falta", sin perjuicio de la conservación de esta información para su transmisión a otros Estados miembros. Dado que la obligación de inscripción de las condenas de los nacionales pronunciadas en otros Estados miembros constituye una norma de derecho interno que excede de la mera conservación de dicha información prevista en el artículo 5.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, resulta justificada la previsión de que las condenas recaídas en otros Estados miembros en relación con menores de edad penal según la legislación española o del Estado de condena o con infracciones no tipificadas penalmente en España no sean susceptibles de inscripción en el Registro Central de Penados sino tan solo de conservación a efectos de su transmisión a otros Estados miembros.

Por lo demás y en coherencia con la obligación del Registro Central de Penados de inscribir las notas de condena de las sentencias firmes recaídas sobre españoles en otros Estados miembros de la Unión Europea, en los términos ya examinados, el artículo 6.2 del Anteproyecto prevé, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, la modificación o cancelación de dicha información cuando así lo comunique el Estado miembro de condena, "sin perjuicio de la aplicación a efectos internos de las normas nacionales en materia de cancelación de antecedentes cuando se den los requisitos legalmente establecidos y resulten más favorables, salvo en lo que se refiere a su posible retransmisión a otros Estados miembros". Esta previsión de cancelación de los antecedentes penales a efectos exclusivamente internos, que el Consejo General del Poder Judicial ha considerado "acertada", es compatible con el Derecho de la Unión Europea desde el momento en que se deja a salvo la posible retransmisión de dicha información a otros Estados miembros, que es lo único que exige la Decisión Marco 2009/315/JAI.



CONSEJO DE ESTADO

ii) La obligación del Registro Central de Penados de informar sobre las condenas pronunciadas en España a los Estados miembros de la nacionalidad del condenado da cumplimiento a lo ordenado en los artículos 4 y 7.2, párrafo tercero, de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

El artículo 4 de la Decisión Marco 2009/315/JAI prevé que la autoridad central del Estado de condena deberá informar sobre las condenas pronunciadas en su territorio a las autoridades centrales del Estado o Estados miembros de la nacionalidad del condenado, así como comunicar las posteriores modificaciones o cancelaciones de dicha información.

El artículo 7.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI dispone en su párrafo tercero que, al transmitir dicha información, la autoridad central del Estado miembro de condena podrá advertir a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad de que la información sobre las condenas "no podrá ser retransmitida" a otro Estado miembro "para fines distintos de un procedimiento penal": en este caso, el Estado miembro de la nacionalidad del condenado deberá informar a ese otro Estado miembro de que habrá de presentar su solicitud de información directamente ante el Estado miembro de condena.

Las previsiones contenidas en los artículos 4 y 7.2, párrafo tercero, de la Decisión Marco 2009/315/JAI se transponen de manera adecuada en el artículo 7 del Anteproyecto, que, por lo tanto, no suscita observaciones.

A continuación, los artículos 8 y 9 del Anteproyecto regulan, respectivamente, el contenido de la información que el Registro Central de Penados deberá remitir al Estado miembro de la nacionalidad del condenado y el plazo en que deberá realizarse dicha notificación, en términos compatibles con la Decisión Marco 2009/315/JAI.

- El contenido de la información que la autoridad central del Estado miembro de condena (en este caso, el Registro Central de Penados del Reino de España) deberá remitir, salvo desconocimiento, al Estado de la nacionalidad del condenado se detalla en el artículo 11.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI,



CONSEJO DE ESTADO

sin perjuicio de la posible transmisión de cualquier otra relativa a la condena que conste en el registro de antecedentes penales.

El artículo 9 del Anteproyecto incorpora correctamente la regulación europea, aunque omite referirse, dentro de "la información sobre el condenado", a las "impresiones dactilares obtenidas del condenado" que se mencionan en el artículo 11.1.c).ii) de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

Debe, por tanto, añadirse una referencia a tales impresiones dactilares dentro de la información sobre el condenado que el Registro Central de Penados deberá remitir, conforme el artículo 8.1.a) del Anteproyecto, a las autoridades competentes de los Estados miembros de la nacionalidad del condenado.

- El plazo en que la autoridad central del Estado miembro de condena (en este caso, el Registro Central de Penados del Reino de España) deberá notificar las condenas al Estado miembro de la nacionalidad del condenado no se encuentra determinado a nivel europeo.

El artículo 4.2 de la Decisión 2009/315/JAI se limita a señalar que la autoridad central del Estado miembro de condena comunicará "cuanto antes" a las autoridades centrales de los restantes Estados miembros las condenas pronunciadas dentro de su territorio contra los nacionales de estos Estados.

El plazo máximo de un mes previsto a estos efectos en el artículo 9 del Anteproyecto satisface -al parecer del Consejo de Estado- las exigencias temporales del artículo 4.2 de la Decisión 2009/315/JAI.

▪ *Información sobre antecedentes penales a petición de una autoridad central*

El Capítulo III del Título I del Anteproyecto regula las consultas del Registro Central de Penados a las autoridades centrales de otros Estados miembros, las respuestas del Registro Central de Penados a las consultas de las autoridades centrales de tales Estados miembros y su plazo de emisión, y



CONSEJO DE ESTADO

las condiciones de uso de los datos que forman parte de los antecedentes penales:

i) Las consultas del Registro Central de Penados a las autoridades centrales de otros Estados miembros son objeto del artículo 10 del Anteproyecto.

El artículo 10.1 del Anteproyecto se ajusta a lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, al prever que dicha consulta podrá realizarse "en el marco de un proceso penal o con cualquier otro fin válido en el ordenamiento jurídico español".

El artículo 10.2 del Anteproyecto constituye asimismo una correcta transposición del párrafo tercero del artículo 7.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, al que antes se ha hecho referencia. Según este último precepto, la autoridad central del Estado miembro de condena podrá advertir a la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad de que la información sobre las condenas "no podrá ser retransmitida" a otro Estado miembro "para fines distintos de un procedimiento penal": en tal supuesto, la autoridad central del Estado miembro de nacionalidad de la persona comunicará al Estado miembro requirente "de que otro Estado miembro ha transmitido dicha información para que el Estado miembro requirente pueda presentar una solicitud directamente al Estado miembro de condena, con el fin de obtener información sobre dichas condenas". El artículo 10.2 del Anteproyecto recoge esta previsión de manera exacta, aunque su tenor quizá resultase más claro si, pese a la reiteración, la expresión "éste último" fuera sustituida por "Estado de condena".

El artículo 10.3 del Anteproyecto, en fin, recoge la condición prevista en el artículo 6.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI para que un Estado miembro pueda, a la vista de la solicitud de antecedentes penales formulada por cualquier ciudadano interesado, requerir información a otro Estado miembro: dicha condición es que el ciudadano interesado sea o haya sido nacional o residente del Estado miembro, tal y como se dispone en la norma proyectada.



CONSEJO DE ESTADO

ii) El contenido de las respuestas del Registro Central de Penados a las consultas de las autoridades centrales de otros Estados miembros y el plazo para la emisión de tales respuestas se regulan en los artículos 11 y 12 del Anteproyecto:

- El contenido de las respuestas del Registro Central de Penados a las consultas sobre antecedentes penales formuladas por las autoridades centrales de otros Estados miembros se determina, con carácter general, en el artículo 11.1 del Anteproyecto, comprendiendo las notas de condena dictadas por tribunales españoles o extranjeros que no hayan sido canceladas (letras a y b), así como las condenas de menores de edad penal según la legislación española o del Estado de condena o por infracciones no tipificadas penalmente en España (letra c). Esta regulación se proyecta en términos coherentes con lo dispuesto en el artículo 7.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI. No obstante, el apartado c) del artículo 11.1 del Anteproyecto, en el que se hace una mención singular de las condenas de los menores de edad penal o por infracciones no tipificadas en España, constituye una norma de derecho interno, introducida con fines de coordinación sistemática con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 6.1 del Anteproyecto, ya glosado con anterioridad.

En el caso de que la consulta sobre antecedentes penales se formule al margen de un procedimiento penal, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 11.2 del Anteproyecto, dictado en cumplimiento del artículo 7.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI. Este último precepto obliga a informar sobre las condenas de los nacionales transmitidas por otros Estados miembros, pero remite a lo dispuesto en los ordenamientos internos en lo relativo a las condenas de los nacionales pronunciadas en el Estado miembro de nacionalidad o transmitidas por terceros países. El artículo 11.2 del Anteproyecto no realiza tal distinción, disponiendo en su párrafo primero que "la respuesta comprenderá toda la información disponible en la medida en que puedan obtenerla las autoridades españolas", lo que, en la práctica, implica que el Registro Central de Penados deberá informar de los antecedentes penales por condenas pronunciadas en España o, cuando le hayan sido transmitidas, en Estados miembros o terceros países, de forma idéntica a lo previsto en el artículo 11.1 del Anteproyecto. Por lo demás, si existiera información procedente de otros Estados miembros que hubiera sido remitida como no



CONSEJO DE ESTADO

retransmisible fuera del marco de un proceso penal, el párrafo segundo del artículo 11.2 del Anteproyecto, de conformidad con el artículo 7.2 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, obliga a informar de dicha circunstancia al Estado requirente, para que éste pueda solicitar la información del Estado de condena.

- Los plazos de respuesta del Registro Central de Penados a las consultas de las autoridades centrales de otros Estados miembros, establecidos en el artículo 12 del Anteproyecto, se adecuan a lo dispuesto en el artículo 8 de la Decisión Marco 2009/315/JAI. En este precepto europeo se distinguen dos supuestos: por una parte, las consultas sobre antecedentes penales para su uso en un proceso penal o para cualquier otro fin deberán ser respondidas por el Estado requerido "de manera inmediata y, en cualquier caso, en un plazo que no podrá ser superior a 10 días hábiles desde la fecha de recepción de la solicitud", sin perjuicio de que si el Estado requerido solicita información adicional para la correcta identificación de las personas cuyos antecedentes se interesan, la respuesta se dará "en los 10 días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la nueva información solicitada" (artículo 8.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI); por otra, las consultas sobre antecedentes penales relativas a un condenado que sea o haya sido nacional o residente en el Estado requerido deberán ser respondidas por éste "en un plazo que no podrá ser superior a 20 días hábiles desde la fecha de recepción de la solicitud" (artículo 8.1 de la Decisión Marco 2009/315/JAI). El artículo 12 del Anteproyecto respeta, en sus dos apartados, el límite temporal máximo fijado por el Derecho de la Unión Europea.

iii) Las condiciones de uso de los datos integrantes de los antecedentes penales se fijan en el artículo 13 del Anteproyecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

En este punto, la regulación proyectada suscita las siguientes observaciones:

- Desde un punto de vista sistemático, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 13 del Anteproyecto debe constituir un apartado independiente numerado como 2.



CONSEJO DE ESTADO

- Desde un punto de vista sustantivo, es preciso detenerse en el análisis del apartado 3 del artículo 13 del Anteproyecto, en el que se prevé que “los datos de carácter personal comunicados al Registro Central de Penados por otro Estado miembro podrán ser utilizados para la protección del orden público o de la seguridad nacional gravemente amenazados”.

Esta posibilidad se contempla en el artículo 9.3 de la Decisión Marco 2009/315/JAI “para evitar una amenaza inminente y grave de la seguridad pública”. El artículo 13.3 del Anteproyecto sólo recoge la gravedad pero no la inminencia de esta amenaza, como resulta obligado por la excepcionalidad del supuesto y los propios términos literales en que se expresa el artículo 9.3 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.

Por otro lado, el Consejo General del Poder Judicial ha recomendado que, en estos casos, se notifique la utilización de tales datos a la Agencia Española de Protección de Datos, en línea con lo sugerido en su momento en el Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros (COM (2005) 690 final). Dicha recomendación es, sin embargo, ajena a los principios que rigen la legislación de protección de datos de carácter personal, que exceptúa del consentimiento del interesado la recogida de datos de carácter personal “para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias” (artículo 6.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos). Entre los ficheros de titularidad pública se mencionan los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: “La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales, debiendo ser almacenados en ficheros específicos establecidos al efecto, que deberán clasificarse por categorías en función de su grado de fiabilidad” (artículo 22.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos). La obligación de notificar la creación de un fichero a la Agencia Española de Protección de Datos sólo se exige en los



CONSEJO DE ESTADO

ficheros de titularidad privada (artículo 26 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos), pero no en los de titularidad pública. Por las razones expuestas, el tratamiento de datos personales de los condenados "para evitar una amenaza inminente y grave para la seguridad pública", previsto en los artículos 9.3 de la Decisión Marco 2009/315/JAI y 13.3 del Anteproyecto, debe quedar exento de la obligación de notificación a la Agencia Española de Protección de Datos.

Título II.- Consideración de resoluciones condenatorias

La rúbrica del Título II debería ser más precisa y elocuente, reformulándose, por ejemplo, en unos términos similares a "Consideración de resoluciones condenatorias dictadas en otros Estados miembros".

Los artículos 14 y 15 del Anteproyecto, integrantes de ese Título II, incorporan al ordenamiento español la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros con motivo de un nuevo proceso penal.

Sin perjuicio de que este Título II debería desgajarse del presente Anteproyecto y aprobarse de manera independiente en una norma con naturaleza de Ley Orgánica, por las razones que se han expuesto en el apartado V "Naturaleza normativa" de las consideraciones del presente dictamen, procede ahora analizar su contenido a la luz de lo dispuesto en la Decisión Marco 2008/675/JAI.

El objeto de la Decisión Marco 2008/675/JAI es establecer las condiciones en las cuales se deberán tener en cuenta, con motivo de un proceso penal incoado contra una determinada persona en un Estado miembro, las condenas anteriores pronunciadas "contra la misma persona por hechos diferentes" (artículo 1.1).

A tal fin, se establecen, entre otras, dos disposiciones fundamentales:



CONSEJO DE ESTADO

i) Por una parte, se consagra en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI el principio de equivalencia de efectos jurídicos entre las condenas anteriores nacionales y las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra las mismas personas por hechos diferentes:

“Cada Estado miembro garantizará que se tomen en consideración, con motivo de un proceso penal contra una persona, las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por hechos diferentes, sobre las cuales se haya obtenido información a través de los instrumentos de asistencia jurídica aplicables o mediante el intercambio de información extraída de los registros de antecedentes penales, en la medida en que se tomen en consideración las condenas nacionales anteriores y se atribuyan a aquellas condenas los mismos efectos jurídicos que a las condenas nacionales anteriores, de conformidad con el Derecho nacional”.

La consideración de las condenas anteriores “contra la misma persona por hechos diferentes” prevista en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI parte de la virtualidad del principio *non bis idem* en las relaciones entre los Estados miembros, de forma que sólo podrán ser tenidas en cuenta en un nuevo proceso penal aquellas condenas anteriores pronunciadas contra un mismo sujeto por la comisión de distintos hechos constitutivos de infracción penal, sea ésta de la misma (reincidencia) o distinta (reiteración) naturaleza.

De este modo, los Jueces y Tribunales españoles se encuentran obligados a atribuir a las condenas anteriores pronunciadas en otros Estados miembros los mismos efectos jurídicos previstos para la reincidencia o la reiteración, según los casos, en el ordenamiento interno.

ii) Por otra parte, se prevé en el artículo 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI que el principio de equivalencia de efectos jurídicos resultará de aplicación en la fase previa del proceso penal, durante el propio proceso y en el momento de ejecución de la condena:

“El apartado 1 se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las





CONSEJO DE ESTADO

relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de pena impuesta, e incluso la normas que rigen la ejecución de la resolución”.

Los efectos jurídicos de las condenas anteriores contra la misma persona por hechos distintos pueden ser muy variados en el ordenamiento español:

- Si la condena anterior dictada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de la misma naturaleza, procede la aplicación de la circunstancia agravante de “reincidencia” (artículo 22.8ª del Código Penal).

- Si la condena anterior pronunciada contra la misma persona por hechos distintos apreció un delito de distinta naturaleza, esta “reiteración” deberá ser tenida en cuenta, tal y como se señaló en el apartado V “Naturaleza normativa” del presente dictamen, para acordar la prisión provisional (artículo 503.1.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -LECrím-) y la cantidad y calidad de la fianza que debe prestarse para eludiría (artículo 531 de la LECrím); determinar la pena (artículo 66.6ª del Código Penal -CP-) o el límite máximo de cumplimiento (artículo 76 del CP); denegar la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por no ser la primera vez que delinque el condenado (artículos 80 y 81.1 del CP), decretar la suspensión de la pena privativa de libertad cuando el reo haya delinquido por su adición a sustancias estupefacientes (artículo 87 del CP); ponderar la condición de reo habitual a los fines de la sustitución de la pena privativa de libertad (artículo 88 del CP) y fijar el plazo para cancelación de los antecedentes penales (artículo 136.2.2º), entre otros supuestos.

El Anteproyecto sometido a consulta transpone los artículos 3.1 y 3.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI con una ostensible falta de rigor en sus respectivos artículos 14.1 y 15.1.

El departamento ministerial proponente entendió, en el texto inicial del Anteproyecto, que el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI, al prever la consideración en un nuevo proceso penal de las condenas anteriores



CONSEJO DE ESTADO

pronunciadas en otros Estados miembros "contra la misma persona por los mismos hechos", estaba consagrando la aplicación de la agravante de "reincidencia" en tales casos.

En tal sentido, el artículo 14.1 del Anteproyecto disponía en su redacción originaria lo siguiente:

"Las autoridades judiciales españolas tendrán en consideración a efectos de aplicación de las reglas de reincidencia, con motivo de un nuevo proceso penal en España, las resoluciones condenatorias firmes dictadas con anterioridad en otro Estado miembro de la Unión Europea, contra la misma persona pero por distintos hechos, siempre que se tengan en cuenta las condenas nacionales anteriores de acuerdo con el Código Penal".

En el apartado II de la exposición de motivos del Anteproyecto se explicaba que esta norma "se coordina con la reforma del Código Penal para que los efectos de la reincidencia sean aplicables en las mismas condiciones cuando la sentencia condenatoria haya sido dictada en España o en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea", lo que supone una clara referencia a la nueva redacción del artículo 22.8ª del Código Penal que se encuentra en fase de proyecto.

El Consejo General del Poder Judicial advirtió en su informe que el artículo 14.1 del Anteproyecto introducía una "inaceptable confusión" de las figuras de la "reiteración delictiva" (comisión por una misma persona de hechos distintos constitutivos de delitos de distinta naturaleza) con la agravante de "reincidencia" consagrada en el artículo 22.8ª del Código Penal (comisión por una misma persona de hechos distintos tipificados como delitos de la misma naturaleza).

En respuesta a estas críticas, el texto final del Anteproyecto remitido a este Consejo de Estado omite cualquier referencia a la "reincidencia" en el artículo 14.1 del Anteproyecto, que se mantiene, sin embargo, en el apartado II de la exposición de motivos. El tenor actual del precepto dice así:



CONSEJO DE ESTADO

“El Juez o Tribunal tendrá en consideración a efectos de aplicación de las reglas de aplicación de la pena, con motivo de un nuevo proceso penal en España, las resoluciones condenatorias firmes dictadas con anterioridad en otro Estado miembro de la Unión Europea, contra la misma persona pero por distintos hechos, siempre que se tengan en cuenta las condenas nacionales anteriores de acuerdo con el Código Penal”.

Esta modificación, consistente en la sustitución de “a efectos de la aplicación de las reglas de reincidencia” por “a efectos de aplicación de las reglas de aplicación de la pena”, en modo alguno subsana las graves deficiencias del Anteproyecto en este punto, pues la consideración de las condenas anteriores en un nuevo proceso penal “contra la misma persona por hechos distintos”, prevista en el artículo 3.1 de la Decisión 2008/675/JAI, no se agota en el concreto ámbito de “las reglas de aplicación de la pena”, sino que, como dice el artículo 3.2 de la Decisión 2008/675/JAI, deberá jugar “en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y en la fase de ejecución de la condena, en particular por lo que respecta a las normas de procedimiento aplicables, incluidas las relativas a la detención provisional, la calificación de la infracción, el tipo y el nivel de pena impuesta, e incluso las normas que rigen la ejecución de la resolución”.

Ciertamente, podría entenderse que el artículo 15.1 del Anteproyecto consagra el principio general de equivalencia de efectos jurídicos, mientras que el artículo 14.1 del Anteproyecto constituye una manifestación particular de este principio en relación con las reglas de aplicación de la pena, pero la ubicación sistemática de ambos preceptos evidencia que tal no ha sido la intención del departamento ministerial proponente.

A juicio del Consejo de Estado, la confusión generada por el modo en que se pretende efectuar la transposición de los artículos 3.1 y 3.2 de la Decisión 2008/675/JAI desaparecería si se refundieran los artículos 14.1 y 15.1 en uno solo que enunciara dicho principio y precisase su ámbito de aplicación.

De esta nueva formulación debería desaparecer la expresión “siempre que cumplan [los] artículos 6 y 7 [del] Convenio Europeo [de] Derechos Humanos”, que no figuraba en el artículo 15.1 del texto inicial del



CONSEJO DE ESTADO

Anteproyecto. El Consejo Fiscal ha mostrado sus reservas a la misma, por entender que obliga a los Tribunales españoles a un juicio de valor previo a la toma en consideración de la condena que no siempre será fácil o incluso posible, proponiendo que se redacte de forma negativa, de manera que no se tengan en cuenta las resoluciones extranjeras cuando existan razones para creer, a juicio del Tribunal, que no se han respetado los referidos derechos fundamentales. En realidad, no es seguro que la Decisión Marco 2008/675/JAI pretenda establecer una suerte de filtro para la toma en consideración de resoluciones de otros Estados miembros. Es verdad que el artículo 1.2 de la Decisión Marco 2008/675/JAI señala que "la presente Decisión marco no tendrá por efecto modificar la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales enunciados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea", que se remite al antes mencionado Convenio Europeo. Pero esta previsión no parece que pueda interpretarse en el sentido de que los Jueces o Tribunales españoles tengan que hacer una nueva valoración de lo ya juzgado en otros Estados miembros que, a la postre, iría contra la propia esencia de la cooperación jurídica en materia penal, sino en el de que deberán aplicar, en el ámbito interno, las previsiones de la mencionada Decisión Marco 2008/675/JAI y de la Ley que la transpone respetando tales derechos y principios. Así lo entiende el artículo 3 del anteproyecto de Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, cuando dispone que "la presente ley se aplicará respetando los derechos y libertades fundamentales recogidos en la Constitución Española, en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1950". Y así debiera decirlo también el presente Anteproyecto, aunque esta vez en su exposición de motivos, evitando la inclusión en el artículo 15.1 o en cualquier otro precepto de su Título II de cualquier referencia a tales principios y derechos que, por su formulación, resultase susceptible de ser interpretada, con alcance general, como una barrera de entrada para la toma en consideración en España de resoluciones dictadas en otros Estados miembros que pudiera resultar contraria a la cooperación judicial que se promueve.

A la vista de las consideraciones realizadas, cabría proponer un nuevo artículo 14, resultante de la refundición de los actuales artículos 14.1 y 15.1, bajo la rúbrica "Efectos jurídicos de las resoluciones condenatorias



CONSEJO DE ESTADO

anteriores sobre el nuevo proceso penal” y cuyo apartado 1 tuviera el siguiente tenor:

“1. Las condenas anteriores firmes pronunciadas en otros Estados miembros contra la misma persona por distintos hechos surtirán, con motivo de un nuevo proceso penal, los mismos efectos jurídicos que las condenas anteriores firmes dictadas en España. Esta equivalencia de efectos jurídicos se aplicará en la fase previa al proceso penal, durante el propio proceso y con ocasión de la ejecución de la condena impuesta”.

A continuación de este nuevo artículo 14.1, se incluirían los actuales 15.2, 15.3 y 15.4 con una modificación correlativa en su numeración.

El actual artículo 15.2 del Anteproyecto (nuevo artículo 14.2), en el que se prevé que “las resoluciones condenatorias recaídas en procedimientos judiciales anteriores en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto sobre las sentencias firmes recaídas en España con anterioridad, ni sobre las resoluciones relativas a su ejecución, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión por los Jueces o Tribunales”, transpone correctamente al ordenamiento español lo dispuesto en los artículos 3.3 y 3.4 de la Decisión Marco 2009/315/JAI. No obstante, la referencia que a esta previsión se realiza en el apartado IV de la exposición de motivos extracta su contenido en términos poco acertados.

El actual artículo 15.3 del Anteproyecto (nuevo artículo 14.3), por su parte, incorpora de manera adecuada el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2009/315/JAI, al disponer que el Juez o Tribunal no estará limitado para dictar una sentencia condenatoria en un proceso penal incoado por infracciones cometidas en otro Estado miembro sobre las que no hubiera recaído condena firme, de forma que podrá pronunciarse una condena en España por los mismos hechos enjuiciados en otro Estado miembro en tanto en éste no haya recaído sentencia firme. El Consejo Fiscal ha entendido que este precepto consagra el principio *non bis in idem* internacional, lo que es así en el muy concreto sentido de que el aludido artículo permite el pronunciamiento de condena sólo “si -como dice el artículo 3.5 de la Decisión Marco 2009/315/JAI- la infracción penal por la que se desarrolla el nuevo proceso se cometió antes



## CONSEJO DE ESTADO

de que la condena anterior se haya dictado o ejecutado por completo". El Consejo de Estado coincide, en todo caso, con el Consejo Fiscal en la necesidad de redactar esta previsión de forma más clara.

El actual artículo 15.4 del Anteproyecto (nuevo artículo 14.4), en fin, prevé la aplicación de las normas españolas de cancelación de los antecedentes penales por condenas dictadas en otros Estados miembros de la Unión Europea a efectos de su consideración en un nuevo proceso penal tramitado en España. Se trata de una previsión justificada en el principio de equivalencia de los efectos jurídicos de las condenas dictadas en España y en los demás Estados miembros consagrado en el artículo 3.1 de la Decisión Marco 2008/675/JAI. No obstante, el Consejo Fiscal ha observado, con razón, que el artículo 15.4 tiene una redacción defectuosa, especialmente en su inciso final "... a menos que antes de que se produzca esa cancelación se comuniquen por el Estado de condena", que parece inacabado. A juicio del Consejo de Estado, debería decirse "... a menos que antes se comuniquen su cancelación por el Estado de condena".

Por lo demás, tras el nuevo artículo 14, se incluiría un artículo 15, bajo la rúbrica "Solicitud de antecedentes penales de otros Estados para su consideración en nuevo proceso penal", cuyo contenido sería el del actual artículo 14.2. Ahora bien, debe advertirse que, en su actual formulación, este precepto es oscuro y no resulta fácilmente comprensible por una ostensible falta de coordinación entre sus dos párrafos. Tal defecto podría subsanarse sustituyendo la expresión "en otros Estados miembros" empleada en el primer párrafo por "en otros Estados", dando así cabida tanto a los Estados miembros como a los terceros países a que se refiere el segundo párrafo del mismo artículo.

### **IX.- Otras observaciones formales**

El Anteproyecto está necesitado de una detallada revisión gramatical, ortográfica y estilística para evitar las deficiencias que se evidencian tras una lectura detenida de la norma.



CONSEJO DE ESTADO

Por lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno es de dictamen:

Que, una vez tenida en cuenta la observación formulada en cuanto a la naturaleza de la norma proyectada (apartado V) y consideradas las restantes, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 28 de noviembre de 2013

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.