

**REFLEXIONES SOBRE EL JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y
ALGUNAS DE SUS FUNCIONES EJECUTIVAS**

Emilio Sáez Malceño.
Fiscal de la Fiscalía Provincial de Huelva

Resumen.

Desde que la creación del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria por la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979, no puede decirse que el legislador español se haya prodigado en extender o perfilar sus competencias, conservando así unas facultades que le confieren el control de la legalidad de la actividad administrativa penitenciaria, en aras de la protección de los derechos del condenado, y que son las más notables por volumen de negocios, y otras encaminadas a la formulación de recomendaciones a Instituciones Penitenciarias sobre disciplina interior y programación de actividades, de gran proyección pero escaso uso. Existe no obstante un tertium genus integrado por decisiones que afectan directamente a la pena que se halla en cumplimiento efectivo, actuando sobre su extensión o el modo en el que debe pervivir, responsabilizándose con ello de tareas del sentenciador, al que en ocasiones suplanta por disposición legal y con el que en otras converge a nivel funcional o material. Gran parte de este último conglomerado de funciones será el analizado en el presente trabajo.

Sumario: 1. PRÓLOGO. 2. COMPETENCIAS DEL JVP AFECTAS A LAS FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. 2.1. PRESENTE Y FUTURO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL. 2.1.1. Motivos controvertidos de revocación del beneficio. 2.1.2. Nuevas perspectivas sobre los supuestos excepcionales. 2.2. CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA. 2.2.1. Resoluciones visibles y en ángulo muerto. 2.2.2. Competencia en primera instancia. 2.2.3. Fueros de competencia sobre el ingreso en un establecimiento penitenciario. 2.2.4. Las reformas en marcha. 3. EL JVP Y LA PENA DE TRABAJOS COMUNITARIOS. 3.1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y TRÁMITES. 3.2. DISFUNCIONES. 3.3. POSICIONAMIENTOS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA. 3.4. LIMITACIONES Y DURACIÓN DE LOS TBC. 4. BREVES NOTAS SOBRE LAS NUEVAS FUNCIONES TRANSFRONTERIZAS DEL JVP, O DE LA LIBERALIZACIÓN DEL TRASIEGO DE PENADOS COMUNITARIOS. 4.1. PRIMERA APROXIMACIÓN. 4.2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN OTRO ESTADO DE LA UE. 4.3. EL CUMPLIMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN OTRO PAÍS COMUNITARIO. 5. EL INCIDENTE MIXTO SOBRE ABONO DE PREVENTIVA. 5.1. CONSIDERACIONES GENERALES. 5.2. EL ABONO POR EL SENTENCIADOR. 5.2.1. Evolución doctrinal y jurisprudencial. 5.2.2. Frente a una pena y una medida de distinta especie. 5.2.3. Otros supuestos. 5.3. EL ABONO POR EL JVP. 6. LA SEGUNDA INSTANCIA PENITENCIARIA. 6.1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS. 6.2. EFECTOS DEL RECURSO. 6.3. JUZGADO SENTENCIADOR VESUS JUZGADO DE EJECUCIÓN. 6.4. REFORMAS PROYECTADAS SOBRE LA APELACIÓN.

1. PRÓLOGO.

Del modo más abstracto y amplio imaginable, el Art. 117.3 de la Constitución Española (CE), señala que *“el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”*.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) encontramos múltiples referencias sobre a quién corresponde controlar la ejecución de lo resuelto. Así el Art. 985 *dispone* que *“la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme”*. Sin embargo y dentro de la actividad ejecutiva existen dos tipos de penas respecto de las que el órgano judicial sentenciador ha de compartir funciones con otro operador del organigrama judicial, cual es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (JVP), tratándose de la pena privativa de libertad y la de trabajos en beneficio de la comunidad (TBC).

Para el caso concreto de que el fallo contuviera una pena privativa de libertad, nuestra legislación contiene una normativa sustantiva y procesal dispersa acerca de la supervisión de su cumplimiento, llegando a yuxtaponerse centros de poder muy distintos. En efecto y producido el ingreso de un ciudadano para cumplir sanción en un centro penitenciario (sea de prisión, sea por responsabilidad personal por impago de multa, sea en determinadas condiciones de localización permanente) son múltiples los mecanismos que se ponen en funcionamiento, al servicio dos objetivos que coinciden con dos fines asignados a las penas de esta naturaleza, a saber: que el sujeto ingrese en un penal y así el fallo condenatorio se haga realidad (la retribución y custodia), y que durante el plazo de retención se procure todo lo necesario para que el interno, tras su estancia, pueda adquirir o recobrar el sentido cívico que exige la normal convivencia en sociedad (la reinserción social).

Incumbe al sentenciador el logro de la primera meta indicada, desarrollando una labor ejecutiva más bien limitada y que aparece condensada el Art. 988 de la LECrim al disponer que *“cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado. Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia aunque el reo está sometido a otra causa, en cuyo caso se le conducirá, cuando sea necesario, desde el establecimiento penal en que se halle cumpliendo la condena al lugar donde se esté instruyendo la causa pendiente.”* De forma más categórica el Art. 990 en su segundo inciso expresa que *“corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno.”*

Como se ve, nuestra ley procesal penal no hace referencia alguna al día después del ingreso del condenado en un establecimiento penitenciario, apuntando ya a que sus funciones ejecutoras van a quedar en estado de levitación hasta el íntegro cumplimiento de la pena impuesta. Así resulta del Art. 15.1 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de Septiembre, General Penitenciaria (LOGP), que indica que *“el ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente”*, en clara referencia al sentenciador cuando el detenido lo sea por orden judicial para el cumplimiento de la pena impuesta, dejando a salvo los supuestos de ingreso voluntario del Art. 16 del Real

Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP). Por otra parte, el Art. 17.1 de la LOGP dice que *“La libertad de los detenidos, presos o penados sólo podrá ser acordada por la autoridad competente”*, y concretando tales autoridades el 17.3, reproducido por el Art. 24 del RP, señala que *“Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia”*. En consonancia, el Art. 22 .1 del RP dice que *“La libertad de los detenidos y presos sólo podrá ser acordada por mandamiento de la autoridad competente librado al Director del establecimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.”*

En suma y síntesis, en la gran mayoría de casos las funciones ejecutivas del sentenciador de cara a la pena prisión se limitan a gestionar la entrada (práctica de la liquidación de la pena por parte del Secretario Judicial a la vista de la propuesta del centro penitenciario; aprobación mediante auto de la liquidación; mandamiento de penado; archivo provisional de la ejecutoria) y la salida del interno del establecimiento, y es más: no faltan ocasiones en las que la excarcelación la acuerda el director (Art. 23 del RP), lo que sucede cuando se cursó la solicitud de aprobación de licenciamiento con antelación bastante pero, por razones diversas y llegado el *dies ad quem*, no se obtiene contestación del sentenciador.

No obstante, pueden abrirse dos tipos de incidentes en sede del tribunal sentenciador, siendo unos de carácter pre-penitenciario que tienden a agotar esta específica determinación del fallo, si bien a través de diversas vías alternativas al ingreso en prisión, cuales son la suspensión de la pena en sus distintas modalidades, a saber, la ordinaria del Art. 80.1, la extraordinaria por enfermedad del Art. 80.4 y la extraordinaria por drogodependencias del Art. 87, todos de la LO 10/95, de 23 de Noviembre, del Código Penal (CP), la sustitución por multa o trabajos comunitarios (Art. 88 del CP) o por la expulsión del territorio nacional (Art. 89 del CP) y el indulto (Art. 4.3 del CP). Debe hacerse notar que estas figuras han sido modificadas parcialmente por la aún no vigente LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP - BOE de 31 de Marzo de 2015- cuya Disposición Final 8ª pospone la entrada en vigor para el día 1 de Julio de 2015.

Otros incidentes sin embargo se sustentan constante el agotamiento material de la pena, y pueden conllevar importantes efectos en el régimen y tratamiento penitenciario si de su resultado se derivara una significativa reducción de la prolongación inicial de la misma, dado que ésta influye decisivamente en la clasificación penitenciaria, e incluso podrá darse el caso de que el interno deba ser inmediatamente excarcelado por haber cumplido íntegramente su condena. Se trata por tanto del retorno al control en la ejecución de la pena ejercido por el ejecutor, a través de decisiones que vienen a tener consecuencias frontales en el modo en el que se ejecuta la pena, por cuanto uno de los condicionantes del sistema de individualización científica (arts. 102.2 del RP y 73 de la LOGP) es *“la duración de las penas”*. Se trata en concreto de la acumulación jurídica de penas del Art. 988 de la LECrim, que atribuye al último sentenciador la función de *“fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas conforme a lo dispuesto en el artículo 76 del Código Penal”*, y del abono de preventiva contemplado en el Art. 58.1 del CP, que puede suscitarse de modo subsiguiente a la inicial liquidación de la pena que se impuso y se está ejecutando, cuando el interno hubiera permanecido en un centro como preso y como penado de forma simultánea en el tiempo y con anterioridad a la reforma operada en el CP por la LO 5/10, de 22 de Junio, puesto que tras su entrada en vigor se rechaza el doble cómputo, caso en el que entraría en juego una potestad revisora del ejecutor sobre la extensión de la condena.

Dejando de lado las dos indicadas salvedades, una vez ingresado el recluso en un penal es cuando se activa la intervención del JVP, al que nuestro ordenamiento concede el control de la pena a través de una doble fórmula: de un lado fiscalizando la actividad administrativa penitenciaria (Art. 76.2 b) a j) y Art. 77, ambos de la LOGP), y de otro actuando sobre la pena

misma que impuso el órgano sentenciador, bien adoptando *“todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores”* (Art. 76.2 de la LOGP), bien a través de figuras que suponen un acortamiento de sanción (abono de preventiva del Art. 58.2 del CP), bien conociendo en primera instancia de incidentes que afectan a la ejecución de la misma (libertad condicional, indulto, aplicación del Art. 60 del CP, etc.). Nótese como los arts. 76.1 y 77 de la LOGP compendian las funciones del JVP, entre las cuales pueden distinguirse las atribuciones orientadas al cumplimiento de la pena privativa de libertad y la resolución de recursos sobre las modificaciones que pueda experimentar, aquellas otras encaminadas a la salvaguarda de derechos y corrección de abusos y desviaciones regimentales, y, por último, la elevación de propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia o a la ordenación de la convivencia interior, actividades regimentales, tratamentales. Dicho de otro modo: competencias sobre forma de ejecución, sobre corrección de la legalidad administrativa, y propuestas a Instituciones Penitenciarias (IIPP)

Se apuntaba antes que existe otra pena cuyo desenvolvimiento requiere un consorcio de voluntades en torno a la ejecución formal y material, bien delimitadas pero arrojadas a órganos distintos, cual es la de TBC, regulada en el Art. 49 del CP y ampliamente desarrollada en el Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, que distribuye las competencias entre el tribunal sentenciador, la Administración Penitenciaria y el JVP, normativa que se completa con los programas de intervención para infractores en el ámbito familiar y de reeducación para penados por delitos relacionados con la seguridad vial.

En el supuesto de los trabajos comunitarios se prevén menos tareas aún a cargo del tribunal que impuso la pena, en la medida en que una vez requerido personalmente el condenado de presentación ante el Servicio de Gestión de Penas y Medidas Alternativas correspondiente (SGPMA), se desentiende del resto hasta que o bien la pena queda cumplida, con el consiguiente archivo definitivo de la ejecutoria penal si no hubiese ninguna otra pena o consecuencia civil en la parte dispositiva, o bien la pena es desamparada por el penado, en cuyo caso el sentenciador debe limitarse igualmente a proceder al antedicho archivo, si fuera pena principal, o bien a exigir el cumplimiento de la sanción inicial para el caso de haberse articulado la sustitución ex arts. 88 o 53.1.2 del CP. A partir del momento antedicho subiría al escenario el JVP, tal y como resumen las conclusiones alcanzadas en la Reunión Anual de JVP de 2005, dentro de las cuales se aprobaba que *“todas las incidencias surgidas con posterioridad a la aprobación del plan de ejecución serán puestas en conocimiento del JVP”*.

Por otra parte, de modo sintético la regulación en España de la competencia territorial de los JVP se contiene en el Art. 94 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial (LOPJ), que distribuye estos juzgados por provincias (si bien se autoriza la existencia de más de uno en una misma y que solo uno extienda sus funciones a dos provincias en una misma CCAA), y establece un juzgado con sede en Madrid y competencias en todo el Estado.

En cuanto a la normativa sustantiva y procesal, las facultades de los JVP aparecen recogidas en los arts. 76 y 77 de la LOGP, y de modo disperso según materias en el vigente RP, en el Real Decreto 1201/1981, de 8 de Mayo, por el que se aprueba el anterior RP (arts. 108,109,110,111 y 124, sobre infracciones disciplinarias y sus sanciones), en el Reglamento de Servicio de Prisiones de 1956 (arts. 65 a 73, sobre redención de penas), y los preceptos que por cuestiones sustantivas o formales se contienen en el CP, la LECrim, la Ley sobre reglas para el ejercicio de la gracia de indulto de 18 de Junio de 1870, y el RD 840/11, de 17 de Junio, en lo que respecta a los trabajos comunitarios, la localización permanente, la medida de seguridad de internamiento y la libertad vigilada.

Para concluir, decir que el actual panorama de competencias del JVP queda más que desdibujado con las previsiones del llamado Borrador del Código Procesal Penal de 2013 (BCPP), que parte de la premisa del Art. 674.2 consistente en que *“el control judicial corresponderá al Tribunal de Vigilancia Penitenciaria de los Tribunales de instancia del territorio donde radique el Centro Penitenciario en la forma prevista en la legislación orgánica y de planta, excepto en aquellas materias relacionadas con la ejecución de penas privativas de libertad que según este Código corresponde resolver el Tribunal de Ejecución competente”*, lo que se traduce en que seguirá conociendo de los recursos contra resoluciones de denegación de permisos ordinarios de salida (Art. 676.2), de las solicitudes de permiso extraordinario (Art. 676.7), de las quejas y peticiones (Art. 679) y, en general los recursos contra *“actos y decisiones de la Administración Penitenciaria que conforme a la Ley Orgánica General Penitenciaria y a su Reglamento hayan de ponerse en su conocimiento y, en particular, la ejecución de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días, la intervención o cualesquiera otras medidas limitativas de las comunicaciones, la aplicación de medios coercitivos, las intervenciones corporales coactivas, la adopción de medidas cautelares en un expediente sancionador, el paso a establecimiento de régimen cerrado, o la aplicación a presos preventivos del régimen especial del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”* (Art. 680).

Por contra, las tribulaciones que rodean a la pena de TBC pasan a manos del tribunal de ejecución (Art. 689), como también la decisión respecto de los permisos ordinarios propuestos por los centros (Art. 676.5), sobre libertad condicional (Art. 669) y clasificación penitenciaria (Art. 677), incluyendo progresiones, regresiones y acuerdos sobre no elevación de propuesta y mantenimiento en grado.

2. COMPETENCIAS DEL JVP AFECTAS A LAS FORMAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

2.1. PRESENTE Y FUTURO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL.

2.1.1. Motivos controvertidos de revocación del beneficio.

La vigencia del sistema de individualización científica aparece consagrada en el Art. 72.1 de la LOGP, cuando señala que *“Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”*. Por consiguiente, el cuarto grado penitenciario es el último de los escalones evolutivos que consecutiva y ascendentemente se suceden en el proceso de reinserción social, al que se aspira durante la ejecución de la pena privativa de libertad de acuerdo con el Art. 25.2 de la CE, correspondiendo al JVP las tareas exclusivas de aprobar y seguir las vicisitudes del beneficio, de acuerdo con el Art. 76,2,b) de la LOGP, que dentro de las funciones del JVP prevé la de *“resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan”*, y en su desarrollo los arts. 192 y ss del RP y los 90 y ss del CP.

No obstante, a la luz de la nueva redacción con la que la LO 1/2015 ha bendecido al cuerpo del CP, ha de advertirse que se aprecian ciertas vacilaciones sobre este aspecto fundamental de la competencia judicial, dado que si bien en la mayor parte del articulado se emplea la expresión *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria”* (Art. 90.1 -en dos ocasiones-, arts. 90.2,2, 90,3, 90.4, 90.5,2 y 3, 90.7, 91.1,2, 91.2 y 92.3,3), en otros preceptos se habla tanto de *“Juez o Tribunal”* (Art. 91.3 -en dos ocasiones- y Art. 92.3,2), como de *“Tribunal”* a secas (Art. 92.1 -en cuatro ocasiones- y Art. 92.4 -en dos ocasiones-).

Resultaría fácil comprender que se trata de una mera errata material y que será el JVP en cuya circunscripción se halle en centro de cumplimiento el que, como hasta ahora, fiscalice el acceso a la semilibertad de los reos, pero lo cierto es que no se despejan completamente las dudas que

llevan a dirigir de hito en hito la atención hacia el órgano sentenciador, lo que parece respaldar también la nueva expresión utilizada al reglamentar el instituto, cual es “*suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión*”, pues al hablar de suspensión pensamos en un incidente del que como es sabido conoce el órgano que impuso la pena que se somete a posible relajación. Otro posible argumento a favor de esta tesis lo avala la elocución “*resto de la pena*” que se emplea en el nuevo articulado, es decir, no se trata de suspender la condena como suma de todas las penas impuestas a un recluso, sino de cada pena individualmente considerada a un ciudadano libre. Como contrapartida, no se especifica qué criterios deberían seguirse cuando fueran varios los sentenciadores, lo que resultaba obligado, si debe arrogarse la competencia a uno solo de ellos y en virtud de qué fundamento, o a cada uno de ellos respecto de la pena que impuso. Otro alegato se sustenta en el nuevo Art. 90.5, que señala que serán de aplicación a la libertad condicional “*las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87*”, que se refieren a la suspensión que concede el tribunal ejecutor. Por su parte e incrementando el desconcierto, el BCPP atribuye la competencia en materia de libertad condicional al “*Tribunal*” (arts. 672.2 y 673.2) y al “*Tribunal de Ejecución*” (arts. 669.1, 669.2, 670, 672.1, 673.1).

Pese al largo bagaje con el que cuenta esta figura jurídica, a día de hoy siguen planteándose situaciones que no siempre reciben el mismo tratamiento judicial, encontrando un perfecto ejemplo de ello en las causas de revocación del beneficio y la interpretación que de las mismas se hace.

El primer supuesto que ofrece interés es el de la condena del liberado en el seno de un juicio de faltas, y deben hacerse algunas puntualizaciones para tomar perspectiva.

En la vigente regulación legal, para la concesión de la libertad condicional existe un requisito objetivo insoslayable que recoge el Art. 90.1.c) del CP, consistente en “*que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*”. Se trata así de un requisito ex lege data, que tan sólo admite enervación judicial previa la valoración de otros informes, distintos de aquél negativo del que el juez a quo se desvincula, de los que pudiera resultar un pronóstico en sentido contrario.

Es de ver no obstante que entre los antecedentes de los que prescinde la LO 1/15, se encuentra la no exigencia del informe positivo de pronóstico de conducta futura, ya que el nuevo Art. 90.1.c) se refiere tan solo al requisito de que los internos “*hayan observado buena conducta*”, por lo que puede entenderse que la Junta de Tratamiento (JT) queda exenta de la elaboración de este informe en los términos del Art. 67 de la LOGP, que señala que “*concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe de pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad*”.

A cambio, el nuevo Art. 90.1.c) señala que “*el juez de vigilancia penitenciaria valorará la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas*”, con lo que prácticamente se calca la redacción del Art. 80.1.2º del nuevo CP en sede de suspensión de la ejecución de la pena.

Con todo, parece que el juicio sobre de conducta futura pasa a residenciarse exclusivamente en el órgano judicial al que se somete la propuesta o solicitud de libertad condicional, prescindiendo de los profesionales que han realizado el seguimiento diario de la condena, craso error quizá. Sin dudas esta nueva redacción del precepto está inspirada en los arts. 63 de la LOGP y 102 del RP, que disciplinan qué factores deben ser tenidos en cuenta a la hora de

clasificar a los internos recluidos en los centros penitenciarios, siendo el tercer grado la gran antesala de la libertad condicional, y tratan de procurar una visión integral sobre el penado. Puede así sentarse que el requisito del dictamen favorable acerca del comportamiento futuro seguirá siendo una de las condiciones para el acceso a la libertad condicional.

Ahora bien, cabe preguntarse hasta donde alcanzan las condiciones objetivas previstas en los actuales arts. 90 (casos de libertad condicional ordinaria), 91 (casos de libertad condicional adelantada), y 92 (enfermos y septuagenarios), y qué comportamientos u omisiones del liberado pueden ser considerados como contrarios a esas expectativas que fueron depositadas en él -con el antedicho informe de pronóstico positivo de resocialización-.

Para responder al primer interrogante puede entenderse que esos requisitos se caracterizan porque no solo deben concurrir en el momento de ser elevado al JVP el expediente para el otorgamiento del beneficio, sino que deben permanecer incólumes durante el disfrute del mismo. Así por ejemplo, si sobre el liberado recayese una nueva pena privativa de libertad firme por hechos cometidos antes del ingreso en prisión, puede suceder que tras la refundición de la misma con las que ya existían deje de cumplir la condición de haber alcanzado las 2/3 o ¾ partes de cumplimiento de su condena, debiendo entonces necesariamente volver a prisión al hallarse en un supuesto técnico de suspensión de la libertad condicional.

El Art. 201.1 del RP apoya la idea de la vigencia del aforismo latino *rebus sic stantibus*, cuando señala que *“el período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en Establecimiento penitenciario”*, y son múltiples los casos en los que conociéndose una determinada conducta de un liberado, se somete a consideración de un JVP la incidencia que pueda tener en el pronóstico de resocialización, ya sea previo al despliegue de efectos del auto reconociendo el beneficio, ya para la retirada del mismo. Véase el caso del auto de fecha 6.2.09 del JVP de Salamanca, en el que se valoró la comunicación realizada por el Grupo Operativo de Extranjeros de la Policía Nacional acerca de un interno, nacional de Portugal, que hizo uso de la documentación personal de otra persona quien previamente había denunciado la sustracción, siendo además que la misma había sido manipulada, concluyendo el juzgado que *“por su evidente maniobra fraudulenta, no podemos hablar de buena conducta”*, lo que acarreó la pérdida de la libertad condicional. El auto de 4.5.12 del JVP de Huelva recoge otro supuesto similar, en el que un interno aportó al expediente de libertad condicional un resguardo de ingreso de pago de la responsabilidad civil, haciendo constar en el concepto, mendazmente como pudo luego comprobarse, *“pago del resto de la indemnización”*, lo que en la resolución se calificó como *“ánimo de engañar a esta juzgadora y a la propia Junta de Tratamiento del CIS Huelva”*, siendo además que el recluso, de acuerdo con un informe del Programa de Inserción Laboral SAL, persistentemente rechazaba los puestos de trabajos que se le iban ofertando, lo que reveló que le convenía más seguir cobrando el subsidio por desempleo que trabajar. En otros casos (autos de fecha 16.1.13 y 9.4.14), el JVP onubense revocó el beneficio al tener noticia de que el interno, por su talante, había sido expulsado de la Comunidad Terapéutica en la que permanecía custodiado, o voluntariamente había solicitado el alta.

Y es que la importancia del informe sobre conducta futura se halla presente en la jurisprudencia menor, pero también el carácter no vinculante del mismo. Así resulta de la afirmación hecha en la Reunión de JVP de 2004, conforme a la cual *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria, antes de aprobar la libertad condicional que le sea propuesta, o concederla por vía de recurso, podrá solicitar y valorar otros informes distintos al informe pronóstico final establecido en el artículo 67 de la LOGP, el cual en ningún caso le vinculará”*. En definitiva, se demandaba la posibilidad de sopesar de forma discrecional el informe de la JT, pudiendo citarse como ejemplo el auto de fecha 18.5.10 de la Sección 2ª de la AP Las Palmas, que viene

a dejar claro que el acceso al 4º grado no está supeditado a la decisión de la Administración Penitenciaria contenida en el acuerdo de la JT, sino que el JVP puede, motivadamente y tras el análisis de la documentación existente, llegar a distinta conclusión y resolver en sentido diferente al propuesto por el centro de cumplimiento. No es por tanto inusual que el JVP otorgue el beneficio pese al diagnóstico negativo de la JT (caso del auto de 5.1.07 de la AP de Santa Cruz; autos de 7.4.11 y 1.12.11 de la Sección 1ª de la AP de Valencia; auto de 11.5.11 de la Sección 2ª de la AP de Valencia; auto de 19.5.11 de la Sección 1ª de la AP de Castellón), o que lo deniegue pese a contar con el apoyo de la JT (caso del auto de 31.5.12 del JVP de Huelva, que valoró un informe de la Comunidad Terapéutica en la que se hallaba el interno hasta ese momento ex Art. 182 del RP, conforme al cual se constataban las quejas de otros compañeros por las amenazas recibidas, así como que el usuario no atendía las indicaciones de los profesionales). En el auto de 20.6.10, el JVP de La Coruña entendió que no concurría respecto de un recluso el pronóstico final de integración social favorable, pese al informe positivo de la JT, y ello porque, entre otras variables, pesaban sobre aquél dos procedimientos pendientes de sustanciación por razón de delitos de estafa, lo que deja ver a las claras de nuevo que el informe de la JT no es vinculante para la toma de decisiones.

De lo expuesto se colige que el 4º grado penitenciario que fuera otorgado a los penados se erige como una particular forma de llevar a término la pena, cuyo perfil y límites vienen marcados taxativamente en el auto en el que el beneficio les es concedido, en el que además de la obligada premisa consistente en la prohibición de delinquir se establecen de ordinario unas reglas de conducta habilitadas por el actual Art. 90.2 del CP, que hace un reenvío a los arts. 83 y 96.3 del mismo texto legal. De este modo, la atención o desatención que el liberado preste a dichas ordenanzas tendrá necesaria influencia en la calificación de la conducta como buena o mala.

Dentro de estos condicionantes, que emanan pues directamente de la ley, pueden distinguirse dos tipos, a saber, uno de carácter imperativo cual es la consabida no comisión de delitos, y otro de tipo facultativo que se modula en función de las circunstancias concretas del penado, tales como el padecimiento de adicción a tóxicos, la existencia de indemnización asociada al delito, etc.. Si el interno dejara de atender dichas cláusulas durante la libertad condicional, entrarían en juego las consecuencias previstas en el Art. 93 del CP, que dispone literalmente en su primer apartado que *“el período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.”*

Ahora bien y dentro de las llamadas reglas de conducta, de ordinario viene estableciéndose por los jueces de peligrosidad el deber del interno de permanecer bajo la custodia de la persona que asumió su acogida durante el disfrute del beneficio, la prohibición de salir de la provincia donde radique el JVP salvo permisión del mismo, el seguimiento de terapias rehabilitadoras respecto de tóxicos, alcohol, etc., y existe una norma de conducta común por lógica reinsertadora a todos los liberados, consistente en *“cumplir las normas impuestas por la Junta de Tratamiento en el programa individualizado de seguimiento de su libertad condicional, bajo la tutela de los Servicios Sociales Penitenciarios”*, y el sustento de dicha máxima se encuentra en la necesidad de vigilar de cerca que el requisito del pronóstico favorable de actitudes no se vea comprometido por propios desméritos del interno. Al fin y al cabo, la libertad condicional sólo se distingue de la verdadera libertad en que el beneficiario está adscrito a los SGPMAs a efectos de controlar el desarrollo de la misma y verificar el buen uso que hace de ella en la comunidad, y la trascendencia de esta regla de conducta queda reflejada palmariamente en nuevo texto del CP, que incluye entre las causas de revocación la de que el liberado *“se sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas”*

(Art. 86.1.b), por el reenvío que hace el Art. 92.3, con lo que se recoge el testigo del Art. 56.f),(1),2 del CP alemán.

Al hilo de lo anterior y como se adelantó, en la LO 1/15 se regulan ciertas materias que hacen confraternizar al instituto de la libertad condicional con el de la suspensión ordinaria de la ejecución de la pena privativa de libertad, y justamente se halla entre ellas el tema de las reglas de conducta que al liberado pueden serle impuestas en el auto que le reconozca la cuasilibertad, y también las consecuencias del incumplimiento de las mismas, ya que el Art. 90.5 señala que *“resultarán aplicables las normas contenidas en los artículos 83, 86 y 87”*. Con ello se fortalece el auto reconociendo el cuarto grado, mediante la posible adopción de medidas accesorias orientadas al control y orientación del interno en la etapa final del proceso de reintegración hasta su licenciamiento. Se trata de un amplio espectro de deberes y prohibiciones que, con un carácter meramente preventivo y potestativo, está previsto para el beneficiario de la suspensión de la ejecución de la pena, manteniéndose algunos de los que a día de hoy se conocen, otros son modulados, y también se crean distintos. Se trata de unas pautas ligadas a la conservación del beneficio y que, o están sometidas a discreción del tribunal, en el caso de la suspensión ordinaria del Art. 80.1, o resultan de obligada observancia, en el caso de la suspensión excepcional del Art. 80.3.

En el apartado de las actuales causas de revocación de la libertad condicional que no ofrecen dudas, se encuentra la condena por razón de un delito cometido constante el beneficio. No obstante, de tradicional se invoca el principio de presunción de inocencia para exigir que la revocación solo pudiera acarrearla una sentencia firme condenatoria y además por un delito, mas a ello se venía contraargumentando que debía no obstante sopesarse que los requisitos objetivos y criterios valorativos tomados en cuenta ab initio para conceder la libertad condicional, deberían proseguir constante la misma si se quería dotar de coherencia real al beneficio, esto es, si con el mismo se pretendía una plena adaptación del penado a la vida pacífica en sociedad. Un primer punto de apoyo de esta la tesis revocatoria está localizado en la nueva letra del Art. 90.1.c) del CP, que relaciona a modo de constantes vitales del beneficio la personalidad del penado, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración den el delito y también los *“efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas”*, de forma que la desaparición o cambio radicalmente negativo sobrevenidos en alguna de estas variables podría ocasionar la pérdida del mismo, y en claro refrendo de esta línea de pensamiento el nuevo Art. 90.5 dispone literalmente que *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la suspensión de la ejecución de la pena y la libertad condicional concedida cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”*, que pasa así a convertirse en una causa autónoma de revocación que ya en el año 2000 se demandaba en la Reunión de JVP cuando se selló que *“debe reformarse el Código penal para regular con claridad la revocación de la libertad condicional por la mala conducta penal, sin esperar al pronunciamiento de sentencia firme por la comisión de nuevos hechos delictivos”*, y que *“la libertad condicional se revocará en los supuestos expresamente previstos en el Código penal y además cuando dejaren de concurrir los presupuestos que permitieron su concesión”*. Para casos dudosos, el legislador reformista podría haber acudido la solución plasmada en el Art. 453,c) del Código Procesal de Alemania, que permite al órgano judicial adoptar medidas para el caso de que se prevea que la libertad condicional vaya a revocarse y haya riesgo de fuga.

Ahondando más en este capítulo revocatorio, surge el dilema de qué hacer cuando el semiliberto incurre de nuevo en el delito dentro del período de libertad condicional pero por las dilaciones, justificadas o no, de la causa penal correspondiente, no se dicta y deviene firme la

sentencia condenatoria hasta después de concluir el plazo de confianza condicional otorgado. Este supuesto carece de respuesta en el derecho positivo, y hubo un intento de tratar las consecuencias en el texto del CP que aprobó el Consejo de Ministros pero antes de los trámites parlamentarios, en los que se suprimió el 3º párrafo del Art. 87. Con la obra inicial de la reforma hubiera prosperado también aquí la revocación del cuarto grado, aun cuando el interno hubiera alcanzado el licenciamiento y la pena hubiera sido remitida, pero para evitar injusticias de carácter material se establecían dos límites temporales, que eran fielmente importados del CP germano -Art. 56,g),(2)-. Por un lado que la declaración revocatoria se produjera dentro del año siguiente a la conclusión del plazo de libertad condicional, y de otro que dicha revocación fuera acordada en los 6 meses siguientes a la firmeza de la condena de que se trate. Y es que como ya apuntaba el auto de 29.9.06 de la Sección 2ª de la AP de Huelva (rollo de apelación penal nº 163/06) y con anterioridad, entre otras, la AP de Zaragoza (autos de 12 enero y 11 julio del año 2.002), el que se hubiera acordado en una causa la remisión definitiva de la pena no es obstáculo para, acreditado que durante el plazo de suspensión de la misma se incurrió en el delito, volver atrás y reexaminar la respuesta judicial que deba darse a la situación, porque la firmeza de una resolución no la hace inmutable sino que puede cuestionarse vía recurso. Así, un auto por el que se acuerda continuar por los trámites del Procedimiento Abreviado, por muy firme que sea puede quedar afectado por un posterior incidente de nulidad de actuaciones en fase intermedia, o un auto de sobreseimiento por falta de autor no conlleva la terminación irreversible del procedimiento si luego éste es de algún modo identificado. Por otro lado y como se señalaba acertadamente en el auto referido *“la remisión definitiva se ha introducido en el Código Penal de 1.995 por la L.O. 15/2003 de 25 de noviembre, en los artículos 130.3º y 136.3. El primero remite al 85.2 y el segundo lo contrapone a remisión condicional al tiempo que emplea también el término suspensión. Rompe así la terminología de los demás preceptos, incluido el citado 85.2, que se refieren a suspensión (de la ejecución de la pena) y remisión (de la pena) simple y claramente, sin que su Exposición de Motivos explique el cambio, y puede inducir a confusión en cuanto parece contemplar a ambas remisiones como causa de extinción de la pena. (...). Con base en ello, parece ser criterio mayoritario entender que tanto la suspensión como la remisión están sujetas a condición resolutoria, el no haber cometido nuevo delito dentro del plazo que se concedió, y que una vez se acredite tal comisión debe ordenarse la ejecución de la pena. El auto de remisión no representaría obstáculo para ello, al depender la continuación de sus efectos jurídicos de la no producción de una condición resolutoria, que luego se acredita realizada”*.

Cambiando de asunto, es relevante que con los argumentos que vienen siendo deshojados debieran tenerse por despejadas las dudas acerca de los efectos que una condena firme en juicio de faltas debe tener sobre la permanencia en el 4º grado penitenciario, con las limitaciones determinadas en la Disposición Transitoria 4ª de la LO 1/15, es decir, que dicha condena en juicio sumarísimo puede poner de manifiesto la necesidad de privar al recluso del beneficio: piénsese en el caso infracciones en el ámbito familiar en las que el elemento de la convivencia entre agresor y víctima es, de acuerdo Consulta 1/08 de la FGE, decisivo para determinar si la conducta es constitutiva de delito o falta, no pudiendo dejarse a esta sola y azarosa circunstancia la determinación si procede rescindir o no el beneficio, o en aquellas otras de naturaleza patrimonial en las que la impertérrita cifra de 400 euros determina que los hechos se enmarquen en el Libro II o el Libro III del CP.

En cualquier caso, la existencia de una condena en juicio de faltas tendría una triple proyección.

De una parte, constataría la desaparición sobrevenida del requisito previsto en el Art. 90.1.c),2 del CP, al quedar acreditado que el interno ha obviado las iniciales premisas sobre buen comportamiento y pronóstico favorable de resocialización.

De otra, personificaría la actitud del postinternamiento del interno como claramente inadecuada a lo que debe considerarse como el último periodo de prueba para calibrar las posibilidades de hacer una vida honesta libre, frustrando el horizonte que existía al menos de cara al respeto de las reglas de conducta que le fueron impuestas en el auto autorizando el beneficio. Esta ha sido precisamente la interpretación que algunas Audiencias Provinciales han considerado ajustada a Derecho (entre otros, auto de 19.3.01 de la Sección 1ª de la AP de Huelva; auto de 13.6.01 de la Sección 2ª de la AP de Córdoba; autos de 9.7.01, de 27.5.03 y de 49.02 de la Sección 2ª de la AP de Huelva; auto de 15.1.03 de la Sección 3ª de la AP de Huelva; auto de 8.3.04 de la Sección 1ª de la AP de Sevilla).

En tercer y último lugar, luego de recibirse una denuncia por las autoridades competentes o sus agentes contra un liberado condicional, pese a revestir caracteres de falta es posible que se hubiera acordado su detención, en cuyo caso entraría en juego la previsión del Art. 108.3 del RP, lo que podría suponer la pérdida del tercer grado y, por ende, del cuarto, y ello sin olvidar que la revocación de la condicional por razón de una condena en juicio de faltas tendría sin dificultades cabida en el Art. 91.5 del venidero CP, que presagia la posibilidad de que el beneficio sea resuelto si se produce *“un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”*.

Llegado a este punto y a la vista del cercano alumbramiento a la vida jurídica del nuevo volumen del CP, restaría dilucidar si los llamados delitos leves instaurados en el Art. 13.3 son los verdaderamente herederos de las infracciones actualmente reguladas en el Libro III del CP. En lo tocante a la rescisión de la condicional salta a la vista la no equiparación, por cuanto el nuevo Art. 93 continúa empleando la locución verbal *delinquiere*, sin discernir entre delitos graves, menos graves o leves, superándose así las dudas que el término ha generado hasta la fecha acerca si la comisión de una falta producía estos efectos. No obstante y al amparo del nuevo cuño del Art. 87.1, no bastará con que el interno haya retomado la senda criminal y haya sido sancionado por ello, sino que se introduce el requisito consistente en que se trate de *“un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no pueda ser mantenida”*, de modo que incluso existiendo una condena firme la misma no opera ipso iure como causa de revocación, sino que se deja a discreción del JVP la decisión fundada de mantener al interno en cuasilibertad, una solución rescatada del Art. 56.f).(1).1 del CP alemán.

Para afinar más el enfoque sobre el cuadro que se describe, cabe diseccionar el supuesto singular de que por un juzgado se acordara la prisión provisional respecto de un liberado condicional.

En la Reunión de FVP de 2013 se consideró por mayoría que *“no procede revocar la libertad condicional por comisión de nuevo delito -que no existe mientras no haya sentencia firme condenatoria por el mismo-”*, básicamente porque esta decisión chocaría con el derecho fundamental a la presunción de inocencia que proclama el Art. 24.2 de la CE.

En realidad y al margen de las concienzudas interpretaciones que se hagan, no admite discusión que en estos casos, pese a que en el expediente penitenciario de libertad condicional no existe prejudicialidad penal de la causa en la que se acordó la medida cautelar, se producirá el mismo efecto directo de la anulación de la beneficio, esto es, el retorno del interno a prisión, si se atiende al Art. 108.3 del RP, que otorga al director del centro la discreción de regresar provisionalmente al interno al régimen ordinario para, acto seguido, proceder la JT a decidir sobre su reubicación en la graduación clasificatoria, y también al Art. 104 del mismo Reglamento, conforme al cual el recluso que reside en el centro en doble condición de penado y preventivo será despojado de toda clasificación y, mientras persista la situación, verá vetada la posibilidad de ser clasificado. Es decir, la vuelta del liberado al centro en calidad de preventivo va a suponer necesariamente su desclasificación y, a la postre, la ausencia del

requisito del Art. 90.1.c) del CP, forzando a dejar en suspenso ese 4º grado del que era poseedor (tesis sostenida, entre otros, por el JVP de Málaga en auto de fecha 22.5.13). Tal solución es precisamente la adoptada en los criterios de JVP de 2000, en relación a liberados respecto de los que un juzgado de instrucción acuerda la prisión preventiva por un delito que está siendo investigado.

2.1.2. Nuevas perspectivas sobre los supuestos excepcionales.

Otros de los aspectos controvertidos que orbitan entorno a la libertad condicional conciernen exclusivamente a los supuestos de concesión por enfermedad o avanzada edad, y ha sido la nueva dicción brindada por la LO 1/15 la que no solo ha dado pie a cábalas sino también soluciones claras, lo que es de agradecer. Estos supuestos, que pasan a regularse en el nuevo Art. 91, presentan una única diferencia respecto a la actual regulación, pero que puede tener una trascendencia decisiva en la concepción de este beneficio excepcionalísimo. Nos estamos refiriendo al deber impuesto en el tercer párrafo al interno sobre el que pesa un riesgo patente para la vida, por su avanzada edad o la enfermedad grave e incurable que padece, de cooperar con los profesionales médicos encargados de emitir el informe sobre las dolencias, tratamiento seguido, autonomía funcional, etc., y más concretamente en el sentido de aportarles la documentación que precisen para valorar *“la evolución de su enfermedad”*, señala textualmente el precepto, en la elaboración de dicho informe. Ahora bien, se añade una inquietante disposición consistente en que *“el incumplimiento de esta obligación podrá dar lugar a la revocación de la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional”*, y es ésta la novedad que puede hacer cambiar radicalmente el actual paisaje.

Hasta ahora, el perfil criminal del interno que obtiene de este modo la condicional ha respondido a unos patrones casi idénticos, cuales son la multirreincidencia delictiva, la existencia de varios ingresos en prisión, el hecho de que la mayor parte de las penas fueron impuestas por delitos de naturaleza patrimonial, vinculados a una persistente drogodependencia, y, sobre todo, que su condena suele encontrarse en un estado un tanto embrionario. Sucede así en la práctica que al interno le restan muchos años de condena y que, por pésimos que fueran los augurios de los especialistas, el liberado continúa con vida muchos años después de salir con carta de naturaleza del establecimiento penitenciario, de forma que con el tiempo su expediente penitenciario de libertad condicional pasa a ser de los más antiguos de todos los que están en activo en el JVP. Sin embargo la antedicha previsión puede mutar esta situación, un tanto embarazosa para la Administración de Justicia, porque si de acuerdo con el texto legal el interno debe prestar esa colaboración con los médicos previo al dictado del auto en el que se reconozca el beneficio, como un requisito más, ¿cómo es posible que el nuevo texto legal afirme que se puede revocar la libertad, cuando en ese estadio aún no se ha reconocido? La respuesta que sugiere la declamación literal de la ley no es otra que ese deber de cooperar debe perdurar tras el dictado de un auto favorable y durante todo el tiempo que reste de libertad condicional. Esta idea aparece refrendada de forma clara en el ya aludido nuevo párrafo 5º del Art. 90, que se refiere a la libertad condicional ordinaria pero al que los supuestos especiales del Art. 91 quedan vinculados según el Art. 91.4, que presagia como se indicó la posibilidad de que el beneficio sea resuelto si se produce *“un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”*. Puede así concluirse que una mejoría importante en el estado de físico del interno verificada por los peritos médicos, al punto que le permita un autogobierno reflejado en un alto índice karnofsky, podrá determinar la pérdida de la libertad así ganada. Y tiene mucho sentido esta nueva regulación, porque si el fundamento de esta modalidad de libertad condicional reside en la inminente necesidad de procurar que el interno, por los males que sufre y su deplorable estado de salud, pase lo que le reste de vida con dignidad y próximo a sus familiares, el beneficio carecería de razón de ser desapareciendo de forma sobrevenida la premisa inicial fundamental,

esto es, la menor peligrosidad asociada a grandes dolencias físicas. Esta solución revocatoria no deja de ser sino un calco de lo que, para los supuestos relacionados con problemas psíquicos, contempla el Art. 60.2 del CP, esto es, si el penado recobra la salud mental se alza la medida y podría disponerse el cumplimiento de la pena de prisión, siendo además que ya en la Reunión de 2005 de JVP se señalaba motivadamente que *“la mejoría en el estado de salud de los internos clasificados en tercer grado por la vía del artículo 104.4º del Reglamento penitenciario, permite su regresión a segundo grado”*.

Aunque la regulación de la ley penal material omite toda referencia a las subyacentes razones humanitarias, que sí están presentes en el Art. 104.4 del RP, debe recordarse que nuestro Derecho Penitenciario ofrece remedios para salvar situaciones particularmente complejas, pudiendo acudir al régimen del Art. 100.2 del RP, que según la Instrucción nº 3/06 de IIPP está indicado para casos de internos que requieran de tratamientos médicos especialmente gravosos por su contenido o frecuencia de aplicación, o al tercer grado telemático, dado que la Instrucción nº 13/06 de IIPP contempla el caso de las convalecencias médicas cuando la permanencia en el centro no permita, con las mismas garantías, la recuperación del interno, caso éste que no obstante se califica como de transitorio por cuanto su duración vendrá determinada en función del informe médico que debe aportarse sobre *“pronóstico inicial de la convalecencia y los plazos para su revisión”*, se dice.

2.2. CLASIFICACIÓN PENITENCIARIA.

2.2.1. Resoluciones visibles y en ángulo muerto.

Las competencias del JVP en materia clasificatoria pueden parecer engañosamente amplias y las resume el Art. 76.2 del RP, cuando señala que le corresponde resolver los recursos acerca de *“clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado”*. Como primer obstáculo, el precepto indica ya que en materia de grados rige el principio de justicia rogada, al modo previsto en el Art. 216 de la Ley Procesal Civil, lo que choca con la idea de que el JVP sea un órgano catalizador de las decisiones que se tomen sobre la forma en la que discurre la pena privativa de libertad, o al menos de las más importantes, y sus prerrogativas pueden ser distribuidas en tres apartados distintos. Un primer bloque englobaría los supuestos en los que el JVP simplemente toma conocimiento de las actuaciones acometidas en la disciplina clasificatoria, en el que se incluye el tercer grado controlado materialmente en el seno de un centro educativo especial o de deshabitación (Art. 182 del RP), el régimen cerrado para presos y penados (Art. 97.2 del RP y arts. 10 y 76.2.j) de la LOGP), y las regresiones a primer grado (Art. 95.1 del RP). En un segundo grupo se encontraría la única resolución administrativa que, pese a su ejecutividad inmediata, precisa de convalidación judicial, y es la relativa a la aplicación del grado híbrido (Art. 100.2 del RP). Por último, en el tercer compartimento se ubican los supuestos en los que el JVP conoce de un acto administrativo sobre clasificación o reclasificación sólo previo uso de los recursos establecidos legalmente.

En efecto y una vez que la resolución clasificatoria deviene inatacable por agotamiento de la vía administrativa, puede abrirse ante el JVP el debate sobre cuál es el régimen más apropiado a las particularidades del interno del interno, erigiéndose como únicos legitimados a estos efectos él mismo y el MF. Los informes que acompañarán a la resolución clasificatoria son definitorios de las adecuadas líneas del tratamiento y clasificación penitenciarios seguidos, las cuales son construidas y ejecutadas por el Equipo Técnico (Art. 275 del RP), correspondiendo a la JT la aprobación y la supervisión de la ulterior ejecución (Art. 273 del RP).

Está en el derecho del interno el recurrir su clasificación inicial, así se reconoce en los arts. 103.5 y 103.8 del RP según que, respectivamente, se trate de una propuesta por unanimidad por la JT y la pena no exceda de 1 año de prisión, o en otro caso la resolución provenga de la actual SGTGP. Está asimismo legitimado para someter a criterio del JVP las resoluciones en virtud de las cuales se acuerde su mantenimiento en grado (Art. 105.2 del RP) o su regresión (Art. 106

del RP), y figuradamente podrá también recurrir su progresión en grado cuando entienda que la modalidad de vida asignada no se ajusta a la idiosincrasia del momento que vive, aspirando a un mayor grado de autonomía.

La otra vía de introducción de la discusión la deja expedita el Art. 107 del RP, mediante el recurso del Fiscal contra la resolución de pase de un interno al tercer grado, y si se sigue el criterio unánime de los JVP de la Reunión del año 2007 debe entenderse que, por analogía, la Fiscalía competente para recurrir la resolución será la del lugar donde radique el centro penitenciario que hizo la propuesta de tercer grado o, en su caso, le clasifique directamente en el mismo por concurrir los prevenidos del Art. 103.7 del RP.

Sin embargo, lo cierto es que existe una cuarta tasega en cuyo fondo duermen la inmensa mayoría de resoluciones sobre grado tratamental, conformado por las resoluciones sobre 2º grado que no han sido recurridas por el interno, único destinatario, y aquellas que otorgan alguna de las modalidades del 3º grado penitenciario consentidas por el Fiscal y el recluso, lo que da una dimensión real del escaso control que el JVP ejerce en esta materia.

Parece que lo propio es que todas las resoluciones pronunciadas sobre clasificación y la documentación en que se apoyen sean remitidas al JVP competente, para brindar la debida transparencia al procedimiento administrativo y permitir que el JVP que gestiona las primeras salidas de prisión, a través de los permisos ordinarios, salidas terapéuticas, etc., y el último estadio de cumplimiento, con la libertad condicional, también inspeccione las decisiones intermedias a fin de valorar la idoneidad y oportunidad, y en todo caso cuando conlleven la potenciación del medio abierto. Si la CE arroga la función de juzgar y ejecutar lo juzgado a órganos jurisdiccionales, abarcando esto último toda clase de actividades ejecutivas y cualquiera que sea la pena, salvo casos de delegación de actuaciones, bien por disposición legal, bien por solicitud de colaboración, serán los Juzgados y Tribunales quienes deban supervisar y en su caso aprobar las actuaciones que, sobre todo, tengan significativas consecuencias en el devenir de la ejecución, y justamente la clasificación del penado es una cuestión que encaja en esta tesitura, de modo que el gobierno unilateral del medio semiabierto por parte de la Administración Penitenciaria enturbia los contenidos el Art. 117.3 de nuestra Norma Fundamental. Por otra parte y yendo más allá, dado que los internos tienen derecho a estar clasificados adecuadamente, es planteable que todas las decisiones que se adopten desde el Centro Directivo al respecto sean remitidas al JVP correspondiente, que en su caso podrá elevar la propuesta de clasificación/reclasificación en tercer grado vía Art. 77 de la LOGP. Un reflejo de ello lo ofrece el Art. 72.4 de la LOGP, cuando afirma categóricamente que *“En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión”*, resultando propicio que se realice una supervisión judicial de todas las decisiones clasificatorias.

Conste que son los propios JVP los que no rehuyen asumir este amplio volumen de trabajo al aceptar la judicialización del 3º en distintas reuniones, cuando aprobaron que *“se insiste en solicitar las reformas legales pertinentes para que la concesión del tercer grado a los penados precise en todo caso la aprobación de los JVP y asimismo se regule la posibilidad de dejar sin efecto la clasificación en tercer grado cuando circunstancias posteriores así lo aconsejen”* (reunión de 2005), y que procedía *“instar la reforma legislativa en el sentido de que el tercer grado debe ser aprobado en todo caso por el JVP”* (acuerdo adoptado por mayoría cualificada en la reunión de 2006). De hecho, parece que las venideras reformas legislativas se han hecho eco tímidamente de estas demandas, al señalar el Art. 36.1 del CP que cuando el reo cumpla una pena de prisión permanente *“la clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el tribunal”*.

Por otro lado y de llegar a admitirse que el JVP hubiera de autorizar el supuesto especial del Art. 104.4 del RP, al modo de la libertad condicional por enfermedad y anticipando ese otro paso tratamental, podría recabar desde ese instante el informe forense sobre las dolencias del interno, su influencia en su capacidad criminal y el modo en el que la estancia en prisión perjudica su estado de salud, por cuanto no faltan casos en los que pocos días después de la resolución de tercer grado se eleva el expediente de libertad condicional y ésta es denegada, permaneciendo sin embargo el interno en tercer grado, precisamente sobre la misma base humanitaria y de menor peligrosidad que el JVP desaprobó cuando se le remitió la propuesta del 4º grado.

En otro punto de mira estarían los terceros grados en los que existan responsabilidades civiles: dado que en ocasiones existe un amplio espacio de tiempo entre el 3º y el 4º grado, si el JVP asume el control de los mismos podrá, llegado el momento de la libertad condicional, hacer examen del cumplimiento del requisito del Art. 90.1.c) del CP pero desde que el interno accedió al régimen abierto, evitando el fraude que comporta haberse olvidado de los pagos mensuales sólo hasta que ve cercana la fecha de las $\frac{3}{4}$ partes.

En coherencia de lo que se dice, esta formulación debería extenderse también a las resoluciones en virtud de las cuales se produce una regresión provisional a 2º grado, lo que ya demandaron los JVP en la Reunión de 2005, y aquellas en las que o bien se altera la modalidad de tercer grado o bien se acuerda el mantenimiento en el mismo pero con cambio de centro de destino (las cuales no llegan más que a manos del propio interno), a fin de verificar de oficio que no albergan lesión de derechos fundamentales. Además y al amparo de la tesis que sostiene que *“ante el silencio de la ley, solo un hecho, conforme a la naturaleza de las cosas, cierra el cauce del recurso: la superveniencia de una nueva resolución clasificatoria”* (matizaciones a la Conclusión 23º de la Reunión de FVP de 2011), cualquier incidencia grave durante el tercer grado permitiría al JVP (vía recurso del Fiscal, claro), ajustar el modo de vida del interno a las nuevas circunstancias conocidas.

2.2.2. Competencia en primera instancia.

Otra cuestión no tan pacífica se refiere a la designación del JVP competente para conocer de los recursos que las partes interpusieren, cuando la resolución atacada ordena un cambio de centro. En realidad fueron tres apollillados dictámenes consecutivos del TS los que sembraron dudas sobre la competencia territorial, tratándose de los autos de fecha 1.3.07 (recurso nº 20546/06), de fecha 16.3.07 (recurso nº 20574/06) y de fecha 3.10.08 (recurso nº 20230/08). Estas resoluciones, que ni tienen forma de sentencia ni fueron dictadas en resolución de recurso de casación, sino para solventar una cuestión de competencia entre JVP de distintas CCCAA, cumplen todas las exigencias para ser consideradas como precursoras y, en la práctica, son atendidas por algunos órganos judiciales del organigrama penitenciario de forma aislada, quienes postulan que las decisiones de IIPP en materia de clasificación y destino de los internos deben ser controladas, una vez recurridas, por el JVP en cuya circunscripción se halle el centro penitenciario en el que produzcan sus efectos, surgiendo aquí la primera incertidumbre: ¿ese centro es el que elevó la propuesta de clasificación o aquél en el que se halla el reo cuando tiene noticia formal de la resolución dictada?.

No obstante, en los antedichos autos, abonados en resoluciones de 19.7.02 y 27.1.06 (recurso nº 128/05), se deja escrito que *“lo que determina la competencia para conocer de las decisiones administrativas de éstos es el territorio en el que radiquen los Centros en los que se encuentran los internos recurrentes”*. La primera impresión que se extrae es que el TS está siguiendo los arts. 56, 57 y 94 de la Ley 30/92, que regulan la ejecutividad de los actos de las Administraciones Públicas, de forma que desde que se producen generan efectos inmediatos, con la consecuencia de que ha entenderse que desde el dictado de la resolución de traslado el

interno ya pertenece al establecimiento al que se decide evacuarlo. No obstante y dado que el TS da prioridad al lugar donde se halle el recluso, se generan ciertas inseguridades jurídicas porque se deja en manos del mismo, y el momento espaciotemporal en el que muestre su voluntad de recurrir, la determinación de a quién compete conocer de la queja. Piénsese en el caso de un recluso que, con Texeiro como centro de cumplimiento, recibe notificación de su mantenimiento en segundo grado de tratamiento y destino a Botafuegos. Podría mostrar su frontal disconformidad con dicha resolución inmediatamente, reclamar una instancia ese mismo día y darle curso al JVP de La Coruña, pero también podría meditar su decisión, dejando pasar un prudencial tiempo y, ya instalado en su nueva celda de Algeciras, presentar en forma un recurso ante el JVP del lugar. Es más: atendiendo a la larga distancia que media hasta el lugar de destino que le deparará su inexorable traslado, cabe la posibilidad de que haciendo noche en el centro penitenciario de Aranjuez sea allí donde curse su protesta. Podría darse también la circunstancia de que al cabo de una semana de ocupar plaza en su nuevo centro andaluz, el interno fuera conducido a Ciudad Real para asistir a una vista oral, y aprovechando la breve estancia presentara queja ante el JVP con competencia en Herrera de la Mancha. En suma, parece prudencial acoger algún criterio más estable para asignar la competencia en primera instancia sobre los recursos en materia clasificatoria, como ya se apuntaba en las conclusiones de la Reunión de JVP de 2007 al dejar cerrado que *“corresponde conocer de los recursos formulados por los internos o por el Ministerio Fiscal contra los acuerdos de clasificación al JVP que ejerce sus funciones en relación al Centro Penitenciario cuya Junta de Tratamiento elevó la correspondiente propuesta o, en su caso, tomó el acuerdo, y ello para evitar convertir al JVP en un fuero electivo, en función del lugar donde se encuentre el interno en cada momento, vulnerándose así el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.”*

Pese a todo, el TS ha tenido otras muchas ocasiones para no abundar en este criterio, pudiendo citarse, entre otras más recientes, el auto de fecha 8.7.10 (recurso nº 20289/10), en el que vuelve a razonarse que la solución competencial se aparta en todo caso de la premisa del centro en el que se elaboró la propuesta de clasificación. Lo cierto y verdad es que este pensamiento coherente se aprecia claramente en otros dos casos sometidos a consideración del Alto Tribunal. Por un lado en el recurso nº 20528/08 (auto de fecha 27.7.09), en el que la propuesta clasificatoria se hizo desde Madrid VI, con destino a Ocaña, y encontrándose el interno al tiempo de recurrir aún en el CP de Aranjuez, se consideró que la competencia era del JVP de Madrid. De otro, en el recurso nº 20156/11 (auto de fecha 16.6.11), en el que el interno se hallaba en El Dueso cuando le fue propuesto el mantenimiento en grado, con destino a León, y como quiera que hizo uso del pertinente recurso una vez trasladado a León, la cuestión se resolvió en favor del JVP de esta provincia.

Desde otro punto de vista y dado que es evidente no solo el componente penitenciario que duerme en el fondo de esta clase de resoluciones sino también el sustrato administrativo (Art. 31 del RP), al extremo de que el legajo puede acabar en manos de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo, como se verá, convendría echar un vistazo a la regulación que la Ley 29/98, de 13 de Julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, al menos en lo que se refiere a criterios de competencia por razón del territorio, por cuanto parece un tanto absurdo que en la vía judicial penitenciaria puedan llegarse a conclusiones distintas de la contenciosa para un mismo supuesto de hecho, siendo el alegato de vulneración derechos fundamentales en la decisión de trasladar de centro al interno el que puede hacer que la balanza se incline a favor de una u otra jurisdicción.

La base jurídica de la competencia parcelaria que al JVP corresponde en materia de traslados está conformada por el Art. 76.2.g) de la LOGP, que le capacita para resolver peticiones relativas a *“régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos*

fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios”, y el Art. 76.1 de la LOGP, cuando le permite *“corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse”*. Así, para el caso de que no se aprecie quebranto en los derechos fundamentales del recluso, no será el JVP quien conozca del asunto, mas quien se considere perjudicado puede acudir a la vía contenciosa para litigar acerca de su traslado (entre otras, sentencia del Tribunal de Conflictos de la Jurisdicción de 15.10.02; auto del TS nº 2006/09, de 17 de septiembre; sentencia del TC 138/86, de 7 de noviembre; sentencia del TS de 17.9.09 –Recurso de Casación nº 1685/08-), y para esta eventualidad la primera regla del Art. 14.1 de la Ley 29/98 indica que *“con carácter general, será competente el órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado”*, de donde se infiere que la competencia por territorio recaerá sobre el Juzgado de lo Contencioso en cuya provincia radique el centro que propuso la resolución que luego fue convalidada por la SGTGP, y no el del lugar donde el reo vaya a ser movilizado. Debe añadirse que inclusive en el caso de que el interno hubiera promovido el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales de la persona (arts. 114 y ss de la Ley 29/98), no existen especialidades en cuanto a la competencia territorial.

En cuanto al prisma de la competencia funcional, podrían aventurarse soluciones varias. En efecto y partiendo de la base de que en los arts. 8, 9, 11 y 12 de la LO 29/98 se detallan las tareas encomendadas al Juzgado, Juzgado Central, Sala de la Audiencia Nacional y Sala del TS, respectivamente, todos ellos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y que en ninguno de estos preceptos se mencionan facultades relacionadas de algún modo con las resoluciones que se están abordando, habría de acudir al cajón desastre del Art. 10.1.m), en el que a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ se atribuye el conocimiento de *“cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional”*. Si a ello sumamos que el órgano que libra la resolución, dependiente del Ministerio de Justicia, con rango inferior al Ministro y al Secretario de Estado, con competencia en toda la nación y la Villa de Madrid por enclave, podría concluirse que la competencia para conocer de los recursos contenciosos que se interpusieran pertenecerá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad de Madrid. Precisamente la Sección 6ª de dicha Sala en la reciente sentencia de 4.3.15 -Rec 575/2014-, dictaminó que *“(…) el recurso se interpone frente a resolución que acuerda el traslado a un Centro Penitenciario concreto pero hace referencia al mantenimiento de grado. La ley General Penitenciaria es la que regula la materia relativa a la clasificación de internos, y en tal medida este aspecto no puede ser revisado en esta Jurisdicción sino que es competencia del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria a quien debe dirigir su reclamación al respecto. El Art. 76 de la LGP es claro en este punto Por tanto, se inadmite el recurso frente a la clasificación de grado, por no ser materia de competencia de esta Jurisdicción, dejando imprejuzgada este extremo concreto.*

Sin embargo, sí es competente esta Sala para el examen de la decisión relativa al traslado de Centro Penitenciario y en tal sentido el recurso ha de admitirse sobre este tema concreto.”

2.2.3. Fueros de competencia sobre el ingreso en un establecimiento penitenciario.

Otra cuestión litigiosa es la determinación de quién o quienes cuentan con potestad para decidir en qué centro ha de ingresar un condenado o, en su caso, a qué centro puede ser trasladado, toda vez que el contenido de la resolución de clasificación inicial o de reclasificación responde a una doble finalidad.

Parece claro que el imperio sobre dirección y organización de los centros de cumplimiento está atribuido a la Administración Penitenciaria de acuerdo con el Art. 79 de la LOGP, y en su desarrollo el Art. 31 del RP, que dispone literalmente en su primer apartado que *“Conforme a*

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

La primera consecuencia explícita que se extrae de ello es la exclusión de competencia de los JVP en esta particular materia. Es más: la legislación penitenciaria no les atribuye ni siquiera la aptitud para conocer de los recursos contra las resoluciones emanadas de la SGTGP sobre meras conducciones o traslados de los internos. En este punto hay que mencionar la importante doctrina emanada del TC, destacando entre otras la sentencia 138/86, de 7 de Noviembre, cuyo fundamento jurídico tercero señalaba que la LOGP no arroga dicha competencia a los Juzgados de Vigilancia, añadiendo no obstante que dicha incompetencia no impide que el interno pueda instar la vía Contencioso-Administrativa ordinaria para revisar la legalidad del acto administrativo acordando el traslado, conforme a la previsión general del Art. 106 de la Constitución.

Por tanto, cuestión distinta es que se aprecie en el supuesto concreto de que se trate una *vulneración de derechos fundamentales*, en cuyo caso sí se reconoce la posibilidad a dichos órganos judiciales de declarar improcedente un determinado traslado, cuando haya habido *abuso o desviación de poder* por parte de la administración Penitenciaria, cuando se trate de una *sanción encubierta*, o cuando con el mismo se produzca un *empeoramiento de la situación del interno respecto de beneficios penitenciarios, de la aplicación de un tratamiento o de la posibilidad de desempeñar un trabajo en régimen abierto*, supuestos todos en los que resultará competente el JVP del lugar donde el acto administrativo fue adoptado. En este mismo sentido, el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción ha venido señalando (entre otras, las sentencias de 5.12.86 y 14.12.90) que acordar el destino de los penados en los establecimientos penitenciarios es facultad residenciada en los órganos administrativos, que son los que tienen cabal conocimiento de la verdadera situación de los centros y de la posibilidad de internamiento que éstos ofrecen. La decisión pues sobre posibles cambios de centro penitenciario se arroga al Centro Directivo, y es en consecuencia una resolución de carácter administrativo.

Cabe plantearse de qué poderes está investido el tribunal sentenciador para vincular el ingreso de un condenado a una prisión determinada. Ciertamente y en la práctica, el mandamiento de ingreso en prisión se dirige al Director del centro radicado en la jurisdicción del órgano ejecutor, lo que se hace atendiendo a que es en ese ámbito territorial donde reside el reo, al que por tanto se facilita el ingreso voluntario, y no parece deducirse de ello que el órgano judicial invada facultades administrativas.

Lo que sí es cuestionable que el penado dirija sus pasos al centro penitenciario de su libre elección, tal vez ajeno a la provincia donde se ubique su domicilio habitual y haya desarrollado su vida en sociedad, sea motu proprio, sea porque en el propio mandamiento se señale expresamente ese punto de destino -tras haberlo solicitado y aceptada la posibilidad-. Interesa así determinar qué influencia y capacidad de maniobra tiene el propio interno para ingresar en uno u otro centro.

La base legal de la que se ha de partir es que la elección de centro de destino ni es un derecho del interno y aún menos uno de los recogidos en los art.s 24 y siguientes de la CE, y que el Art. 7 de la LOGP menciona los tres tipos de establecimientos existentes –preventivos, especiales y de cumplimiento-, mientras que el Art. 9 ya hace una distinción dentro de los de cumplimiento de penas privativas de libertad, a saber, los de régimen ordinario y los abiertos. A su vez y dentro de estos últimos, el Art. 80 del RP se refiere a los de carácter penitenciario, cuales son

los Centros Abiertos o de Inserción Social (CIS) y las Secciones Abiertas, y a los no penitenciarios, como las Unidades Dependientes, que son departamentos arquitectónicos ubicados fuera de los recintos penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias (Art. 80.4 y 165). Igualmente, el Art. 182 del RP permite que los clasificados en tercer grado reciban asistencia, incluso en régimen de internamiento y con determinados controles, en instituciones extrapenitenciarias, siempre que necesiten un tratamiento específico de deshabituación de drogas y otras adicciones.

Enlazando con lo anterior, existe sin discusión un indisoluble vínculo entre el tipo de establecimiento y el régimen que se dispensa, pues así resulta de la combinación del Art. 74 del RP, que detalla cuales son las clases de regímenes, y los arts. 76.1 y 80.1 del mismo texto, que hablan respectivamente de “*establecimientos de régimen ordinario*” y “*establecimientos de régimen abierto*”, uno de los cuales es el CIS. De esta guisa, será normal encontrar internos de todos los grados penitenciarios en un centro polivalente pero no debe serlo tanto en uno abierto, cuyo espíritu resume el Preámbulo del RP al afirmar que los CIS son “*instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos de reclusos que permiten utilizar los recursos extrapenitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras*”, es decir, que los CIS comisionan el núcleo duro del tratamiento a asociaciones e instituciones del exterior, tanto públicas como privadas, ex Art. 6.

Por lo expuesto, que de entrada un condenado acuda a ingresar a un centro abierto parece encumbrarle con aquello que el Art. 74.2 del RP dispone: “*el régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad*”. Es decir, que sin pasar previamente por la JT correspondiente tras un período sensato de estudio de las variables y criterios que se describen en la Instrucción 9/07 de IIPP, sobre *Clasificación y Destino*, y adelantándose a lo que ésta pueda proponer sobre grado y destino, puede parecer que el reo se presenta en dicho establecimiento con el propósito manifiesto de acceder inmediatamente al tercer grado, soslayando aquellos criterios con los que el Art. 63 de la LOGP ilumina el camino a seguir, al señalar que “*el destino a un establecimiento de un determinado condenado, se ordena atendiendo al más adecuado para el tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél (...)*”, sin olvidar que en relación a ello el Art. 20.1 del RP establece de que los reclusos pasarán al “*departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador*” y también se habla de realizar “*planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal*”. En cambio, no debe pasarse por alto que el modo normal de intervención inicial de la Administración Penitenciaria en los condenados se articula sobre la base del régimen del segundo grado, por las escasas posibilidades de examen del recluso durante su breve internamiento, y que cuando un tribunal ordena el cumplimiento de su pena privativa de libertad lo hace pensando, sin perjuicio de lo que luego se zanje administrativamente, en que el penado quede sometido a régimen cerrado.

Ello debe conjugarse con el Art. 15.1 de la LOGP, que facilita una primera referencia para solventar el dilema, al regular la hipótesis de la presentación voluntaria del reo en una prisión, previendo que este hecho deberá ser “*inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolverá lo procedente*”. En esta misma idea insiste el Art. 16.3 del RP cuando dice que “*el Director del centro recabará del Juez o Tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento, así como, en su caso, el testimonio de sentencia y liquidación de condena*”. De ambas normas resulta que la decisión unilateral del condenado de ingresar en un centro de su elección, incluso ordinario, debe trasladarse al sentenciador, y será el que se pronuncie sobre el hecho. En el supuesto del centro abierto, el principal obstáculo para aceptar sin más al reo se halla en la filosofía inmanente al mismo, además de que por su propia naturaleza no cuenta con la dotación personal y material de la que

regularmente disponen los centros que tratan todos los grados, sucediendo que el Art. 60.2 de la Ley previene que para lograr la plena reinserción social del interno *“deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades”*, y el Art. 62,5 se hace eco una gran verdad al decir que el tratamiento *“en general será complejo”*. Y es que como quiera que la clave del CIS es potenciar el medio abierto, es lógico que existan ciertos recortes en el elenco de prestaciones que se ofrecen materialmente in situ, tales como la asistencia religiosa, programas de superación de tóxicos, sanidad interior, destinos retribuidos, salidas programadas y, en general, las áreas de participación comprendidas en el Art. 55 del RP -actividades educativas, recreativas, religiosas, laborales, culturales o deportivas-, básicamente porque los CIS se abren con el fin último de no acoger internos mas que por la noche, si acaso, dado que los penados desarrollan su vida diaria en el exterior por sus características y status social, familiar y laboral, y de resultar inicialmente clasificados en 2º grado su estancia en el centro comprometería el régimen de vida correspondiente a su grado penitenciario, sin perjuicio de la facultad de dirigirse a IIPP directamente para obtener el cambio deseado, o previa petición a la JT del establecimiento en el momento de procederse a la revisión.

2.2.4. Las reformas en marcha.

Aunque las reformas en ciernes a cargo de la LO 1/15 y el BCPP no se han ensañado en demasía con nuestro consolidado sistema clasificatorio, tipos y subtipos de grados, requisitos y variables, competencia administrativa para la toma de decisiones, etc..., no es menos cierto que ambos textos auguran algunos cambios en lo que a competencia y forma de la tutela jurisdiccional concierne, que deberán ir necesariamente acompañados de los oportunos canjes en la legislación penitenciaria para superar las evidentes disparidades.

El BCPP regula los aspectos procesales de la clasificación penitenciaria en el Art. 677, dentro de la Sección 5ª (*“Control judicial de la ejecución de la pena de prisión”*), Capítulo II (*“Ejecución de la pena de prisión”*), del Título II (*“La ejecución de penas privativas de libertad”*), del Libro VII (*“La ejecución”*).

Como ha ocurrido con otras materias que sintonizan con la ejecución material de la pena, se pretende en la nueva regulación que la clasificación también sea centralizada por el tribunal encargado de ejecutar el fallo, el llamado Tribunal de Ejecución. Si hasta ahora los únicos protagonistas como partes en fase ejecutiva eran el interno y el Fiscal, con excepción de aquellos incidentes en los que expresamente se prevé la audiencia del perjudicado (recuérdese cómo con las reformas que introdujo en el CP la LO 7/03, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, se establece en distintos preceptos -arts. 36.2, 78, 91.1 y 91.2 del CP- que el JVP oiga *“al Ministerio Fiscal, a Instituciones Penitenciarias y a las demás partes”* antes de dictar resolución), los arts. 638.2 y 640.1 del BCPP permiten el acceso tanto a acusadores privados, particulares y populares como a actores civiles, quienes podrán hacer valer sus pretensiones e intereses en fase ejecutiva, siempre que se constituyan representadas por procurador y asistidas por abogado, pudiendo este último asumir también las funciones de representación, y al no establecerse límites cabe entender que podrán tomar parte en toda clase de trámites en los que sus privados o sociales intereses se vean comprometidos.

Si vinculamos los antedichos preceptos al Art. 677.1 del texto, alcanzamos la conclusión de que todos ellos podrán formular recursos contra las resoluciones clasificatorias, al disponer que *“las resoluciones de la Administración Penitenciaria en la que se clasifique en grado a un interno, sobre progresión o regresión de grado y los acuerdos que resuelvan no elevar propuesta de progresión y decidan el mantenimiento en el mismo grado, podrán ser recurridos ante el Tribunal de Ejecución (...)”*.

De este modo, el borrador amplía el concepto de intervinientes a todos aquellos que hubieran participado el procedimiento penal precedente, y las consecuencias serán varias.

En primer lugar y a tenor de lo dicho, estas resoluciones administrativas deberán ser notificadas no solo al interno y al Fiscal sino a todas las *partes* del proceso penal que en su momento se sustanció, lo que planteará no pocos problemas a IIPP en cuanto a la identificación y búsqueda de destinatarios de la notificación, incluyéndose en teoría también los “*acuerdos que resuelvan no elevar propuesta de progresión*”. Esta última anotación tiene importantes consecuencias porque esos acuerdos, hasta el momento, solo se entienden con el interno en la que es considerada vía administrativa, alejándolos de las miradas escrutadoras del Fiscal y el Juez de Rehabilitación, mientras que la modificación legal proyectada vaciaría de contenidos el Art. 105.2 del RP y permitiría la judicialización directa.

En segundo lugar y sea quien fuere el recurrente, en su apartado 3º el Art. 677 prevé expresamente el “*traslado al Ministerio Fiscal y al resto de las partes personadas*”, con lo que actores y acusadores serán buscados y llamados a escena para ofrecerles la posibilidad de intervenir en la sustanciación de los recursos promovidos por voluntad de otro, mas dando un giro inesperado el borrador permite acceder a la segunda instancia únicamente al penado y al Ministerio Fiscal.

En lo tocante a los aspectos procesales, el segundo apartado del Art. 677 establece que el Secretario Judicial será quien recabe la documentación en que se fundamentó la resolución clasificatoria, y el tercer párrafo fija un plazo de 5 días para dar traslado a todas las partes no recurrentes, después de lo cual y antes de resolver podrá el tribunal “*acordar la práctica de las diligencias que considere necesarias*”. Así y en consonancia con la premura con la que debe ser tratado el asunto, se establece un procedimiento sumarisimo en cuanto a los plazos y muy maleable en cuanto a la posibilidad de que el órgano judicial, al margen de la información de la que hubieran hecho acopio las partes, pueda disponer de oficio diligencias para mejor proveer.

El cuarto párrafo se reserva al supuesto del Art. 104.4 del RP, y en esencia contempla que sea el propio Tribunal de Ejecución el que, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, promueva en la ejecutoria un incidente para progresar al interno a este subtipo de libertad restringida. Es decir, se sustrae a IIPP la competencia para proponer y resolver sobre esta modalidad de tercer grado, desnaturalizándose el cauce normal de sustanciación, netamente administrativo, al Fiscal la posibilidad de recurrir el otorgamiento o el no reconocimiento en vía administrativa, y al JVP vía recurso la posibilidad de clasificarlo en tercer grado por razones de dignidad humana.

Por último, el quinto párrafo del Art. 677 prevé que el tribunal, discrecionalmente, pueda otorgar efecto suspensivo al recurso que un interno formule contra su regresión en grado, encontrándonos así con uno de los apéndices que deberán ser armonizados con la actual regulación, emanada de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, que precisamente formula en sentido contrario el efecto suspensivo del recurso de apelación si se trata de delitos graves y la resolución recurrida puede permitir la excarcelación del interno.

3. EL JVP Y LA PENA DE TRABAJOS COMUNITARIOS.

3.1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS Y TRÁMITES.

Luego de ser implantada en nuestro ordenamiento jurídico penal la pena de trabajos comunitarios a través del Art. 49 de la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del CP, desarrollado inicialmente por el RD 690/1996, de 26 de Abril, posteriormente por el RD 515/2005, de 6 de Mayo, luego troquelado por el RD 1849/2009, de 4 de diciembre, y, finalmente, por el vigente RD 840/11, de 17 de Junio, como sucede con el resto de penas previstas en el Art. 32 del CP la

de servicios comunitarios presenta en fase de ejecución de sentencia varios momentos y en distintas sedes, siendo las actividades ejecutivas tanto procesales como sustantivas. Aunque en la primigenia normativa se atribuía a los tribunales sentenciadores el conocimiento de todas las incidencias para con el cumplimiento de esta pena, fue con la reforma operada en el CP por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que el control formal y material quedó residenciado en mayor parte en los JVP.

Así y una vez firme la sentencia, es preciso oficiar a los SGPMA a fin de que elaboren un plan de ejecución de la pena (Art. 5 del RD), quienes para ello mantendrán una entrevista con el penado a fin de evaluar su disponibilidad horaria, cargas laborales y familiares, habilidades personales, población en la que se cumplirán las jornadas, etc., y acometerán las gestiones tendentes a conseguir una institución que acepte ofrecer puestos de trabajo que respondan a los rasgos del penado. Posteriormente y una vez confeccionado el proyecto, pese a su carácter ejecutivo (novedad implantada por el RD de 2011 en su Art. 5.3; el anterior RD de 2005 señalaba en el Art. 5.2 que *“los servicios sociales penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al juzgado de vigilancia penitenciaria para su aprobación o rectificación”*), debe procederse a su remisión al JVP en cuya circunscripción territorial se halle el órgano proponente para su fiscalización, dando cuenta al tribunal sentenciador y quedando la ejecutoria provisionalmente archivada hasta que este pronunciamiento del fallo quede satisfecho. De otro lado y dada la inmediata ejecutividad del plan, puede suceder que cuando el asunto se traspone al JVP ya se hubiera producido el cumplimiento íntegro del mismo, especialmente cuando concurre una dilación excesiva en el tiempo para acometer este trámite o cuando la pena es muy corta, caso para el que los JVP acordaron en la Reunión del año 2010 que procedería sin más el dictado de un auto en el que, simultáneamente, se aprobara el proyecto y se diera por cumplida la pena. En coherencia con ello y de haber existido una flagrante transgresión del plan, el auto del JVP debería iría en esa dirección, es decir, dándolo por aprobado y declarando incumplida la pena, cosa que en la aludida reunión los JVP rechazaron -por mayoría-, al considerar que en este contexto *“debe elaborarse por los SSP un nuevo plan de cumplimiento y una vez aprobado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, se notificará al penado con la advertencia de cometer delito de quebrantamiento de condena si se negara a cumplir el plan”*.

Conviene insistir en la idea de que, a diferencia del resto de sanciones penales, tras la firmeza del fallo la pena de TBC se halla en un estado embrionario y que aún no está lo suficientemente formada, al punto de que hasta que no se dicta por el JVP competente el auto tomando conocimiento del plan de ejecución difícilmente puede defenderse de que exista una pena susceptible de ser contravenida, y ello porque después de notificada la sentencia es necesario desarrollar, como se ha indicado, unas actividades que culminan en la concreción de la pena, y es esa pena la que, en su caso, el penado puede quebrantar o cumplir, o en su caso quedar prescrita. Así y entre otros avatares, hay preservar las garantías que la ley ofrece al penado en orden a la ejecución de esa pena definitiva, dándole una participación activa en esta fase procesal. El penado podrá renunciar voluntariamente a esa participación, pero es preciso que se haga de modo efectivo un llamamiento colaborador, y dichos ofrecimientos están legalmente ubicados en un momento muy posterior al de la firmeza de la sentencia, al que por tanto se habrá que llegar necesariamente para poder perfilar completamente la pena. Así, el Art. 4.3 del RD establece que *“el penado podrá proponer un trabajo concreto que será valorado por la Administración penitenciaria (...)”* y en el Art. 5.1 se habla de que *“se escuchará la propuesta que el penado realice”*. Esta facultad del penado podrá extenderse a puntualizar cuál será la naturaleza de las labores materiales a desempeñar, el horario y días consecutivos o alternativos de asistencia, etc., todo ello para que el cumplimiento de la pena no interfiera negativamente en sus quehaceres diarios, de ahí que también se admita ampliamente en la práctica la posibilidad de que constante el cumplimiento de la pena el

condenado pueda formular posibles modulaciones al plan inicial, cuando haya visto cambiadas sus circunstancias geográficas (con traslado de expediente inclusive), de salud, etc., debiendo comunicar la incidencia para, previa acreditación y comprobación de los motivos, obtener un cambio o suspensión en el plan iniciado.

Pero es más, a renglón seguido en el Art. 5.3,2 del RD se contempla la posibilidad de que le penado se oponga al plan de ejecución y que, en tal caso, se derivará la problemática al JVP, donde el incidente recibirá su curso legal (acuerdo aprobado por mayoría en la Reunión de JVP de 2005: *“si la incidencia fuera relativa a la no conformidad del penado con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares, será comunicada por los Servicios sociales penitenciarios al JVP, el cual, a su vez, lo pondrá en conocimiento del Tribunal sentenciador, que será el competente para dictar la resolución oportuna”*).

Parece pues que aún en este postrero momento la pena está sometida a un debate para precisar su contenido, es decir, que existe un diálogo en la elaboración del plan al que el penado tiene todo el derecho. Puede así ocurrir que inicialmente se niegue a cumplir con los trabajos no remunerados propuestos, debiendo evidentemente justificar su rechazo y hacer una contraoferta, y que después sí acepte otro plan de la Administración que se adecue mejor a su situación social y laboral. Si el veto estaba motivado, y la demostración clara se halla en que la Administración puede llegar a presentar un nuevo proyecto, no cabe afirmar que aquella negativa del penado comporte vulneración de algo, y por tanto no habría infracción penal.

En resumen, vemos como después de dictada la sentencia que condena a trabajos comunitarios, son múltiples y trascendentales a la par los impulsos que recibe la ejecución de la pena: los menos depositados en el sentenciador (ordenando el cumplimiento de la pena, de acuerdo con el Art. 3 del RD), algunos controlados por la Administración Penitenciaria (disponiendo las condiciones en las que se cumplirá la pena y supervisando su ejecución, según los arts. 3, 4.2, 5, 8 y 9 del RD, complementado con las Instrucciones 11/09 y 9/11 de IIPP), otros gestionados por la entidad que prestó su conformidad para el desarrollo de las actividades de utilidad pública en que se materializa la pena (vigilando que el penado siga el plan acordado en sus términos, de conformidad con los arts. 4.1 y 7.2 del RD), otros, como se ha visto, se hacen depender de la exclusiva voluntad del propio penado, quien una vez principie el cumplimiento deberá colaborar para hacer factible la completa ejecución de la pena, sin que quepa acudir a vías coactivas a estos fines (conclusión 9ª de las Jornadas de FVP del año 2011; Circular nº 2/04 de la FGE que, interpretando los dos últimos incisos del Art. 49.6º del CP, señala que *“el legislador ordena al Juez optar -alternativa y no cumulativamente- bien por reanudar el cumplimiento -si llega a la conclusión de que no hay propiamente quebrantamiento- o por deducir testimonio -si llega a la conclusión de que hay indicios de delito-”*).

Finalmente, hay también funciones entregadas al cuidado del JVP (arts. 5.3, 7.1, 8 y 9 del RD), que pese a la virtualidad inmediata del plan aceptado de acuerdo con el Art. 5.3 del RD (acuerdo de la Reunión de JVP de 2011, *“no hay inconveniente en la ejecutividad inmediata del Plan de Ejecución elaborado por la Administración, sin perjuicio que la regla general debería ser la aprobación judicial previa a su ejecución”*) tiene amplias facultades inspectoras sobre el boceto concreto que pende de iniciarse o incluso ha comenzado ya a desarrollarse cuando le es remitida toda la documentación por los SGPMA. En particular, esa tarea fiscalizadora cobra importancia en aquellos casos en los que se suscitan dudas sobre la naturaleza jurídica de la entidad en la que se desarrollarán las jornadas o sobre el trabajo material mismo que es encomendado al penado, pudiendo con libertad el juez adentrarse a realizar una ponderación, conforme a las reglas del sentido común, sobre cual será el valor real del trabajo a desempeñar. Debe así recordarse que son múltiples las menciones que se hacen en nuestra legislación al carácter y personalidad de una y otro. Así, el Art. 49 del CP emplea la

expresión “*cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública*”, lo que apunta a cierto matiz filantrópico en las tareas a las que el penado hará frente; se habla a renglón seguido de “*reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas*”, abundando con ello en que esos cometidos deberán apartarse de todo componente personalista, y de “*entidad pública o asociación de interés general*”, así como que esos trabajos serán procurados por “*la Administración*”, lo que aleja toda posibilidad de que sean intereses particulares los que dominen la elección. En este mismo sentido la Exposición de Motivos del RD de 2011 define la pena como “*la prestación no remunerada de actividades de utilidad social*”, en su Art. 4.1 apunta a que “*el trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración estatal, autonómica o local*” y que las entidades encargadas de suministrar las plazas serán “*públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública*”, admitiéndose en el Art. 5.1 que el trabajo se traduzca en la participación en talleres y programas pero de aquellos que la “*Administración Penitenciaria venga desarrollando como parte de las políticas públicas de esta naturaleza*”.

A partir de las continuas referencias a los requisitos que debe cumplir la labor en que la pena consiste, será fácil que un plan no cuente con el respaldo judicial si la institución u organismo presenta un claro componente jurídico mercantilista, si desde su propia denominación se apunta ya a que su objeto social está supeditado u orientado al interés de los asociados, si su actividad en el tráfico no revierte en favores sociales, públicos o generales, etc., para lo cual será imprescindible incorporar al expediente los estatutos de la entidad y así verificar que los frutos de la pena solo redundarán en beneficio de los partícipes de la empresa, casos todos en los que podrá acordarse la nulidad del plan en sede judicial. Perfecto ejemplo de lo que se dice se encuentra en el auto de fecha 24-9-10 del JVP nº 6 de Andalucía, que desaprueba un plan por inidoneidad de la entidad propuesta, dado que pese a carecer de ánimo de lucro era, a tenor de sus estatutos sociales, una entidad privada destinada a la práctica del deporte, sin que desarrollara contenidos de utilidad pública alguna.

Vaya por delante que todo lo dicho poco tiene que ver con la regulación que se prevé sobre la ejecución de la pena de TBC en el Art. 689 del BCPP de 2013, que desdibuja hasta anular la figura del JVP del panorama ejecutivo y reserva exclusivamente funciones de control a los SGPMA y al Tribunal de Ejecución, en similares términos procedimentales a los del RD de 2011, dando sin embargo un protagonismo que no se entiende muy bien al Fiscal, en tanto que debe serle remitido un testimonio del plan de ejecución elaborado, cabe interpretar que a efectos de poder recurrirlo.

3.2. DISFUNCIONES.

En la práctica de los tribunales y debido a la colisión/concurrencia de las actividades encomendadas al tribunal sentenciador y al JVP, ambos en el ejercicio de potestades ejecutivas, se producen en ocasiones ciertos desajustes, posiblemente propiciados por el celo del primero de ellos ante la confusa comunicación que hacen los SGPMA cuando han detectado el incumplimiento de la pena de TBC. Hemos a su vez de distinguir entre dos supuestos: el incumplimiento que deviene una vez autorizado el plan de actuación por el JVP, y aquél que se produce antes de que el proyecto gane la ejecutividad que proclama el RD 840/11.

El primero de los casos, no infrecuente, concierne al penado que se halla incurso en alguno de los cuatro supuestos previstos en el Art. 49.6º del CP, en el que por los SGPMA se comunica dicha circunstancia tanto al juez de peligrosidad como al juez sentenciador. Mientras que el JVP, de concurrir alguno de los supuestos tasados, procede a dar la pena por incumplida y deducir testimonio de lo actuado al Decanato de los Juzgados de Instrucción del lugar donde radique la entidad en la que debían prestarse los servicios, por su parte el tribunal sentenciador,

sin verificar la suerte final que al expediente penitenciario se le hubiera dado, procede del mismo modo, siendo así que en un mismo partido judicial el penado tendrá a buen seguro incoadas dos causas penales -en ocasiones en dos juzgados distintos- pero con idéntica conducta investigada.

En estos supuestos, el procedimiento judicial incoado merced al testimonio del sentenciador está viciado de raíz, toda vez que éste no es competente para realizar la comunicación de esta noticia criminis. Así resulta de los siguientes artículos:

En primer lugar del Art. 49.6º del CP, que señala que *“los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria(…)”* los posibles incumplimientos de la pena, y que tras valorar el informe que al respecto se emita, *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena. En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468”*. Reproduciendo lo anterior, el Art. 8 del R.D. 840/11 dispone textualmente que *“efectuadas las verificaciones necesarias, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena, a los efectos y en los términos previstos en el artículo 49.6.ª y 7.ª del Código Penal.”* Finalmente y puesto en relación con los preceptos referidos, resulta esclarecedor para comprender el origen del problema el Art. 9 del mismo R.D. 840/11, que indica que *“una vez cumplido el plan de ejecución, los servicios de gestión de penas y medidas alternativas informarán de tal extremo al Juez de Vigilancia Penitenciaria y al órgano jurisdiccional competente para la ejecución, a los efectos oportunos”*.

De los enunciados expuestos extraemos dos conclusiones.

De un lado que los arts. 49 del CP y 8 del RD 840/11 se refieren a supuestos de incumplimiento de la pena, y atribuyen todas las funciones al JVP correspondiente, que viene a ser único competente para deducir el oportuno testimonio por quebrantamiento de condena, llegado el caso, o decidir que se elabore nuevo plan, con o sin cambio en la entidad que oferta el puesto de trabajo.

De otro, que el Art. 9 del RD 840/11 se ciñe exclusivamente a los casos de cumplimiento y, ahora sí, se refiere tanto al JVP como al sentenciador.

De no respetarse estas reglas del juego podrían darse situaciones enteramente perjudiciales al imputado.

Si hubo un verdadero incumplimiento de condena, lo que solo se verificará mediante auto firme declarativo del JVP en tal sentido, se iniciará un procedimiento penal por quebrantamiento merced al testimonio del mismo, pero si el sentenciador, careciendo de competencias como se ha expuesto, decide también dar traslado de la noticia al Decanato del partido judicial correspondiente, el penado tendrá que hacer frente a dos causas por idéntico hecho, uno resultado del testimonio librado por el JVP y otro por mor de la indebida deducción de testimonio acordada por el sentenciador.

Además, podría suceder que el penado recurriera el auto del JVP dando la pena por incumplida y ganara a la postre el recurso, en cuyo caso y pese a dicho pronunciamiento el penado tendría abiertas una Diligencias Previas por quebrantamiento de condena merced al testimonio que dedujo, erróneamente, el sentenciador.

A modo de conclusiones, deberá verificarse cual es origen de los procedimientos penales incoados por delito de quebrantamiento de la pena de TBC para, en caso de provenir del tribunal sentenciador, sobreseer provisionalmente la causa, y en caso de recibirse en una ejecutoria la comunicación de los SGPMA acerca del incumplimiento, acordar el archivo de la misma en lo que se refiere a la pena de trabajos sociales, por cuanto la vulneración se gestiona en exclusiva por los JVP, y de acuerdo con la legalidad vigente la transgresión de esta clase de

pena, al ser la única que precisa de aquiescencia del penado, se agota con la declaración del incumplimiento del JVP y la deducción del oportuno testimonio, sin que se recoja en algún apartado legal la posibilidad de que el sentenciador, conocido que el penado la ha infringido, pueda ordenar que vuelva a ser ejecutada o deducir dicho testimonio por quebrantamiento. En suma y una vez se verifique el fracaso del ius puniendi del Estado, no cabe reiniciar el cumplimiento (en este sentido, en la Reunión de JVP de 2011 se aprobó que *“una vez declarado el incumplimiento por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, no cabe reiniciar el cumplimiento por parte de condenado”*; en idénticos términos, la 9ª conclusión de la Reunión de FVP de 2011: *“una vez firme, la declaración de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de comunidad no habilita para exigir la continuación del cumplimiento de la pena de trabajos incumplida”*).

Para finalizar este apartado se hará referencia al otro de los casos que se exponían al inicio, bien distinto, relativo al penado que, sin ofrecer justificación, se niega a firmar el proyecto que se hubiera elaborado para ejecutar la pena, o no hubiera concurrido a la convocatoria que se le hiciera a tales fines. Pudiera plantearse la duda de qué órgano judicial es competente para conocer y dar respuesta a tal comunicación hecha por los SGPMA, si el sentenciador o el JVP. En realidad esta cuestión ya fue resuelta con solvencia en la Reunión de JVP del año 2005, en la que se aprobó que *“el Tribunal sentenciador será el competente para conocer de todas las incidencias acaecidas con anterioridad a la aprobación por el JVP del plan de ejecución (por no localización o no presentación del penado ante los Servicios sociales penitenciarios, así como por la declaración de busca y captura, en su caso). Si la incidencia fuera relativa a la no conformidad del penado con el trabajo concreto propuesto o la imposibilidad de llevarlo a cabo por razones personales, sociales o familiares, será comunicada por los Servicios sociales penitenciarios al JVP, el cual, a su vez, lo pondrá en conocimiento del Tribunal sentenciador, que será el competente para dictar la resolución oportuna.”* Fruto de este acuerdo no jurisdiccional, en la reforma que se llevó a cabo del viejo RD 515/05 se introdujo un segundo inciso al Art. 5.3, que expresa que *“en el caso de que el penado acredite fehacientemente que se opone al cumplimiento del plan de ejecución, se informará al Juez de Vigilancia Penitenciaria de tal hecho, a los efectos que considere oportunos”*.

Posiblemente tanto lo que se aprobó en 2005 como lo que se incluye el artículo transcrito vienen a introducir cierta confusión en este escenario, porque si queda sentado que el JVP sólo conocerá de la ejecución de la pena una vez se elabore y apruebe el plan de ejecución, no se explica por qué, aunque se trate de una mera *información*, debe saber de la existencia de un plan rechazado por el penado y respecto del que nada puede hacer, porque de acuerdo con el resto de articulado el competente para tomar decisiones es y será el tribunal sentenciador, cuestión que ya fue abordada en la Reunión Anual de FVP de 2013, aprobándose que *“en los supuestos de incomparecencia del reo ante los Servicios de Gestión de Penas y Medidas Alternativas tras haber sido citado para la entrevista encaminada a definir el plan de ejecución, es el órgano jurisdiccional competente para la ejecución y no el JVP el órgano judicial al que los Servicios de Gestión deben remitir los testimonios oportunos acerca de dicha incomparecencia”*.

En cualquier caso, el momento prefijado para que el penado muestre su anuencia al proyecto de ejecución viene a ser punto de inflexión para la puesta en marcha de la maquinaria judicial, que será la del ejecutor hasta ese momento y la penitenciaria por delegación a partir de él.

Al hilo de lo dicho cabe analizar otra cuestión no tan pacífica, cual es la de las consecuencias criminales de la conducta del reo incumplidor y, sobre todo, el encaje jurídico, siendo dos las posibles respuestas: un quebrantamiento de condena del Art. 468.1 o una desobediencia del Art. 556, ambos del CP.

En la Reunión de 2011, los FVP alcanzaron unanimidad a la hora de considerar que *“cuando se suscite ante el órgano jurisdiccional competente para la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad el incidente sobre la incomparecencia del reo - oportunamente citado- ante los Servicios de gestión de penas y medidas alternativas, dicho órgano jurisdiccional deberá emplazar al sentenciado para que acuda ante tales Servicios de gestión bajo apercibimiento al reo de comparecer de incurrir en delito de desobediencia”*. Posteriormente y refrendando este acuerdo, en la Reunión de 2013 se sentó que *“cuando el órgano jurisdiccional competente para la ejecución reciba dichos testimonios relativos a la incomparecencia, debe comprobar haberse recibido en el domicilio designado la citación enviada por los SGPMA; y acto seguido: A) Si se trata de pena originaria, apercibirá de comisión de delito de desobediencia al reo de no haberse realizado ya esa advertencia”*. Como complemento, en la Reunión de 2010 los JVP consideraron que una vez aprobado el plan por el JVP competente, *“se notificará al penado con la advertencia de cometer delito de quebrantamiento de condena si se negara a cumplir el plan”*, con todo lo cual parecían claros los caminos a seguir: si el penado dejaba de acudir ante los SGPMA podía incurrir en desobediencia, si dejaba de cumplir una plan que contaba con el visto bueno del JVP se procedía por quebrantamiento.

Sensu contrario, se venía entendiendo que el momento clave para apreciar el delito de quebrantamiento se situaba en el auto notificado del JVP autorizando el plan, porque sólo en él y nunca antes se concreta la pena que se quebranta, y porque hasta entonces no se detallan las condiciones necesarias para que pueda hablarse de un verdadero delito de quebrantamiento de condena, a saber:

Por un lado en qué consiste la pena, es decir, cuales son las jornadas de trabajo no remunerado que el penado o cumple o quebranta, qué servicios debe atender, la duración diaria y entidad pública donde se ejecutarán, etc..

Por otro la liquidación de la pena, indicando el dies a quo a partir del cual deberá iniciarse materialmente su ejecución. Antes de ese día no puede hablarse de quebrantamiento pues la pena no ha tenido comienzo en su cumplimiento, al modo de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, o la de prohibición de comunicarse o acercarse a una persona determinada, en las que el sentenciador debe practicar la liquidación de la pena y notificarla al condenado, quien solo incurrirá en delito de quebrantamiento a partir de ese día en que toma conocimiento de las limitaciones en sus derechos.

Sin embargo, desde fechas relativamente recientes se han iniciado otros derroteros jurisprudenciales, al existir cierta línea interpretativa de la inasistencia injustificada del penado ante los SGPMA que aboga por penalizarla a título de quebrantamiento de pena.

Es el caso de la sentencia nº 98/13, de 25 de Febrero, de la AP de Cáceres. El epicentro del asunto ventilado no era otro que el de un penado que desatendió el requerimiento personal realizado vía judicial de comparecer ante los SGPMA, y dicha Audiencia entendió que *“la ejecución de una pena de trabajos en beneficio de la comunidad comienza desde el momento en que los Servicios Sociales Penitenciarios citan al condenado para la elaboración del plan de ejecución, por lo que el delito de quebrantamiento de condena surgió a la vida jurídica y se consumó desde el momento en que el señor L.F. hizo caso omiso de la citación que recibió para que acudiera a los Servicios Penitenciarios a tal fin.”*

La AP de Toledo, en sentencia nº 51/13, de 27 de Junio, reproduciendo los fundamentos jurídicos de dos sentencias de la Sección 1ª de la AP de Alicante (nº 78/09, de 4 de Febrero, y 118/09, 16 de febrero), viene a equiparar la no comparecencia del penado ante los SGPMA, a efectos de elaborar el proyecto de ejecución, con la negativa expresa a cumplir la pena a que se refiere el art. 5.3,2 de RD de 2011, y concluye que *“no es posible dejar en manos del penado el cumplimiento y ello puede darse tanto en la primera fase, cuando es precisa su colaboración*

para realizar el plan de ejecución, o en la segunda, cuando ya se le ha asignado un puesto de trabajo”.

En estas mismas ideas insiste la sentencia nº 479/13, de 29 de Noviembre, de la AP de Cantabria, cuando entiende procedente la condena del denunciado por un delito de quebrantamiento de condena ante su nula colaboración en la confección del plan, por no comparecer cuando fue válidamente citado para ello, y la premisa de que el ni el RD de 2011 ni el art. 49 del CP prevén la consecuencia jurídica del delito de desobediencia están presentes en la sentencia nº 563/14, de 13 de Junio (recurso de apelación nº 50/14), de la AP de Valencia.

Estos nuevos istmos en la jurisprudencia menor se explican tras la observación de la naturaleza jurídica del delito de desobediencia y las condiciones, objetivas y subjetivas, que han de concurrir para su apreciación. Será así preciso que exista una orden emanada de la autoridad o de sus agentes, que deberá ser expresa, terminante y clara, imponiendo una conducta indeclinable o de estricto cumplimiento que se ha de acatar sin disculpas, y que contenga un mandato legítimo que derive de las facultades regladas o atribuciones competenciales de quien la emite, sin extralimitaciones o excesos. Además, ese mandato deberá llegar de forma personal y directa al destinatario, informándole de modo comprensible las consecuencias que conllevaría la contravención, y al hilo de ello que el requerido no sirva lo ordenado, colocándose en actitud de rebeldía o manifiesta oposición, conculcando así el principio de autoridad al que desprestigia.

Son básicamente dos las razones que obstan a considerar desobediencia el comportamiento del condenado que no acude a los SGPMA para conformar el proyecto de ejecución de la pena. Por una parte que el incumplimiento de cargas procesales en fase de ejecución de una pena no se subsume en el tipo del Art. 556 del CP, dado que no es un hecho que afecte al orden público -piénsese en el caso de un condenado a pena de multa que prescinde de atender la citación que le hace el sentenciador para el pago-, y de otra que es cuestionable que desde la Administración de Justicia pueda dirigirse a un ciudadano órdenes sobre cómo acometer una determinada actuación -caso de una persona imputada por alzamiento de bienes a la que un juzgado ordena que disponga lo necesario para recuperar la titularidad real de unos bienes que lucen a nombre de otros-, máxime cuando la pena de trabajos sociales debe contar con el consentimiento del reo, pero entendido como una voluntad permanente para con el cumplimiento de la pena, y no solo la inicial al tiempo de serle impuesta en sentencia, lo que impide compelerle a cumplirla si sobrevenidamente cambia de parecer. Así, la nueva tendencia jurisprudencial obvia la existencia de una bicefalia en cuanto a las tareas ejecutivas de la pena, unas preparatorias en sede del sentenciador y otras de control más directo sobre el modo en que se desarrolla el cumplimiento entregadas al JVP, tal y como se explica en la motivación de una de las conclusiones aprobadas en la Reunión de FVP de 2013: *“el Art. 49.1 CP atribuye al JVP no la ejecución, sino el control de la ejecución; si no se ha definido el Plan, no se ha accedido aun a la fase de control de la ejecución”.*

3.3. POSICIONAMIENTOS SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA PENA.

Son múltiples los tipos penales que contienen como sanción principal alternativa la de trabajos sociales, especialmente tratándose de delincuencia en el ámbito familiar y de delitos contra la seguridad vial. Al estar este tipo de conductas tan presentes en los atestados que siguen la tramitación como diligencias urgentes ante los juzgados de guardia, y estableciendo el CP por lo común una horquilla penológica que va de los 31 a los 90 días, es factible que las partes alcancen una conformidad con la pena mínima legal que, tras el sustancioso descuento del Art. 801.2 de la LECrim, convierta el reproche penal en una pena leve ex Art. 33.4.h) del CP, cuyo plazo de prescripción es de un año de acuerdo con el Art. 133.1, último párrafo, del CP.

Al inicio de este segundo bloque de cuestiones penitenciarias objeto de disección, se desgranaban las competencias concurrentes y el complejo iter ejecutivo por el que la pena de TBC transita, por lo que es fácil pensar que el agotamiento de la misma llevará cierto tiempo, pudiendo incluso transcurrir más de 1 año desde que ganó firmeza el fallo. Piénsese en los replanteos que puede sufrir el boceto inicial programado para ejecutar la pena: una enfermedad prolongada que obliga a suspender el cumplimiento, la incorporación al mercado laboral del penado, el cambio horario en la jornada laboral, un viaje de ocio contratado tiempo antes, la necesidad de permanecer en el domicilio de un familiar para prestar cuidados personales, cambios en la organización y disponibilidad de la entidad que presta los puestos de trabajo, cese de actividades de la misma, etc., y todo ello sin descartar la posibilidad de que el reo tenga varias penas de TBC en cola, unas a espera de cumplir otras. De esta forma, podría llegar un momento en el que hubiera de plantearse la cuestión de si la pena impuesta está prescrita. Fueron muchas las dificultades con las que años atrás se encontraron los SGPMA en España para gestionar la pena, todo a raíz de la reforma operada en el CP por la LO 15/07, de 30 de Noviembre, por la que los TBC dejaron de ser pena potestativa y se configuraron como pena principal (conjunta con la de multa y alternativa a la prisión), y luego después con la LO 5/10, de 22 de Junio, por la que los se situaron los TBC como pena principal, y es fácil hacerse una idea de la sobrecarga de trabajo asumido echando un vistazo a las estadísticas judiciales (no en vano y a título de referencia, el JVP nº 6 de Andalucía dio curso a tan solo 60 expedientes en 2006 y a 76 del año 2007, pasando de ahí a los 243 registrados en el curso del año 2008, 609 en 2009 y los 1.751 tramitados en el año 2010).

Con las antedichas leyes orgánicas se pasó además a incluir los TBC en muchos delitos que hasta entonces solo catalogaban la multa o la prisión como elementos de punibilidad, provocando con ello un incremento exponencial de expedientes penitenciarios de esta clase y, por extensión, la saturación de los SGPMA, lo que redundó en la excesiva prolongación de los tiempos por la marcada burocracia de los ritos trazados por los distintos decretos de desarrollo de la pena, sobre todo en orden a la localización y llamamiento del penado, cuando para la eficacia en estas gestiones se podría haber instaurado una vía idónea para que los tribunales ejecutores y los SGPMA estuvieran interconectados a través de una agenda electrónica única de señalamientos, de forma que los juzgados, al tiempo de requerir al penado para comparecer ante aquéllos para elaborar el programa de intervención, pudieran indicarle también el día y hora en el que debía hacerlo, anotando dicho emplazamiento en algún tipo de registro informático compartido con dichos servicios, al modo de las citaciones por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, CCAA y Municipios para los juicios de faltas inmediatos que se celebran el último día de la guardia. Caso contrario, como así sucedió, juzgados y tribunales de todo el territorio nacional se vieron obligados a sustanciar incidentes con el fin de examinar si la pena estaba prescrita.

Si algo caracteriza el instituto de la prescripción es que representa la materialización del fracaso de la Administración de Justicia, merced a la lentitud con que trata la investigación penal de un asunto o lleva a sus últimas consecuencias la pena acordada. Ya en previsión de lo que se avecinaba, en la Nota de Servicio 1/09 emitida por el Fiscal Delegado de Seguridad Vial para Andalucía y visada por el Fiscal Superior de la CA de Andalucía, se incluía un apartado 2.b) que especificaba que *“para evitar un plazo de prescripción de un año de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad inferior a 31 días (sería pena leve) a la que se puede llegar por la rebaja de un tercio en las conformidades en los juicios rápidos, los Sres. Fiscales procurarán que en las referidas conformidades las peticiones de esta pena se realicen de forma que, tras practicar la reducción del tercio de la pena, no será inferior a 31 días, y así conseguir que el plazo de prescripción aplicable sea el de las penas menos graves. Por tanto,*

la pena mínima a solicitar en esos casos de conformidad sería de 48 días de trabajos en beneficio de la comunidad”.

Si un JVP recibiera la documentación necesaria para incoar un expediente de TBC y observara que la sentencia condenatoria data de años atrás y la pena se extiende menos de 31 días, al ser un controlador formal de la pena, que no ejecutor, no está facultado para adentrarse en las cuestiones que rondan la prescripción, pero sí devolver lo actuado al sentenciador, y en la práctica se muestran tres posturas en respuesta de esta cuestión particular, radicalmente separadas por un hecho puntual pero de suma importancia cual es el de si ha de admitirse la existencia causas de interrupción de la prescripción de la pena.

Ciertamente el Art. 132 del CP prevé expresamente unas reglas tasadas de interrupción de la prescripción de los delitos, lo que el legislador omitió en cambio cuando pensó en la redacción del Art. 134 al tratar la caducidad de la pena, y es por ello que un amplio sector doctrinal pone el acento en el sentido gramatical del precepto, que lleva a no extender las causas de interrupción del delito a la pena, por tratarse de un aplicación extensiva no prevista legalmente, de una interpretación analógica en perjuicio del reo proscrita implícitamente en el Art. 4.1 del CP, de modo que los plazos marcados por la ley corren de forma inexorable.

Dotando de cierta flexibilidad al Art. 134 del CP, el TC ha venido admitiendo la ausencia de vulneración de Derechos Fundamentales en supuestos en los que por el sentenciador se consideró interrumpida la prescripción de la pena a tenor de la previa concesión de la suspensión de la ejecución de la misma (por todas, sentencia nº 81/2014, de 28 de Mayo; recurso de amparo nº 2643/13), pero recientemente ha negado esta virtualidad a la suspensión de la ejecutoria durante la tramitación de un indulto (por todas, sentencia nº 109/13, de 6 de Mayo; recurso de amparo nº 2609/12).

Finalmente, existe un sector que, por las singularidades que siguen al dictado de la sentencia, es partidario de examinar caso a caso cual ha sido la actividad judicial desplegada, sin conformarse con que el mero lapso del tiempo sea suficiente para declarar la muerte jurídica de una pena, antes bien y por su naturaleza mixta, tanto material como procesal, es necesario que se verifique una cierta e inasumible inactividad, y ello porque la razón de ser de la institución de la prescripción reside en la iniquidad que se deriva del retraso injustificado en la administración de la justicia. Se trata al fin y al cabo de comprobar si ha existido una continua actuación ejecutora tanto por el sentenciador como por el JVP y los SGPMA, todo ello antes del transcurso del plazo de 1 año, entendiendo que ciertas diligencias sí pueden surtir efectos paralizadores de la prescripción. Pueden traerse resoluciones de la llamada jurisprudencia menor a colación de lo dicho, como el auto nº 477/03, de 24 de Julio, de la Sección 1ª de la AP de Las Palmas (rollo nº 226/03), el auto de fecha 16.2.05, dictado por la Sección 3ª de la AP de Guipúzcoa (rollo de faltas nº 3013/05), o el auto de la misma Sección de fecha 25.4.00 (rollo nº 204/00). Por la Sección 1ª de la AP de Huelva, en virtud de autos de fecha 19.7.99, 11.11.00 y 2.9.10 (ejecutoria nº 374/09, del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva), se emitieron pronunciamientos en el mismo sentido jurídico, y a idéntica conclusión llegó la Sección 2ª de la AP de Huelva en autos de fecha 6.7.99 y 20.9.01 (sentencia nº 133/01, rollo nº 22/01), y más recientemente mediante auto de fecha 16.11.11 (rollo nº 328/11), de fecha 23.3.10 (rollo nº 83/10, en el seno de la ejecutoria nº 93/09 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva), y dos de fecha 8.6.10, dictados en resolución de sendos recursos de apelación interpuestos por el Fiscal (ejecutorias nº 659/08 y 739/08, ambas del Juzgado de lo Penal nº 3 de Huelva), en los que se acoge la doctrina que se sostiene sobre la posibilidad acreditada de que se hubieran producido actos con factible naturaleza interruptiva de la prescripción de la pena, al tiempo que se considera que la normativa sobre la prescripción de los delitos y la interrupción de la misma es de aplicación, mutatis mutandis, al instituto de la prescripción de la pena.

Finalmente y por parte de la 3ª Sección de la AP de Huelva, mediante auto de fecha 6.7.99 se vino a admitir que la prescripción de la pena es un instituto que, al igual que sucede con la espiración del delito, está sujeto a posibles paralizaciones, y se volvió a incidir en esta idea una década después, mediante auto de fecha 10.12.09 (rollo nº 307/09, dimanante de la ejecutoria nº 452/08 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva). En este auto dictado en segunda instancia, se recuerda cómo el TS ya había señalado mediante resolución de fecha 1.12.99, que la doctrina jurisprudencial sobre los actos que surten efectos interruptores de la prescripción de los delitos es aplicable, con los matices correspondientes, a la prescripción de la pena. Incide la AP en la idea de que *“resulta interrumpida la prescripción de la pena por toda la actividad procesal que se oriente precisamente a la ejecución”* y que lo decisivo para atribuir fuerza paralizadora a un acto es que *“se estén practicando actuaciones procesales respecto al culpable”*. Por otro lado la Sala, atendiendo al supuesto concreto que le fue sometido en alzada, dejó apuntado en su resolución que el dies a quo para el cómputo del plazo no era el de la firmeza del fallo, sino el día en que por parte del sentenciador se dirigió a los SGPMA el oportuno oficio a fin de proceder a procesar un plan de ejecución de la pena. Por la misma Sección 3ª de la AP de Huelva y en el rollo de apelación penal nº 106/10 auto de 12.4.10 (en relación a la ejecutoria nº 562/08 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Huelva) se llegó a similares conclusiones, destacando en el asunto combatido cómo el auto que puso fin a la segunda instancia señalaba como uno de los momentos interruptores el de la remisión por el tribunal ejecutor a los SGPMA de la documentación necesaria para la elaboración del plan, y el del acuse de recibo de dicha documentación por dicho organismo.

A nivel de órganos unipersonales pueden rescatarse los autos de fecha 2.2.10 y 8.7.10 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Huelva, que abogan por la puesta en relación de los preceptos respectivos de las prescripciones del delito y de la pena, razonando que *“dentro de un contexto común los relativos a la primera funcionan a modo de disposiciones aplicables a ambas, de forma que su omisión al regular la segunda no ha de interpretarse como exclusión de la norma omitida, sino como un recurso estilístico para evitar repeticiones innecesarias”*. Se dice sólo tienen virtualidad interruptora de la prescripción *“aquellas resoluciones que ofrezcan un contenido sustancial y material, propio de una puesta en marcha del procedimiento, reveladoras de que la investigación o el trámite procesal avanza superando la inactividad y la parálisis”*, con exclusión pues de las *“diligencias inocuas o que no afectan al proceso”*. En esta misma línea se pronunciaba mediante auto de 25.1.10 el Juzgado de Instrucción nº 3 de Donostia (al que el asunto le llegó en la defectuosa interpretación de que era el tribunal sentenciador, como se razonará en el apartado correspondiente de este estudio), que remitiéndose al auto de fecha 18.11.03 de la AP de Ciudad Real reflexionaba acerca de *“si lo que el legislador ha pretendido es que los plazos de prescripción de la pena corran de forma inexorable de modo que no exista causa alguna susceptible de interrumpirlos, cuestión a la que debe responderse de forma negativa al tratarse de un criterio que pasa por alto situaciones en las que forzosamente debe interrumpirse el cómputo del plazo prescriptivo”*.

Cabría citar por último la que quizá sea la más significativa de las resoluciones vicarias de este perfil jurisprudencial, de fecha 13.7.06, dictada por La Sección 17ª de la AP de Madrid (rollo nº 245/06; ponente el Ilmo. Sr. D. Jesús Fernández Entralgo), que por minuciosa y extensa en el estudio doctrinal de la cuestión merecería ser objeto de un exclusivo análisis aparte, aunque pueden importarse algunas citas:

“La ejecución del fallo condenatorio no puede identificarse conceptualmente con el cumplimiento de la pena impuesta en los términos establecidos por aquél.”

“A ese cumplimiento material (el ingreso en un centro penitenciario, el pago –voluntario o coercitivo- del importe de la multa) preceden un número mayor o menor de actos ejecutivos (esto es, de actos de realización del poder estatal de ejecución de la condena judicial) cuya duración no puede ser tenida como causa de prescripción (que no de caducidad o de establecimiento de un término fatal de duración de la actividad ejecutiva), porque forma parte

del haz de garantías y de mecanismos alternativos del cumplimiento en sentido estricto legalmente establecido a favor del reo.”

“El más elemental sentido común sugiere que el tiempo invertido en su práctica no puede contarse como de prescripción de la pena.”

“Sería, en efecto, contradictorio, que un condenado invocase como motivo de prescripción de la pena el tiempo transcurrido en resolver incidentes iniciados a su propia iniciativa. Contradiría el principio general de Derecho que dispone que quien se beneficia de una norma, ha de pechar, por lo mismo, con los inconvenientes de su actuación, lo que se sintetiza en el principio general «eius commoda, cuius incommoda», que en las fuentes romanas se consideraba como exigencia de la Ley natural.”

“La interpretación del artículo 134 como expresivo de una supresión de toda posibilidad de interrupción de la prescripción de la pena que no sea producida por su efectiva ejecución confunde, se insiste, el cumplimiento efectivo de la pena por ingreso en prisión o por la privación o limitación del derecho en que la pena consista con la fase previa constituida por una actividad procedimental jurídica, aunque no materialmente, ejecutiva.”

“El artículo 134 presupone que la declaración de firmeza dé paso inmediatamente –sin concurrencia de incidente alguno– a la ejecución material de la pena.”

“Esas actividades incidentales forman parte de la fase de ejecución (que en la bibliografía especializada se trata como un auténtico proceso junto al de conocimiento o declaración) y funcionan a modo de eslabón intermedio entre el pronunciamiento de la condena (de la que es, en cierto modo, prolongación, aclarándola y concretándola) y el cumplimiento efectivo, al que de algún modo condiciona. Por eso, las escasas y equívocas normas rectoras han de integrarse con las propias de la prescripción del delito, por lo que tienen más de procedimental que de ejecutivo.”

“Significa únicamente interpretar (haciendo uso de las pautas contenidas en el artículo 3.1 del Código Civil) las normas sobre prescripción de la pena de acuerdo con su espíritu y finalidad, descartando otras que, ciertamente, beneficiarían al reo, pero a costa de quebrantar principios fundamentales del Derecho (y del más elemental sentido común), recogidos legal y jurisprudencialmente, y del resultado de la interpretación intrasistemática, poniendo en relación los preceptos respectivos de las prescripciones del delito y de la pena, en la medida en que, dentro de un contexto común, los relativos a la primera funcionan a modo de disposiciones aplicables a ambas, de forma que su omisión al regular la segunda no ha de interpretarse como exclusión de la norma omitida, sino como un recurso estilístico para evitar repeticiones innecesarias.”

Resta detenernos en otro aspecto en ocasiones controvertido, cual es el del órgano competente para conocer en segunda instancia de los recursos formulados contra autos del JVP en materia de TBC.

Aunque sobre ello se ahondará en otro apartado, cabe señalar que de la mano de la LO 5/03, de 27 de Mayo, se llevó a cabo una reforma sobre la apelación penitenciaria, que hasta ese momento se encomendaba a las Audiencias Provinciales, pasando desde entonces la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, en el primer inciso de su segundo párrafo, a señalar que *“Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado”*.

Por si hubiera alguna duda acerca de que las cuestiones litigiosas que rondan los TBC son puramente *materia de ejecución* (declaración de incumplimiento, negativa del JVP a aprobar el proyecto, etc.), el trascrito precepto puede confrontarse con el párrafo siguiente de la misma DA, que deslinda aquella de *“lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior”*. Es decir, conocerá en segunda instancia de los

recursos el tribunal sentenciador por la sencilla razón de que es el que tiene atribuida la ejecución de sus resoluciones.

3.4. LIMITACIONES Y DURACIÓN DE LOS TBC.

La exigua normativa existente sobre la extensión de la pena de TBC está integrada por el Art. 40.4 del CP, conforme al cual *“tendrá una duración de un día a un año”*, y el Art. 49 del CP, que habla de que *“su duración diaria no podrá exceder de ocho horas”*.

En lo que afecta a la primer punto y aunque ninguno de tipos penales que prevén la pena le otorgan una extensión más allá de los 90 días, lo cierto es que el Art. 88.1 del CP permite que las penas privativas de libertad que no excedan de 1 año puedan ser sustituidas por TBC, posibilidad que el segundo párrafo amplía a las que no pasen de 2 años, estando abonadas estas posibilidades por el 5º párrafo del Art. 40 del CP.

Si se sopesan las dificultades de cumplimiento de esta clase de pena ya enumeradas anteriormente, que en todo momento, tanto el inicial como constante su ejecución, deberá adaptarse a las posibilidades del penado según reza el Art. 6.2 del RD 840/11, al disponer que *“la ejecución de esta pena estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias del penado con el cumplimiento de la pena impuesta. A tal efecto, cuando concurra causa justificada, se podrá contemplar el cumplimiento de la pena de forma partida, en el mismo o en diferentes días”*, y que no es tan infrecuente que un penado tenga más de una pena de esta naturaleza, sea de inicio, sea por sustitución (en cuyo el módulo de conversión del Art. 88 es el de día de prisión/jornada de trabajo), es factible que un ciudadano se halle cumpliendo cientos de jornadas, quedando sometido casi a unos trabajos forzados. En dicho contexto, si se planteara el supuesto más benevolente de que el reo aceptara cumplir la pena durante todos los días de diario (con lo que cada mes llegaría a cumplir aproximadamente 20 jornadas de las impuestas), la total observancia de la pena se extendería más allá de 18 meses si la pena inicial sustituida fuera de 1 año de prisión y no hubiera ningún género de contratiempo. El asunto se complicaría si el reo accediera a desarrollar 365 jornadas solo los fines de semana (estaríamos hablando de que el agotamiento de la pena necesitaría de entre 36 y 45 meses), en cuyo caso en el final del cumplimiento de la pena se desplazaría a una fecha indeterminadamente lejana, y puede ser aún peor si el reo deja voluntaria e inmotivadamente de acudir a la institución en la que deba desarrollar los trabajos, hastiado de ir como un autómatas a ejecutar unas actividades repetitivas e improductivas para el desarrollo de su personalidad, porque en este caso incurriría en un delito de quebrantamiento de condena.

Hay que señalar que la letra del Art. 88 del CP debe ser hilvanada con el verdadero fundamento del mencionado beneficio, que al igual que la suspensión se halla inspirado en la necesidad de evitar, en ciertos casos y bajo las condiciones legalmente previstas, el cumplimiento de penas privativas de libertad cortas por aquellos condenados que ostenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que en tales supuestos no sólo el ingreso en prisión para la ejecución de una pena de tan fugaz duración impediría alcanzar resultados positivos en materia de reinserción del Art. 25 de la CE, sino que ni siquiera estaría justificada tal reclusión dada la falta de necesidad desde el punto de vista preventivo. No obstante, no es menos cierto que las penas privativas de libertad no sólo cumplen con una función resocializadora, sino también una finalidad de prevención especial y general, sin olvidar la mera finalidad retributiva, y que estos fines deben extenderse a aquella pena por la que la prisión es sustituida, compartiendo de algún modo su espíritu.

Lo expuesto explica las múltiples críticas vertidas, no ya a la pena de TBC sino a la configuración que de ella se ha hecho en España. Así, ya en la Circular 2/2004 de la FGE, respecto de la duración máxima de la pena cuando se sustituyan penas de prisión de hasta dos

años, se señalaba en el apartado V.-2 que *“para evitar la imposición de un número de jornadas de trabajos en beneficio de la comunidad que pudiera tener un efecto desocializador, será necesario respetar el límite máximo de un año establecido en el Art. 40.4, y sustituir por multa el resto de pena no sustituida por dichos trabajos”*.

Los JVP por su parte acordaron en la Reunión del año 2008 *“instar al legislador a que se fije un límite máximo de cumplimiento que no pueda ser superado siquiera en el caso de que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad traiga causa de la sustitución de otra pena”*, y posteriormente en la del 2011 se aprobó la conclusión consistente en que *“la sustitución de la pena de prisión (o el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa) por TBC debería ser excepcional cuando el resultado de aquella operación dé lugar a un número de jornadas especialmente elevado”*.

El otro punto a destacar es el de la cuantificación de la pena en jornadas, sobre lo que también se ha profundizado en todos los sectores jurídicos. Los JVP hicieron lo propio en la reunión anual correspondiente al año 2008, concluyéndose que era preciso *“instar al legislador a sustituir en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad el concepto de jornada laboral por el de horas de trabajo”*, y los FVP en el Congreso que tuvo lugar en 2013, en el que se aprobó que *“de lege ferenda debería contemplarse en la regulación de la pena de TBC que su imposición se cuantificara en horas”*. Esta modificación que se propugna es conocida en los países de nuestro entorno, tales como Portugal, donde se establece un baremo horario que va de 36 a 380 horas (Art. 58.3 del CP), o Francia, que prevé una extensión de la pena que va de 20 a 280 horas (Art. 131.8 del CP). Viene a decirse que la actual determinación de la pena en jornadas comporta menos ventajas que una planificación en horas, que permitiría segmentar en un mismo día el cumplimiento de la pena y una plena adaptación a las circunstancias del condenado, como se aceptó por mayoría en la Reunión de FVP de 2013, so pretexto del *“el principio de flexibilidad”* inmanente al cumplimiento de esta especie de pena, además de que en el caso de los talleres sí está aceptado en la práctica. Se suma a lo dicho que el vigente sistema genera ciertos agravios comparativos entre los penados, pudiendo darse el caso de que en una misma institución presten servicios dos condenados por el mismo delito y al mismo número de jornadas, a uno de los cuales baste con acudir dos horas al día para completar su programa y al otro tres o más horas.

Para concluir, apuntar que el BCPP no proyecta cambio alguno en lo que a los TBC se refiere, puesto que en su Art. 658 se remite *“a lo dispuesto en el Código Penal”* para su otorgamiento y su revocación. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que nuestro CP ha sido objeto de una profunda reforma, a partir de la LO 1/15, que regirá a partir del día 1 de Julio, y esta norma penal material sí avecina cambios sustanciales en la regulación del beneficio de la sustitución de la pena, al punto de suprimir la rúbrica *“de la sustitución de las penas privativas de libertad”*, que hasta ahora encabezaba la Sección 2ª del Capítulo III del Título III del Libro I del Código Penal, y también el contenido del actual Art. 88, que pasará a disciplinar la sustitución de la prisión por expulsión del territorio nacional, con el consiguiente vaciamiento de contenido del nuevo Art. 89. La principal consecuencia reside en que no cabrá sustituir por multa o TBC las penas de prisión inferiores a 2 años de prisión, como hasta ahora, aunque sí será posible con el nuevo Art. 80.3 sustituir las que excedan de dicho límite.

4. BREVES NOTAS SOBRE LAS NUEVAS FUNCIONES TRANSFRONTERIZAS DEL JVP, O DE LA LIBERALIZACIÓN DEL TRASIEGO DE PENADOS COMUNITARIOS.

4.1. PRIMERA APROXIMACIÓN.

Las competencias del JVP se han visto recientemente incrementadas a raíz de la LO 23/2014, de 20 de noviembre, *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*,

en cuyo Preámbulo se señala resumidamente cual es el espíritu de esta nueva y novedosa norma: dotar a nuestro ordenamiento de *“un texto conjunto en el que se reúnen todas las decisiones marco y la directiva aprobadas hasta hoy en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones penales”*, finalizando así con la antigua técnica legislativa consistente en la promulgación de leyes sectoriales para dar cobijo en nuestro derecho interno a las distintas decisiones marco o directivas comunitarias que fueran surgiendo.

Esta LO no solo aúna y deroga la normativa ya traspuesta a nuestro acervo jurídico (Ley 3/03, *sobre la orden europea de detención y entrega*; Ley 18/06, *sobre resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*; Ley 1/08, *sobre ejecución de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias* y Ley 4/10, *sobre la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso*), sino también otras pendientes de esta operación que se indican en la Disposición Final 3ª, permitiendo además que vía reforma del articulado ya aprobado puedan incorporarse futuras normas europeas de obligada observancia.

Se pretende con la ley no solo consolidar un espacio de confianza y seguridad jurídica, sino también unificar la normativa existente y armonizarla con los países de nuestro entorno, en áreas como el aseguramiento de pruebas, embargo, orden europea de detención y de protección, e.t.c., y en lo tocante a los JVP resulta que el tradicional principio rector de la UE de libre circulación de personas y mercancías se ha extendido con la misma a los penados, lo que se ha hecho pensando en favorecer el acercamiento de los nacionales de los Estados miembros a sus respectivos países, cuando hubieran sido condenados por los tribunales de otro socio. Es de agradecer la opción elegida por el legislador a la hora de asignar estos asuntos a los JVP y no a los sentenciadores, lo que permite una mejor gestión y concentración de los mismos.

Es una ley concisa, clara y no muy extensa si se valora la compleja finalidad a la que obedece (solo 200 artículos), mas no se pueden obviar las trascendentales consecuencias que esta LO conlleva para las funciones del JVP español y, en particular, para la ejecución de las penas privativas de libertad en sentido global, por cuanto como se verá trastoca la condición misma que el JVP ostenta de ejecutor por delegación que se proclama en el art. 76.2 de la LOGP, para convertirlo en el único actor, aunque casi contradictoriamente con el fin de deshacerse de toda nomenclatura ejecutiva y, por efecto dominó, que el propio tribunal sentenciador pierda todo conocimiento del asunto, que se transpone a otro órgano de otro país, en ocasiones vinculado al poder ejecutivo -caso de Italia-, respecto de cuya normativa penal y procesal, que será a la postre la que resulte de aplicación, existe un absoluto desconocimiento.

Así se desprende del art. 75 de la ley cuando afirma que *“el Juez de Vigilancia Penitenciaria dejará de ser competente para adoptar resoluciones sobre la pena o medida privativa de libertad impuesta al condenado, incluidos los motivos de la libertad anticipada o condicional (...)”*,

La ingente tarea acometida por el legislador español queda no obstante pendiente de que en todos los países comunitarios se proceda del mismo modo, integrando la normativa comunitaria en el derecho estatal, y a la conclusión del presente trabajo ya han dado pasos en tal sentido la gran mayoría de socios, con la excepción de algunos como Irlanda y Alemania, mientras que otros como Portugal no tienen previsiones de obrar reformas legislativas con la excusa de que la normativa existente (Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre) ya les resulta vinculante y de directa aplicación. Las nuevas tareas encomendadas por la LO 23/14 al JVP pueden sistematizarse en dos sectores: transferencia de sentencias y de resoluciones sobre libertad condicional.

4.2. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA EN OTRO ESTADO DE LA UE.

Una de las materias que afecta directamente a los JVP merced a la LO 23/14 aparece regulada

en el Título III, bajo la rúbrica “*resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad*”, por cuanto en España se ha transferido íntegramente a estos órganos el conocimiento de las solicitudes por las que un extranjero comunitario mayor de edad que cumple pena española en España interesa que la ejecución de la misma tenga lugar en su país de origen (art. 64.1), a diferencia de otros países comunitarios, en los que la elección de la autoridad competente dista mucho de la tomada en el derecho patrio, como el caso belga, en el que se confían las funciones al Ministerio de Justicia y los Fiscales, o los distintos órganos jurisdiccionales por los que optó Chequia. La LO admite incluso la posibilidad de que el cumplimiento de la pena española se desarrolle en un país distinto del natal del penado, en concreto en el art. 71.1.c), que habla de la posibilidad de trasladar al penado a “*cualquier otro Estado miembro cuya autoridad competente consienta que se le transmita la resolución*”. Esa transmisión puede referirse a penas o a medidas privativas de libertad y sólo sobre personas físicas.

En el camino inverso, se encuentra habilitado para reconocer y acordar la ejecución en España de una resolución extranjera por la que se impone una pena o medida privativa de libertad el Juez Central de lo Penal, encargándose de la ejecución misma el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria (art. 64.2).

En el articulado se describen los concisos requisitos formales a los que debe aquietarse el JVP, tales como la iniciativa del expediente, que el art. 65 arroga, indistintamente, al propio JVP de oficio, al Estado de ejecución y al interesado, dejando a salvo la posibilidad de que sea el propio sentenciador español (pero siempre antes de dar inicio a la ejecución del fallo), o el previo asentimiento del interno con asistencia letrada (del que sin embargo puede prescindirse cuando vaya a ser deportado al Estado del que se hubiera fugado o al que hubiera de ser expulsado administrativamente tras cumplir la condena en España, de acuerdo con el art. 67). El mismo precepto contempla otro supuesto para el que no se precisará anuencia del penado, consistente en que el estado de recepción sea “*el Estado de nacionalidad del condenado en que posea vínculos atendiendo a su residencia habitual y a sus lazos familiares, laborales o profesionales*”. El uso de la conjunción copulativa y indica que indefectiblemente no cabe prescindir de ninguno de los requisitos prescritos, a saber, que sea nacional del país de que se trate, que tenga allí su residencia habitual y que posea vínculos con los caracteres indicados. El escollo que se plantea versa sobre el concepto de *residencia habitual*, por cuanto si el reo lleva un tiempo más o menos prolongado cumpliendo pena, y sumado a ello otro tiempo precedente de estancia en España respetando las leyes, difícilmente aquel Estado lo reconocerá como súbdito y, hay que volver a recordar, en cualquier caso será decisivo conocer las disposiciones jurídicas de Derecho Civil del Estado de ejecución. Pero es que en la misma situación se encontrará el español que, tras ser condenado, se ve inmerso en un procedimiento de reconocimiento y ejecución en España de una sentencia europea, dado que el art. 77 de la Ley exige igualmente “*que el condenado sea español y resida en nuestro país*”, respecto del cual y por los motivos expresados no cabe ni siquiera hacer aplicación del concepto de vecindad civil del ar. 14 de nuestro CC.

Por lo demás, será necesario cumplimentar un certificado, del que se deja un sencillo modelo como anexo en la ley, que irá unido a la sentencia que se remite.

Entre las exigencias para remitir la ejecutoria española a otro país comunitario hay uno que se repite en dos preceptos, por una parte el 66.1.b), cuando se refiere a “*que la autoridad judicial española considere que la ejecución de la condena por el Estado de ejecución contribuirá a alcanzar el objetivo de facilitar la reinserción social del condenado, después de haber consultado al Estado de ejecución, cuando corresponda*”, y por otra el 68.1, conforme al cual “*antes de la transmisión de la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad, la autoridad judicial competente podrá consultar a la autoridad competente del*

Estado de ejecución, por todos los medios apropiados, sobre aquellos aspectos que permitan concluir que la transmisión de la resolución contribuirá a facilitar la reinserción del condenado”.

Es nota común a ambos artículos el carácter meramente facultativo de este trámite, con la sola excepción contemplada en el art. 68.2, que obliga a realizar la consulta en los casos en que la resolución vaya a transmitirse a un estado de ejecución distinto de aquél en que el condenado vive y del que es nacional, o de aquél al que vaya a ser expulsado una vez puesto en libertad. Puede pensarse que lo deseable hubiera sido que la consulta fuera imperativa en todo caso, porque sin este singular postulado se plantean una serie de cuestiones a las que la LO da la espalda, que orbitan en torno a ese día después de la salida del reo del territorio nacional.

En primer lugar, sería conveniente antes de posicionarse sobre el fondo conocer cual será el proyecto real diseñado sobre las expectativas de reinserción que se brindará al penado, caso a caso, con un resumen explicativo de las condiciones en las que la pena seguirá siendo ejecutada. Dicho de otro modo y dado que nuestro sistema penitenciario está orientado a la reeducación, de acuerdo con un sistema de individualización científica, basado en el estudio y seguimiento directo de interno, con la transmisión de la sentencia se interrumpe bruscamente el tratamiento, para el que en España hay dispuesta una inmensa maquinaria humana, legal y material, y por ello se deja también huérfano de contenidos el art. 25 de la CE.

Paralelamente y en segundo lugar, por mor de ese carácter potestativo de la cláusula aludida, el estado receptor no tiene referencia alguna acerca de qué puede resultar más apropiado para la resocialización del penado, al que no ha seguido en su evolución (o involución) durante su estancia en prisión: carencias a abordar, habilidades, e.t.c. El art. 74.2 viene a recalcar la no obligatoriedad de esas consultas, al prever que el Estado receptor solicite discrecionalmente al JVP información sobre nuestro derecho en lo concerniente a libertad condicional y, recíprocamente, el JVP podrá solicitar información sobre las disposiciones aplicables en esta materia en virtud de la legislación del Estado de ejecución, en cuyo caso se establece que el JVP emitirá un *“auto consignando las disposiciones a aplicar por la autoridad de ejecución o acordará retirar el certificado”*. Es decir, vuelven a otorgarse al JVP ciertos poderes (nuevamente opcionales), y en este caso de suma relevancia por cuanto podrá fijar las condiciones para la transmisión.

En tercer lugar, sería útil recabar documentación que procure una aproximación a cual será la pena que, tras la adaptación al derecho interno, el reo cumplirá definitivamente, debido a las amplias divergencias existentes en las legislaciones europeas, y ello porque no faltarán casos en los que podrá producirse una condonación total o parcial de la pena española, tras ese proceso de asimilación del fallo español al derecho propio del estado que le acogerá cual hijo pródigo. Así por ejemplo, resulta cabal pensar en el supuesto de un ciudadano rumano que huye a su país con la hija habida en su matrimonio con una mujer española, quien podrá ser procesado por un delito de sustracción internacional de menores regulado en el art. 225 bis.2.3º del CP español, que prevé la imposición de la pena de 2 a 4 años de prisión (además de la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad de 4 a 10 años), de forma que llegado el momento podría ser condenado, póngase, a una pena de 2 años de prisión. Una vez solicitado el cumplimiento del fallo en su país de origen, las autoridades competentes del Estado de ejecución aplicarían el art. 379.1 del CP rumano, que para este delito prevé la imposición de una pena de 1 a 3 meses de prisión o multa (sin que además la patria potestad se vea mermada), lo que en la práctica supondrá a buen seguro el levantamiento de cualquier género de privación de libertad que se hubiera practicado en España por íntegro cumplimiento de la pena.

Pero puede ser peor y darse el caso enteramente contrario. Sería el de un súbdito francés condenado por un delito de homicidio a la pena de 10 años de prisión en España, que de ser trasladado a su país natal quedaría sujeto a una reclusión criminal a perpetuidad de acuerdo con el art. 131.1 en relación con el art. 221.2 del CP galo. En idéntica situación se hallaría un italiano que hubiera matado a un ascendiente o descendiente en España, quien una vez en su

añorado país sería recibido con la cadena perpetua prevista en el art. 577 de la ley material de Italia, o un ciudadano alemán que incurriere en un acceso carnal violento o violación con resultado de muerte (art. 178) o un asesinato (art. 211), quien obtendría como pena transpuesta la pena privativa de la libertad perpetua o de por vida.

Por último y dado que Estado español renuncia a la ejecución de una pena en las condiciones previstas en nuestra legislación, sería oportuno hacer saber al estado receptor si han existido ciertos incidentes que modulen la pena, tales como un abono de preventiva, dado que el penado podrá repetir sus pedimentos en aquél país y, podrá darse el caso, obtener nuevos descuentos penológicos o una simple estimación de pretensiones que en España le fueron denegadas.

Estas conjeturas sirven igualmente para el otro instrumento regulado en el Título III, a saber, la *“ejecución de una resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad”*, que como se dijo se ha entregado al cuidado del Juzgado Central de lo Penal y el de Vigilancia Penitenciaria. Al margen de que llegara a ser necesario el llamado *“control de la doble tipificación”* (arts. 20 y 77.2), podrían darse situaciones un tanto complejas, aunque para ello el art. 83 de la Ley sí establece mecanismos de adaptación con dos máximas inquebrantables: no se podrá transformar la pena inicial en otra de distinta naturaleza, ni podrá verse agravada la situación del reo. Desde otro prisma, el libre manejo que al tribunal español se confiere de cara a la ejecución de la pena extranjera es palpable en el art. 87 de la LO 23/14, que contempla la posibilidad de que se adopten medidas cautelares restrictivas de la libertad tendentes a garantizar la permanencia del reo en España hasta finiquitar el reconocimiento de la condena, y que el tiempo de duración de las mismas (se habla de detención y prisión provisional) *“se computarán en la liquidación de la condena a ejecutar en España”*.

Corresponderá asimismo al JCVP prestar atención a la liquidación de condena que se hubiera practicado en el país de origen, en particular cuando hubieran surgido acontecimientos en ejecución de sentencia que trastocan las penas iniciales, como sería el caso de una acumulación jurídica de penas, figura en absoluto desconocida en los países de nuestro trono. Así, en la codificación de Alemania se habla de la llamada pena global o conjunta, que de acuerdo con los arts. 54 y 55 del CP se fijará partiendo de la pena más grave y que en ningún caso excederá de 15 años. En el *Codice Penale* italiano se contemplan varios supuestos en los arts. 78, 80 y 81, de conformidad con los cuales y según las reglas concursales que se especifican la sanción no podrá exceder del quíntuplo o del triplo de la pena más grave, con límites residuales de 30 y 6 años, salvo que se trate de reos reincidentes, en cuyo caso el aumento penológico en ningún caso podrá ser inferior a un tercio de la pena correspondiente al delito más grave. En el caso de la legislación francesa esa figura, prevista en los arts. 132-4 y 132-5 del CP, se regula como una fusión de penas derivadas de infracciones penales en concurso pero investigadas en causas separadas, con un límite de 30 años.

Posiblemente por esa voluntad decididamente colaboradora del legislador español, se echa igualmente en falta en el articulado una regulación casuística de motivos de denegación de la transposición del fallo español, o al menos una de carácter general que invoque razones de orden público, prevención del delito, e.t.c., y son dos los únicos mandatos en este sentido, uno de los cuales aparece en el art. 66.3, que dispone que *“antes de transmitir la resolución, la autoridad judicial competente se asegurará de que no existe ninguna sentencia condenatoria pendiente de devenir firme en relación al condenado”*, es decir, se instaura un pseudocriterio de política criminal consistente en quedar a la espera de que se aclaren las responsabilidades penales pendientes para, con su resultado, contar con más datos a fin de valorar la pertinencia de la subsistencia en España del recluso. Hubiera sido aconsejable instaurar una fórmula más abierta, acudiendo a expresiones tales como *procedimientos pendientes* (de forma similar a como se establece para la emisión de resoluciones sobre libertad vigilada, como se verá en el siguiente apartado) ya que el estrecho margen de valoración que permite el precepto parece circunscribirse solo a sentencias ya dictadas y respecto de las que exista algún género de debate

en orden a la obtención de beneficios, recursos, e.t.c., y dada la urgencia en la sustanciación del incidente de transmisión, un cúmulo de causalidades habría de darse para en dicho corto periplo bajara con seguridad alguna nueva sentencia.

El otro supuesto está integrado por el grupo de causas de retirada del certificado ya cursado, regulado en el art. 74 de la Ley, consistente en que el Estado de ejecución dictamine que con el traslado del reo no se logrará su reinserción social, o que no hubiera un acuerdo con dicho Estado en materia de libertad condicional o en relación con la ejecución parcial de la condena. En el art. 72 de la Ley se contempla otra función del JVP que resulta llamativa al tiempo que chocante, y está prevista para el solo caso de que el penado ya estuviese en el Estado de ejecución, al permitirle establecer alguna *“medida restrictiva de la libertad personal del condenado o cualquier otra medida destinada a garantizar su permanencia en dicho territorio”*.

Decimos llamativa porque el JVP se transforma en una especie de juez de garantías, y decimos chocante porque del art. 64.1 se deduce claramente que si la ejecución de la pena no ha comenzado, en cuyo caso el condenado es libre de encontrarse en cualquier parte del mundo - incluido su propio Estado, posibilidad que acepta el precepto-, el competente será el tribunal sentenciador, y en otro caso, en el que necesariamente el reo estará viviendo en un centro penitenciario español, el JVP, con lo que aflora de duda de si esta función no estará pensada en realidad para el sentenciador.

Puede criticarse a la LO haber hecho luz de gas al tribunal sentenciador español, al que nunca pide opinión, ni siquiera se informa del inicio de las gestiones tendentes a trasponer el fallo condenatorio que emitió, y al que solo se refiere en el art. 75 para hacerle destinatario de una mera *comunicación* de la ejecución ya instada y remitida. Además, es tal la preterición que se hace del mismo que no se sabe a ciencia cierta cual será el destino último de su ejecutoria, que solo provisional e indeterminadamente quedará archivada, puesto que el aludido precepto señala que una posible retirada del certificado o reversión de la ejecución también deberá serle comunicada, pero guarda silencio acerca de cuales serán los mecanismos para hacerle saber del íntegro cumplimiento de la pena, caso de que se dé la circunstancia, para lo que deberá estarse a la legislación del estado receptor.

Eso sí, previsible y únicamente conocerá del asunto vía recurso de apelación conforme a los arts. 24.1 y 13.1 de la LO, indicando este último que *“podrán interponerse los recursos previstos en el ordenamiento jurídico español, que se tramitarán y resolverán exclusivamente por la autoridad judicial española competente conforme a la legislación española”*, y dado que estamos ante cuestiones que conciernen a la llamada *ejecución de la pena*, regirán los prevenidos del párrafo 2º de la DA 5ª de la LOPJ, con la particularidad de que el art. 24.2 de la Ley dota de efectos suspensivos al recurso cuando pudieran generarse *“situaciones irreversibles o causar perjuicios de imposible o difícil reparación”*.

Como curiosidad, en materia de transmisión de sentencias solo hay dos expresas menciones al Ministerio Público, en el antes aludido art. 72 como único postulante legitimado para instar la adopción de medidas cautelares, y en el art. 74 a los meros efectos de ser oído previo a la retirada de un certificado por las causas tasadas, de forma que no se ha reglado ningún tipo traslado para emitir dictamen o quedar notificado de las resoluciones adoptadas.

4.3. EL CUMPLIMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN OTRO PAÍS COMUNITARIO.

El Título IV de la LO 23/14 tiene por encabezamiento *“resolución de libertad vigilada”*, regulando en realidad a la transmisión de resoluciones con un contenido y significado más amplio que el recogido en el art. 106 de nuestro CP, por cuanto abarca los pronunciamientos firmes sobre libertad condicional, suspensión de la condena con medidas de libertad vigilada,

sustitución de la pena por otra que sea privativa de derechos o por prohibiciones u obligaciones que no constituyan penas y, por último, la condena condicional con imposición de medidas de libertad vigilada.

La redacción del precepto, en el que se plasman figuras un tanto desconocidas en el derecho patrio hasta la fecha, se haya impregnada en realidad de la normativa nacional de otros países, tales como Francia, en cuyo CP se regula la llamada “*suspensión condicional con obligación de realizar de un trabajo de interés general*” (arts 132-54 a 132-57), la cual ha sido implementada en el art. 80.3 del nuevo CP, que prevé la suspensión de la pena con la obligación de o bien cumplir unos TBC o bien abonar una multa adicionales. Por si alguna duda quedara, el art. 94 de la LO 23/14 contiene el repertorio de las concretas medidas que pueden transmitirse, absorbiendo y adaptando las reglas de conducta que en orden a la suspensión de la pena se enumeran en el nuevo art. 83.1 del CP.

De otro lado y atendiendo a que el art. 93 indica que los competentes para transmitir las resoluciones de esta naturaleza son “*los Jueces o Tribunales que conozcan de la ejecución de la sentencia o resolución de libertad vigilada*”, se deduce que los JVP se encargarán en exclusiva de los autos de libertad condicional. En cuanto a la asignación de asuntos turnados a España por otro país comunitario, el referido precepto se refiere en exclusiva al JCP, vetando así cualquier intromisión del JCVP, lo que no encuentra correspondencia con el art. 64.2.

El art. 96.1 de la Ley prefija los requisitos para la transmisión de la resolución española, incluyendo en el apartado b) “*que el condenado no tenga su residencia legal y habitual en España*”, y cabe plantearse si no se produce una yuxtaposición entre esta herramienta y el llamado tercer grado instrumental del art. 197 del RP, que se refiere a “*internos extranjeros no residentes legalmente en España (...) se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia (...) se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna*”.

Otro condicionante se refiere a la simple audiencia del penado, quien podrá manifestar si es su deseo retornar a su país u otro en el que no tenga residencia (art. 98.2), caso este último en el que, como es natural, se oficiará a las autoridades competentes del mismo para que presten su consentimiento.

Finalmente, también en este estado de cosas el país emisor debe completar el anexo que para este instrumento se prevé en la ley, al que se acompañarán las resoluciones que sirven de fundamento (art. 97), y se regula la posibilidad de que el JVP recabe del Estado de ejecución información sobre qué pena correspondería aplicar al reo en aquél país de incumplir las reglas de conducta (art. 99.2), aunque no se contempla la posibilidad de que el JVP modifique la decisión tomada a raíz de lo que resulte de ello.

Al margen de que se hubieran incumplido las formalidades aludidas, en lo tocante a los motivos de denegación de la transmisión se prevén tres supuestos en el art. 100 de la LO, de los cuales dos en realidad son causas por las que puede acordarse la devolución del certificado ya expedido pero aún no ejecutado, y un tercero que entra en juego cuando ya se han iniciado los trámites ejecutivos en el país destinatario.

Se ha ideado una moción para los casos en los que se hubiera solicitado previamente del Estado de ejecución aclaración sobre qué pena correspondería imponer al reo, conforme al derecho interno del mismo, por “*la infracción que dio lugar a la resolución y que podría imponerse en caso de incumplimiento de la medida de libertad vigilada*”. Se sigue de ello que el JVP está facultado para calibrar las consecuencias de una hipotética rescisión de la libertad condicional. Es decir, dado que el JVP deja de conocer por entero del asunto (art. 99.1) y será

el derecho del Estado de recepción el que rijan los efectos de un incumplimiento de las reglas de conducta por el liberado, será bueno conocer si en ese contexto el condenado regresará o no a un centro cerrado para proseguir con su condena y, caso de que así sea, cual será la pena máxima que resulte de aplicación tras la acomodación al derecho interno.

En este punto afloran de nuevo las serias disparidades existentes en las legislaciones comunitarias. Así por ejemplo, es sabido que el vigente art. 93.1 del CP prevé que la revocación del beneficio no impedirá computar el tiempo disfrutado constante el mismo, mas en otros Estado de la UE se acude a una fórmula bien distinta, como es el caso de Francia y el art. 733,3 de su Código Procesal Penal, que establece que *“después de la revocación, el condenado deberá cumplir, según las disposiciones de la decisión de revocación, toda o parte de la duración de la pena pendiente de cumplir en el momento de su puesta en libertad condicional (...)”*. Véase también cómo el art. 177 del CP italiano, endureciendo el trato, liga la revocación del 4º grado al estado de cumplimiento en que se hallaba la condena en el momento en el que se comenzó a consumir la gracia, como si ésta no hubiera existido, aunque debe matizarse que estos postulados fueron objeto de modulación en virtud de sentencia de la Corte Constitucional de 25 Mayo 1989 (en el sentido de que deberá permitirse al Tribunal de Vigilancia sopesar las circunstancias concurrentes y el tiempo transcurrido desde que se otorgó la libertad condicional, y en base a ello decidir si el reo debe regresar a prisión a los efectos de cumplir solo la parte de la condena que a esa fecha penda de extinguirse, o si el tiempo disfrutado en semilibertad no debe ser computado, o incluso que una parte de dicho período deba ser considerado expiado). Se deja apuntado no obstante que el nuevo texto con el que nuestro CP ha sido vestido por la LO 1/15, acoge esta misma solución en el art. 90.6.

El segundo caso de invalidación del certificado se articula sobre la base de que el Estado destinatario hubiera comunicado al JVP qué tipo de reglas de conducta serían de aplicación, tras la debida adaptación conforme a su legislación. Aquí de nuevo se otorga al JVP un importante papel para, prudencialmente, entrar a valorar en qué se va a transformar el auto que firmó y cual será el nuevo género de vida del reo, si aquellas insuficiencias y problemas que le determinaron a delinquir serán atendidas satisfactoriamente, los medios que se pondrán a disposición para el seguimiento del condenado, si las medidas que sobrevendrán tienen homólogas entre nuestras reglas de conducta o no se contemplan pese a resultar del máximo interés, e.t.c. Véase cómo para el caso inverso el art. 105.1.c) de la LO prevé que la autoridad española podrá negarse a reconocer la resolución extranjera controvertida si *“incluye medidas médicas o terapéuticas que, de acuerdo con el Derecho español, el Juez Central de lo Penal no puede vigilar”*.

El tercer y último caso previsto se refiere a la cancelación del instrumento, retorno del reo incluido, cuando se sepa que en España *“se estén llevando a cabo nuevos procesos penales contra el interesado”*. Se configura de modo potestativo, como los dos anteriores, pero sin sujeción a plazos, de ahí que sea aconsejable que desde el propio JVP se agoten todas las posibilidades de consulta que ofrecen las modernas las aplicaciones informáticas sobre registro de asuntos en el territorio nacional, por cuanto si el reo lleva un tiempo preso en España será lógico pensar que los procedimientos pendientes estén debidamente anotados y en avanzada fase de germinación.

A modo de conclusiones, por razones de higiene judicial parece que lo propio es hacer uso de los instrumentos adecuados o bien justo tras el dictado y firmeza de la sentencia condenatoria, en la esfera de poderes del sentenciador, o poco tiempo después de producirse el ingreso del reo en un penal nacional, para que el tratamiento penitenciario que reciba sea lo más homogéneo y continuista posible, aportando estabilidad personal, familiar y social al interno, el íntegro desarrollo de la ejecución en un solo país y sin combinar elementos resultantes de la diversa aplicación de sistemas, facilitando una hoja de ruta única y previsible en lo que respecta a los pasos que podrán irse dando de cara a la resocialización, o bien esperar

prudencialmente a que el recluso acceda al beneficio del 4º grado y enviar acto seguido el auto dictado, en el que se dispondrán las reglas de conducta de forzoso acatamiento que mejor se adapten al caso concreto.

5. EL INCIDENTE MIXTO SOBRE ABONO DE PREVENTIVA.

5.1. CONSIDERACIONES GENERALES.

Existe una parcela dentro de la ejecución de la pena privativa de libertad en la que comparten espacios el JVP y el órgano judicial sentenciador, si bien estancos y perfectamente delimitados, tratándose del abono de la prisión preventiva.

En cuanto al sentenciador, pese a que no está facultado para operar directamente sobre el diseño del tratamiento penitenciario, su competencia en materia de abono puede llegar a influir en el trabajo que tanto el JVP como los profesionales de centro de cumplimiento desarrollan por y para el interno. Se trata de una potestad revisora sobre la liquidación de la pena que impuso y se está ejecutando, a resultas de la cual podrá variar la extensión y, por ende, el esquema individualizado que se brinda al penado.

Junto a ello, si en la esfera penitenciaria una de las variables a sopesar por los JVP de cara a la clasificación penitenciaria es la duración de la condena, ex Art. 102.2 del RP, y también aunque de forma no reglada cuando del disfrute de permisos se trata, no cabe duda de la importancia que en este factor puede tener la pendencia de que ciertos períodos de tiempo pudieran ser descontados de la extensión de la misma, sobre todo cuando el incidente se plantea, cosa harto frecuente, una vez que la condena lleva ya un amplio trayecto recorrido.

El abono de preventiva es por tanto una simple resta que se realiza sobre la pena total impuesta en una causa, que en el primer caso es la propia del ejecutor y en el segundo otra derivada de una causa distinta en la que se acordó, y la única dificultad surge a raíz de la coincidencia con otra pena en cumplimiento y en un mismo intervalo temporal.

Es el llamado doble -o múltiple- cómputo de la preventiva, un incidente que bien podría evitarse en muchos casos si existieran seguros mecanismos de comprobación de datos judiciales y penitenciarios por parte de los Juzgados de Instrucción, es decir, programas informáticos en virtud de los cuales pueda saberse si un detenido está cumpliendo una condena en prisión cuando pasa a disposición judicial como tal, porque en caso afirmativo parece que los fines que se persiguen con la adopción de la medida cautelar consistente en la prisión preventiva están más que colmados. Y ello sin perjuicio de que, tras acordarse la puesta en libertad por la causa penal de que se trate, el juzgador disponga lo necesario para que el centro de cumplimiento le comunique cualquier tipo de salida de prisión que al interno le fuera autorizada, a efectos de poder reconsiderar una convocatoria de la audiencia del Art. 505 de la LECrim.

La vigente regulación legal se encuentra en el Art. 58 del CP, aportación que trajo la LO 5/10, de 22 de Junio, de reforma del CP, dando una lograda redacción al precepto que acalló los problemas que venían dándose, dado que con anterioridad dicho Art. se limitaba a señalar que *“el tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el juez o tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada”*, de forma que no daba respuesta a los supuestos en los que un sujeto se hallaba sometido a más de una medida cautelar privativa de libertad, u ocupando celda en condición de penado y de preventivo al mismo tiempo, mientras en la actualidad ninguna dificultad se presenta ni ante el JVP, que no puede abonar una preventiva cuando ya fue aplicada a otra causa, ni ante el sentenciador, que actuará bajo la máxima de que

“en ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

Aunque la reforma instada por parte de la LO 1/15 no alcanza a modificar estos postulados, al dejar intacto el Art. 58, por el contrario el BCPP sí plantea ciertos cambios, debido a que el Art. 206 se remite al Art. 58 del CP cuando del abono en la propia causa se tratara, pero el Art. 665 sustrae al JVP la competencia para aplicar la preventiva de una causa a otra distinta, encomendando la labor al Tribunal de ejecución.

5.2. EL ABONO POR EL SENTENCIADOR.

5.2.1. Evolución doctrinal y jurisprudencial.

Las disquisiciones jurídicas surgidas sobre la materia en España tuvieron su big bang en la conocida sentencia 57/08, de 28 de Abril del TC, que propició una marea de solicitudes de los internos en las correspondientes ejecutorias, en orden a la reconsideración de la liquidación judicial practicada de sus penas privativas de libertad, cuando durante un tiempo se había producido una situación de simultáneo cumplimiento de una pena y una medida privativa de libertad, y habiendo recaído sentencia condenatoria en la causa en la que se acordó la medida, ésta no había sido íntegramente aplicada a la pena impuesta finalmente.

El actual art. 58 del CP, cuya acuñación es una clara respuesta a aquella sentencia, fundamentalmente en cuanto a la prohibición de abonar dos veces el mismo período de privación de libertad, no ha dejado de zanjar algunos problemas que se vienen apreciando en la praxis judicial cuando los períodos controvertidos son previos al día 23 de Diciembre de 2010, en el que entró en vigor la reforma implantada por la LO 5/10, fruto de lo cual existen distintas corrientes interpretativas.

La que cuenta con más suscriptores se aferra a la sentencia 57/08 del TC, que aclaraba que el art. 58.1 del CP -antes de su reforma- contenía un mandato al sentenciador, consistente en que el tiempo de privación de libertad transcurrido a consecuencia de la prisión provisional acordada en la causa penal, en la que posteriormente el imputado era condenado, debía abonarla en su totalidad para el cumplimiento de la pena que finalmente impusiera, y ello con independencia de que durante dicho término el reo hubiera estado además cumpliendo otras penas privativas de libertad, pues la previsión del precepto operaba ope legis.

Así, en la Reunión de FVP del año 2011 se estipuló, para el caso de situaciones posteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, que *“en el caso de internos en los cuales concurra la doble condición de penado y de preventivo, procederá un único abono del tiempo pasado en tal situación. Dicho periodo se imputará en su día a la causa en la cual se acordó la medida cautelar si fuere condenado y sólo, si fuere absuelto, a otra causa, para el caso de ser procedente conforme al art. 58.2 CP”*, y en plena congruencia con ello que *“sólo cabe el abono doble del periodo de coincidencia de la condición de penado/preventivo en el caso de situaciones anteriores a la entrada en vigor de la LO 15/2003. Tras la entrada en vigor de la LO 15/2003 sólo cabe un único abono.”*

No faltaron juristas que tacharon de rígido el indicado pronunciamiento judicial, merced al cual se había otorgado un generoso cheque en blanco a, en particular, aquellos que estando ya ingresados en la cárcel aprovechaban cualquier salida para cometer un delito en circunstancias tales que les devolvía a ella, pero con un mandamiento de preventivo, porque eran perfectos concededores de que el tiempo que persistiese esa medida les serviría en su momento como vale descuento para la pena que deviniera por ese nuevo delito -en caso de resultar condenados-, pero también para la anterior que ya se hallaba redimiendo.

Se pone el acento en que, con la antedicha reforma, se acopló una importante locución al apartado 1º del art. 58 del CP, al añadir que.

“(…) salvo en cuanto haya coincidido con cualquier privación de libertad impuesta al penado en otra causa, que le haya sido abonada o le sea abonable en ella. En ningún caso un mismo periodo de privación de libertad podrá ser abonado en más de una causa”.

Se señala que en realidad esta continuación en el párrafo no era algo nuevo sino una mera extensión de lo que ya se preveía en el Art. 58.2, que no se ha visto afectado por la reciente y profunda reforma de dicho texto, para el caso de que la sentencia dictada en la causa en la que se acordó la medida hubiera sido absolutoria. Se trataba así de plantar una replica al desconcierto generado por el Alto Tribunal, instaurando el tratamiento unitario del abono de preventiva con independencia de si el preso preventivo fuera absuelto o condenado a la postre. Recordemos que el Art. 58.2 prescribe que: *“el abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.”*

Así las cosas, desde ciertos sectores se afirma que hoy por hoy y de los preceptos transcritos se colige que un determinado periplo de estancia en prisión en calidad de preso preventivo de una persona que al mismo tiempo se hallaba como penado en el centro penitenciario podrá, llegado el momento procesal oportuno, ser tenido en cuenta para operaciones de abono/liquidación de la pena en una sola ocasión y respecto de un solo procedimiento, y serán así dos los supuestos que podremos encontrarnos.

De un lado, que se dicte sentencia absolutoria en el procedimiento en el que la medida cautelar pervivió, supuesto contemplado en el Art. 58.2 del CP, que arroga la competencia al JVP.

De otro, que la sentencia hubiera sido condenatoria. En este caso, se defiende que sólo cabrá abonar al penado aquella parte de tiempo en que se hallaba preventivo que no coincida con la otra pena que ya estaba afrontando por una causa penal distinta, y son varios los razonamientos que a esta conclusión llevan.

Se partía de la base de que si el Art. 58 del CP obligaba y obliga a los JVP, tanto antes como después de la reforma de la LO 5/10, a no abonar periodos de preventiva ya aplicados a otra causa, no había argumentos para pensar que el sentenciador quedara apartado de esta misma forma de proceder, ni razones para considerar que el mandato que el Art. 58.2 del CP remitía a los Juzgados de Peligrosidad no fuera dirigido también a los tribunales sentenciadores. Dicho de otro modo, esta regla prolongaría sus efectos a toda clase de abonos de prisión preventiva (como, se alega, ya quedó patente tras la reforma de la LO 5/10), sea quien sea el órgano judicial que realiza la operación liquidadora, porque no tiene excepciones en ningún precepto legal y porque sería ilógico que solo los JVP debieran considerar si el período de preventiva ha sido aplicado o no en otra causa, impidiendo observar este dato fundamental a aquél órgano que al fin y al cabo impuso la pena.

En contra del pronunciamiento del TC, se valoraba asimismo que al hallarse un penado condenado en dos procedimientos y haberse yuxtapuesto la pena de prisión de uno de ellos y la prisión preventiva del otro, en puridad debería practicarse una correcta liquidación de condena en ambas causas, esto es abonando la prisión preventiva conforme a lo argumentado en el Art. 58.2 del CP, porque además así lo exigen los arts. 73 (*“Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*) y 75 (*“Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible”*) del mismo texto legal. Se añade que en estos supuestos de hecho es evidente que, por la propia esencia de las penas

privativas de libertad, no resulta admitido el cumplimiento concurrente de las mismas, de forma que no cabe que el tiempo que un interno se halle en prisión en calidad de penado por una causa y a la vez como preventivo por otra se compute en ambos procedimientos, máxime atendida la prohibición impuesta por el Art. 58.2 del CP.

Desde otros ámbitos se mostraba escepticismo cuando la medida cautelar hubiera regido antes de la reforma de la LO 5/10 -o al mismo tiempo de su entrada en vigor-, porque la reducida óptica ofrecida por el prisma de la sentencia del TC, acatada luego por el TS en otra de 10.12.09 (recurso de casación nº 10593/09), era un axioma frente a la liquidación que los sentenciadores hubieran practicado de sus penas cuando incurrieren en omisión, en todo o parte, de la preventiva. Se afirmaba no obstante que en estos casos no procedía la contraposición de una y otra legislación, a fin de que fuera de aplicación la más favorable sobre el abono de preventiva. Es decir, que frente al veto que establece el vigente Art. 58.1 del CP no cabría alegar el aparente vacío legal de la anterior redacción, colmado con la doctrina jurisprudencial emanada de la sentencia 57/08 del TC, por fundamentos varios.

En primer lugar, porque con la reforma del CP las previsiones establecidas en la DT 2ª del mismo sobre aplicación de la ley más favorable, atienden exclusivamente al criterio de *“la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código”*, y en los casos estudiados no se trataba de una disparidad de penas propiciadas por la reforma, que de hecho fueron impuestas conforme a ley, sino de una medida cautelar y de qué hacer con ella.

En segundo lugar y aún realizando una interpretación extensiva praeter legem de dicha DT a fin de abarcar toda clase de alteraciones producidas en el texto del CP, en realidad no cabía inferir que en la reforma del Art. 58.1 existiera una modificación que fuera perjudicial al reo, por cuanto la anterior redacción simplemente guardaba silencio sobre los casos de simultaneidad de cumplimiento por una persona de una pena de prisión y una medida cautelar personal, aunque sí resultaba clarificada la cuestión en el 2º párrafo para el caso de que la competencia fuera de los JVP.

En tercer lugar y a tenor de lo expuesto, lo más que podría afirmarse es que el dogma de la sentencia 57/08 del TC es más favorable que la actual dicción del Art. 58.1, pero se insistía en que ante la contingencia de una sucesión/reforma de leyes penales sólo cabía analizar las normas jurídicas contenidas en ellas, para determinar cual de ellas es más favorable y cual más perjudicial al reo, y nunca someter a comparación la jurisprudencia anterior (y de ésta la que obviamente resultara beneficiosa para la buen fin de la pretensión), con el derecho positivo posterior, pues existía además entre ley y jurisprudencia una jerarquía y orden de prelación como fuentes del derecho establecida en el Art. 1.1. del CC.

En cuarto lugar, se afirmaba que el propio TC ya había tenido ocasión de modular el criterio del 2008 con otro pronunciamiento, contenido en la sentencia 92/12, de 7 de Mayo (Recurso de Amparo nº 791/10) donde, ahora sí, venía a negar la posibilidad de abonar íntegramente la preventiva de una causa cuando hubiera concurrido durante un período de tiempo con otra preventiva más prolongada de otra causa distinta. Finalmente se hacía acopio de las entonces más recientes sentencias del TS sobre la materia (caso de la sentencia de 10.7.12, en la que se deja abierto el estudio del carácter finalista del Art. 58 del CP y se aboga por *“unas pautas exegéticas más de racionalidad que de estricta literalidad”* sobre el abono de preventiva cuando se ha hecho uso del Art. 76 del Código Penal).

Más modernamente el TS ha realizado ciertas modulaciones en la consolidada corriente existente, para el caso concreto de que un interno demande el abono de una preventiva previa a

la LO 5/10 cuando, habiendo sido integrada ya en otra pena, la sentencia condenatoria dictada en la causa en la que padeció la medida fuera posterior al día 23.12.10 (caso de la sentencia nº 22/15, de 29 de Enero; Recurso de Casación nº 10395/14). En este contexto se ha proclamado que dado que la normativa sobre abono se aplica al cómputo de la pena impuesta, desplegará sus efectos, como máximo, a partir del momento en que la sentencia fuera pronunciada y no antes. Una de las claves que explican esta conclusión se halla en el Art. 2.2 del CP, que afirma el carácter retroactivo de la ley penal material si favorece al reo *“aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo”*, lo que no sucede en estos casos en los que, como se ha indicado, el fallo inculpatario es posterior a la vigencia de la norma. La otra piedra angular se refiere al momento en que las normas sobre ejecución de penas son de aplicación, el cual, evidentemente, no podrá ser precedente a la existencia de la sanción misma y, consiguientemente, serán las que estén en vigor en el instante de decidir sobre los impulsos que hubieran de darse para su cumplimiento.

5.2.2. Frente a una pena y una medida de distinta especie.

Pese a que la vocación del Art. 58 del CP no es otra que la de aliviar la pena en cumplimiento con la reducción de los días en los que el reo hubiera permanecido sujeto a prisión preventiva, al margen de que el desenlace de la causa fuera de inocencia o culpabilidad, solo desde fechas relativamente recientes se ha planteado la posibilidad de abonar a la condena en ejecución otra serie de medidas cautelares, y ello en virtud del Art. 59, pese a que ya desde su primera redacción el CP de 1995 no descartaba que *“las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza”*, en cuyo caso se dice que *“el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada”*.

Se trata de una disposición imperativa (*“ordenará”*) que tiene una doble proyección, al ser de aplicación tanto si la pena impuesta era privativa de libertad y la medida de otra naturaleza como a la inversa.

Aunque la conocida doctrina del doble cómputo (o triple, cuádruple, etc..) es predicable tan solo a la hipótesis de concurrencia de pena y medida privativas de libertad, por razones sistemáticas puede hacerse un paréntesis para incluir en este apartado otros supuestos en los cuales existe heterogeneidad entre una y otra, en los que en puridad de lo que se trata es simplemente de observar reglas especiales en la liquidación la pena, esto es, aplicar a la pena impuesta aquella medida limitativa a la que el reo estuvo expuesto durante la causa y que no llegó a sobreponerse con otra pena de otro procedimiento.

En virtud del Art. 59 del CP, se autoriza al sentenciador la posibilidad de abonar a una pena que no sea de prisión todo el tiempo durante el cual el condenado hubiera estado preventivo. Sería el caso de un delincuente incurso en un procedimiento abreviado por razón de un delito contra la seguridad vial, en el que por razones como la reiteración delictiva hubiera quedado ingresado en prisión durante la sustanciación de la instrucción. Llegado el momento de dictar sentencia y dada la alternatividad de las penas que los tipos penales ofrecen, puede ocurrir que el acusado sea condenado a una pena de por ejemplo 80 días de trabajos comunitarios, a los que de acuerdo con el referido precepto podrían ser de abono los que permaneció preso y considerar que, para proceder a la compensación, resultan de aplicación las reglas inversas de la sustitución del Art. 88 del CP, esto es que cada día de preventiva equivale a una jornada de trabajo.

En el otro caso estaría el condenado a una pena de prisión que, durante la sustanciación del proceso, hubiere tenido que respetar una medida que no fuera privativa de libertad en sentido estricto.

La problemática fue enteramente abordada en el Pleno no jurisdiccional del TS de 19 de diciembre de 2013, en el que se sentó que *“la obligación de comparecencia periódica ante el*

órgano judicial es la consecuencia de una medida cautelar de libertad provisional. Como tal medida cautelar puede ser compensada conforme al Art. 59 del Código Penal, atendiendo al grado de aflicción que su efectivo y acreditado cumplimiento haya comportado”, y en coherencia con lo acordado poco después, en virtud de sentencia nº 1045/13, de 7 de enero de 2014 (Recurso de Casación nº 10184/13), con 2 votos particulares, se recogió el testigo de esa decisión, argumentando en lo esencial que “la obligación de comparecencia apud acta es uno de los efectos asociados por la LECrim al estatus de libertad provisional del imputado (cfr. Art. 530 LECrim). Y precisamente por eso su condición de medida cautelar y, por tanto, de naturaleza restrictiva, encaminada a asegurar los fines del proceso, está siempre presente, con independencia de la intensidad que esa restricción conlleve para quien sea objeto de ella.”

Esta idea no solo se ha ido consolidando hasta la fecha en otros muchos pronunciamientos judiciales, sino también diversificando, tales como la sentencia nº 888/14, de 23 de Diciembre (Recurso de Casación nº 10631/14), que insiste en que el sentenciador debe aquietarse a los criterios de proporcionalidad y equidad que estime oportunos, la sentencia nº 758/14, de 12 de Noviembre (Recurso de Casación nº 844/14), en la que acuerda el abono no solo de la obligación periódica de comparecer ante el instructor de la causa, sino también de la prohibición de salida del territorio español, por considerar que “no obstante el arraigo del penado en España, había de resultarle gravoso dada su nacionalidad italiana”, o la sentencia nº 52/15, de 26 de Enero (Recurso de Casación nº 10671/14), que acepta el abono de “la prohibición de aproximación a la Comisaría de Marbella, localidad en la que se encuentra su domicilio”.

Igualmente, la jurisprudencia menor ha ido siguiendo la misma senda en un intento de aportar mecanismos de solución de ciertos agravios por los que el penado ha ido pasando, como es el caso del auto de fecha 24.4.14 de la Sección 3ª de la AP de Huelva (ejecutoria 21/13). Obsérvese no obstante que las resoluciones dictadas al respecto se limitan exclusivamente a un control de la regularidad formal del dogma que encierra el Art. 58.1 del CP, sin entrar en el fondo del asunto, en el que desembocan tres cuestiones claves.

Una de ellas aparece reflejada en el auto antes referido, cuando se dice que “el inconveniente que apunta el Fiscal en cuanto a la falta de constancia del efectivo número de días de comparecencia habidos ha de salvarse acreditando fehacientemente este dato antes de practicar la nueva liquidación”. Es decir, si la decisión de restar jornadas de la condena está en función de la existencia de un número intolerable de días de respeto hacia la medida, sin necesidad de más indagaciones, lo primero a lo que debería prestarse atención es a la adveración empírica de ese presupuesto base, sin el cual carece de sentido revisar la liquidación.

El segundo interrogante se refiere a la ausencia de métodos de cuantificación de los perjuicios asociados a la comparecencia. Así, no dará lo mismo compensar presentaciones quincenales que mensuales, o incluso aleatorias ex Art. 530 de la LECrim. Y de otro lado, distinta vara de medir habrá que utilizar para el investigado que tiene su domicilio a escasas manzanas del Juzgado al que ha de acudir, que para aquel otro que debe emplear una hora de su tiempo y hacer uso de medios de transporte.

En tercer lugar y visto cómo el TS ha ido ampliando el espectro de medidas restrictivas de derechos que sirven de rédito para una ulterior condena, cabe plantearse cómo proceder con medidas que, adoptadas de conformidad con el Art. 763 de la LECrim, se presenten de difícil o imposible incumplimiento. Piénsese en el caso de un imputado al que se le prohíbe visitar establecimientos en los que se sirvan bebidas alcohólicas, y respecto del cual se adopta en otra causa la prisión preventiva. Sobra explicar que en este supuesto ninguna merma sufre el sospechoso mientras ostente la condición de preso.

En suma, parece que la aplicación que ha de hacerse del acuerdo no jurisdiccional ha generado cierta incertidumbre jurídica, al quedar la decisión que se adopte a expensas de la cláusula arquetípica de la racional compensación, lo que por otro lado no explica cómo y por qué los tribunales vienen realizando de forma sistemática y sin graduación alguna al caso concreto un descuento de un día de prisión por cada diez comparecencias.

5.2.3. Otros supuestos.

Desde fechas relativamente próximas y al albur de la doctrina emanada del TC, muchos internos con condenas tan sumamente largas que hubo de realizarse una ponderación del tiempo de reclusión con las restricciones derivadas del Art. 76 del CP, aprovecharon para invocar también el Art. 58.1 buscando algún utilidad al hecho de haber tenido que compaginar, en un mismo espacio de tiempo o sucesivamente, la condición de preso y la de penado.

Estas solicitudes buscaban también su basamento en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en concreto la conocida sentencia dictada en el caso Del Río Prada contra el Estado Español, de 21.10.13, esto es, se reclamaba que el tiempo que hubiera regido la medida cautelar se aplicase al límite de cumplimiento que se hubiera señalado, como el Tribunal de Estrasburgo consintió respecto de las llamadas redenciones por trabajo en prisión, ordinarias y extraordinarias.

Recordemos al efecto que el tope general de internamiento se fija en 20 años, estableciéndose dos límites excepcionales, de 25 y 30 años, para aquellos casos en los que el recluso lo fuera por dos más delitos y alguno de ellos estuviera sancionado con pena de prisión de hasta 20 años o de más de 20 años, respectivamente, a los que se suma el último hito evolutivo con el que se cinceló el instituto sobre fijación del límite de cumplimiento, por parte de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, *de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas*, que estableció adicionalmente un extremo superior de 40 años, referido en exclusiva al supuesto de que el interno hubiera sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estuvieran castigados con más de 20 años de prisión, o cuando se trate de dos o más delitos de terrorismo y alguno esté sancionado con pena de prisión que pase de los 20 años.

Sin embargo, la contestación dada por el TS en estos casos ha sido serenamente idéntica, resumida en que ninguna relación puede establecerse entre el abono de las redenciones por trabajo del Art. 100 del CP de 1973 y los arts. 65 a 73 del Reglamento de Servicios de Prisiones de 1956, y el abono de la preventiva soportada, ya que las redenciones ordinarias y extraordinarias se configuran como beneficios de acuerdo con el Art. 202.1 del RP -aunque no se las mencione expresamente en el apartado segundo de dicho precepto como tales-, que por tanto podrán servir para rebajar días a la *“duración de la condena”*, señala el precepto, esto es, que actúan ya en fase ejecutiva y sobre el global de penas -incluida la resultante de la acumulación-, mientras que la prisión preventiva es un instrumento con unos fines concretos que se desenvuelve previo a la ejecución en sentido estricto de la pena -o condena, si se prefiere- que a resultas del juicio oral se imponga, aunque su virtualidad surja al tiempo de practicar la liquidación de dicha sanción, y el cuerpo jurisprudencial que refrenda esta regla está muy desarrollado (entre otras procedentes del TS, la sentencia nº 763/14, de 16 de Noviembre -Recurso de Casación nº 10493/14-; sentencia nº 724/13, de 8 de Octubre -Recurso de Casación nº 10177/13-; en cuanto al TC, entre otras, sentencia nº 148/13, de 9 de Septiembre -Recurso de Amparo nº 10252/09-, sentencia nº 35/14, de 27 de febrero -Recurso de Amparo nº 6313/11-; sentencia nº 90/14, de 9 de Junio -Recurso de Amparo nº 4514/12-; sentencia nº 70/14, de 5 de mayo -Recurso de Amparo nº 2157/2013-)

Para entender esta excepción que sobre el abono de la medida se establece en la esfera de la acumulación jurídica de penas, el análisis debe centrarse en el hecho de que por efecto del art.

76 del CP no cabe hablar de la existencia de una pena nueva ni distinta, sino de una simple cuantificación por ley del máximo de tiempo efectivo que un ciudadano puede permanecer en la cárcel, de forma que tiene sentido afirmar que las preventivas sufridas operan como tiempo de cumplimiento real, anticipado en cierto modo, pero no que puedan aplicarse en más de una ocasión, sencillamente porque más de una vez ya no es cumplimiento efectivo en la línea que la física nos enseña que es el espacio-tiempo. Pero incluso defendiendo que esos genéricos 20 años fueran una pena nueva, extrañaría a la razón jurídica el endose de las preventivas sufridas en cada una de las penas precedentes, sencillamente porque éstas ya habrían dejado de existir a todos los efectos.

No obstante, una cosa no quita la otra, como el TS ha recordado en múltiples ocasiones (entre otras, sentencia nº 202/12, de 20 de Marzo -Recurso de Casación nº 11946/11-; sentencia nº 345/12, de 16 de Mayo -Recurso de Casación nº 11603/11-; sentencia nº 471/12, de 12 de Junio -Recurso de Casación nº 11948/11-; sentencia nº 509/14, de 10 de Junio -Recurso de Casación nº 10074/14-; sentencia nº 638/14, de 30 de Septiembre -Recurso de Casación nº 10254/14-), en el sentido de que esas preventivas sufridas serán tenidas en cuenta y obligarán a reconsiderar las liquidaciones que de las penas individuales se hubieran realizado por los diversos sentenciadores, pues podrá darse el caso (improbable en la práctica, por el perfil de esta clase de supuestos) de que con los descuentos aplicados sobre las penas sucesivas resulte que el máximo a cumplir fuera menor que el listón de 20 años de internamiento, que será en consecuencia a lo que el reo deberá hacer frente.

Restaría analizar cómo actuar en el caso de que se dé una situación de simultáneo cumplimiento de una medida y una pena, ambas privativas de libertad, cuando una procede de un tribunal español y otra de uno extranjero perteneciente a la UE, siendo finalmente condenatoria la sentencia dictada en la causa por la que el recluso sufrió la medida.

Esta cuestión enlaza con la de la transmisión de sentencias, abordada en otro apartado de este trabajo, y se halla regulada en la LO 23/14 *de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*, en cuyo art. 77.1 se prevé que podrán reconocerse y ejecutarse en España “*resoluciones por las que se imponen penas o medidas privativas de libertad transmitidas por otros Estados miembros de la Unión Europea*”. Es por tanto factible que un ciudadano se halle cumpliendo en España la pena impuesta por un tribunal comunitario, tras la debida homologación de la sentencia, y que, por avatares jurídicos, se acuerde su prisión preventiva por un tribunal español, como también que ejecutándose materialmente una pena en España el reo quede sujeto a una preventiva procedente de una causa penal en el ámbito de la UE.

En el primer caso, si en la causa española recayese finalmente una condena a pena privativa de libertad, en contra de que el tiempo de vigencia de la medida se abone a la pena que luego se imponga juega, con carácter general, el art. 58.1 del CP, si el período de privación de libertad fuera subsiguiente a la entrada en vigor de la LO 5/10, y la doctrina jurisprudencial a la que se hizo referencia más arriba, si fuera anterior. Debe asimismo sopesarse que la sentencia extranjera se está ejecutando en España como si la hubiese dictado un tribunal español, lo que queda patente en art. 21.1 de la LO 23/14 cuando señala que “*la ejecución de la orden o resolución que haya sido transmitida por otro Estado miembro se regirá por el Derecho español y se llevará a cabo del mismo modo que si hubiera sido dictada por una autoridad judicial española*”, y el art. 81.4 del mismo cuerpo legal, que indica que una vez que la autoridad española competente hubiera reconocido una sentencia extranjera por medio de auto, en el mismo “*se determinará el período total de privación de libertad que haya de cumplirse en España, deduciendo exclusivamente del mismo el que ya se haya cumplido en el Estado de emisión o el que proceda en virtud del tiempo que haya permanecido el condenado en prisión preventiva o cualquier otra medida restrictiva de su libertad que, adoptada por la autoridad del Estado de emisión, fuese computable*”, insistiendo en ello el art. 86.1 al proclamar que “*el*

Juez Central de Vigilancia Penitenciaria deberá ejecutar la resolución condenatoria de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico español, con deducción del período de privación de libertad ya cumplido, en su caso, en el Estado de emisión”.

La segunda hipótesis antes mencionada tendría lugar cuando un sujeto, ínterin su reclusión penitenciaria en España, aprovecha una salida autorizada del penal para viajar un país comunitario y allí incurre en un delito, por el cual el tribunal competente acuerda su prisión preventiva, dictándose en su momento condena por dichos hechos.

Este supuesto es menos problemático, por cuanto una vez conocida la vicisitud en España quedaría en suspenso la ejecución de la pena y, por ende, no llegaría a producirse una yuxtaposición temporal de la misma con la medida extranjera, tanto si con el tiempo se llevara la pena española para cumplir en el extranjero con aquella otra segunda pena, como si es la pena definitivamente impuesta en el extranjero la que se recepciona en España para cumplir junto con la española precedente, pues cada pena tendría el abono de su propia preventiva.

Por último, si las disquisiciones sobre abono de preventiva surgiera con ocasión de un incidente de acumulación jurídica de penas, resultaría de aplicación el Art. 86.1,2 de la LO 23/14, al que luego se hará referencia, conforme al cual los efectos de *“las resoluciones que, conforme a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fijen los límites de cumplimiento de condena, se determinarán con arreglo a lo dispuesto en el artículo 14 y la disposición adicional única de la Ley Orgánica 7/2014 (...)”*.

5.3. EL ABONO POR EL JVP.

De acuerdo con el art. 58.2 del CP, el JVP conocerá de las peticiones de abono a la condena en cumplimiento del tiempo de preventiva dimanante de una causa penal *distinta de la que se decretó*.

Tratando de identificar cuales son esos procedimientos distintos a los que se está refiriendo el CP, se dirá que, con carácter general, son aquellos en los que por accidentes diversos la preventiva padecida no pudo ser aplicada, lo que debe reconducirse a procesos que no concluyen con condena, incluyendo no solo la sentencia absolutoria sino también el sobreseimiento de las actuaciones. Se trata por tanto de una tarea de revisora post mortem de ciertas ejecutorias, aunque bien visto y siguiendo con otro latinismo no son mas que un nasciturus no viable, por cuanto no existe ejecutoria como tal, está vacía de contenidos al no existir resultandos que hacer cumplir, dejando a salvo la posibilidad de alzamiento de medidas adoptadas, restitución o destrucción de efectos, e.t.c.

El otro supuesto que se comprende en el precepto es el que surge a consecuencia de una condena cuya extensión es inferior a la de la medida, en el que cabrá analizar la viabilidad de abonar el exceso de preventiva.

De contrario, no será posible el abono cuando la preventiva procede de una causa en la que el reo fue ungido con el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, pues aunque en efecto haya evitado el ingreso en prisión no es menos cierto que en este caso la pena está siendo ejecutada normalmente, en un régimen especial que le permite estar en libertad pero con obligado acatamiento de unos condicionantes cuya infracción, ahora sí, le privaría de ese supremo Derecho Fundamental con la subsiguiente posibilidad, en su caso, de reciclar la preventiva en dicha pena.

En lo tocante a las exigencias, el art. 58 del CP establece en sus apartados 2º y 3º tan solo dos, y los formula de forma negativa, a saber, que dicho período no se haya abonado en otra causa y que los delitos que el recluso esté pagando sean anteriores a la medida cautelar. En base al omnipresente favor rei, se ofrece asimismo la posibilidad de que los hechos sancionados, pese a ser posteriores a la medida, sean anteriores a la fecha en que se notificó la sentencia absolutoria o auto de archivo de las actuaciones, de acuerdo con la benigna interpretación que

sobre el incidente de abono de preventiva ha desarrollado el TC (entre otras, sentencia n° 808/00 de 8 de Mayo; sentencia n° 2394/01 de 18 de Diciembre; sentencia n° 1108/03 de 21 de Julio), lo que tinte el instituto de equívocos matices jurídicos, si tenemos en cuenta que las vicisitudes y dilaciones por las que pasa una causa penal en ocasiones obedece a maniobras de la defensa del interno, quien al cometer un delito determinado y a sabiendas de la existencia de una preventiva previa de otra causa aún viva, podrá acelerar el ritmo de la nueva causa para que termine antes que aquella en la que la preventiva -con absolución posterior- fue acordada, o espaciar esta última lo suficiente para que la otra quede rematada antes, porque en ambos casos la preventiva sería siempre abonable.

De otro lado, se hacen extensivas al JVP las consideraciones más arriba expuestas sobre el abono de medidas restrictivas de libertad o derechos, como sería el caso de la comparecencia apud acta, la prohibición de comunicarse o aproximarse a ciertas personas, de no acudir a ciertos lugares, e.t.c.

Aunque se prodiguen poco o nada en la práctica, pueden darse otros supuestos dignos de ser mencionados, siendo uno de ellos el del abono de preventiva procedente de un proceso que concluyó con una pena que es posteriormente declarada prescrita. La depuración de la discordia parte de fundamentos diversos.

En primer lugar, se infiere del art. 58 del CP que su aplicación presupone la concurrencia del requisito consistente en que el interno posea al menos una causa en la que fue condenado (y que se esté ejecutando en prisión) y otra en la que no hubo sanción (en la que padeció la medida cautelar cuyo abono se demanda), siendo que en puridad en estos casos no existe un sobreseimiento o absolución con todos los pronunciamientos favorables en el pleito en el que se acordó la medida, y que la pena impuesta está ya técnicamente cumplida cuando se reexamina el posible abono ante el JVP, de acuerdo con el art. 130.1.7° del CP.

En segundo lugar, una vez firme una sentencia condenatoria con preventiva preliminar se pone en funcionamiento una ficción, consistente en considerar que el período de prisión provisional se tiene por aplicado y de forma inmediata, aunque será la correspondiente liquidación de la condena la que refleje documentalmente esta operación. Es decir, que el abono de la prisión preventiva en la propia causa en la que se decretó tal medida cautelar constituye una norma de aplicación absoluta y automática, incluso aunque en el fallo de la sentencia condenatoria no se consigne de modo expreso. Y es que los términos de la Ley no dejan margen a divagaciones (el tiempo de la prisión preventiva "*será abonado en su totalidad*"), lo que conlleva que penado tendrá que asumir únicamente el tiempo que le reste por cumplir (la diferencia entre el tiempo de la pena privativa de libertad y el de la preventiva), pero si el tiempo de la pena impuesta fuera igual al de la prisión preventiva, la firmeza de la sentencia, sin necesidad de más trámites, supondría la extinción de la responsabilidad criminal del condenado, como lógica consecuencia.

Como contrapartida, en el caso de la prescripción parece claro que la pena que se prescribe no es la específicamente establecida en la sentencia, en lo que a su prolongación temporal de refiere, sino que sobre esa sanción ya se hizo acopio de la prisión provisional, de manera que la prescrita es la nominalmente impuesta pero tras despojarla del correspondiente tiempo de vigencia de la medida, lo que lleva a considerar que la ulterior prescripción de dicha pena alcanzaría únicamente a la parte pendiente de cumplimiento, en su caso, pero nunca perturbaría la ya cumplida anticipadamente en virtud del abono establecido en el art. 58 del CP, lo que es ya de por sí una circunstancia favorable al reo, y resultaría contraria a Derecho la extensión de dicha prescripción a la parte ya consumida.

Retomando la cuestión de las sentencias extranjeras pero el ámbito de competencias del JVP, surge la pregunta de la abonabilidad a una pena española en cumplimiento de la preventiva sufrida en causa extranjera en la que se emitió un pronunciamiento absolutorio. En principio, la respuesta debe ser negativa dado que la LO 23/14, única rectora, no disciplina la incorporación

de sentencias absolutorias, cuyos efectos habrán de producirse en el país del tribunal que la dictó y conforme a su propia normativa, sin que por tanto genere efectos vinculantes en España.

La otra disyuntiva que puede darse es la de un sujeto que, hallándose ingresado en prisión en España para el cumplimiento de una pena impuesta por un tribunal de la UE, da a conocer al JVP la existencia de una causa penal española en la que, concluyendo sin sanción, padeció una medida cautelar privativa o restrictiva de libertad -y aún derechos, como se ha visto-. Aquí serían reproducibles las reglas generales del art. 58.2 del CP, sin perder de vista lo apuntado en la DA única de la LO 7/14, de 12 de Noviembre, *sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea*, que indica expresamente que “*en ningún caso serán tenidas en cuenta para la aplicación de la presente Ley las condenas dictadas por un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea con anterioridad al 15 de agosto de 2010*”. Esto es, que si la sentencia comunitaria es anterior a dicha fecha, no interferirá en las cábalas que puedan hacerse acerca de si debe aplicarse o no una preventiva española preexistente en la pena que recaiga. Abundando en ello, con criterios además más generalistas, el art. 14.2 de la LO 7/14 expresa que “*las condenas firmes dictadas en otros Estados miembros no tendrán ningún efecto, ni tampoco podrán provocar su revocación o revisión*”:

- a) *Sobre las sentencias firmes dictadas con anterioridad a aquéllas por los Jueces o Tribunales españoles, ni sobre las resoluciones adoptadas para la ejecución de las mismas.*
- b) *Sobre las sentencias de condena que se impongan en procesos posteriores seguidos en España por delitos cometidos antes de que se hubiera dictado sentencia de condena por los Tribunales del otro Estado miembro.*

6. LA SEGUNDA INSTANCIA PENITENCIARIA.

6.1. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS.

La DA Quinta de la LOPJ fue objeto de reforma con la LO 5/03, dando forma al texto actualmente vigente, lo que repercutió en el régimen de recursos ante el JVP. Si hasta aquél entonces de la segunda instancia conocía en todo caso la Audiencia de la Provincia en la que el JVP radicara, a partir de ahí se hizo un deslinde competencial entre las llamadas “*materias de ejecución de penas*”, cuya apelación debía elevarse al tribunal sentenciador, y las concernientes “*al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior*”, apelables ante la AP correspondiente.

Para evitar equívocos que conduzcan a una vulneración del Art. 24.2 de la CE, en su proclama de que todos los ciudadanos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, la primera controversia que interesa solventar gira alrededor de la concreción del grupo de asuntos que forman parte del núcleo de ejecución de la pena, y para ello la DA 5ª nos da una primera aproximación, al establecer en el apartado 5º una equiparación entre libertad condicional y la clasificación penitenciaria a efectos suspensivos del recurso, al tiempo que el apartado 2º incluye expresamente la clasificación de los penados dentro de las materias de ejecución de penas. Convendremos por tanto que será el sentenciador quien conozca de la segunda instancia contra resoluciones del JVP que versen sobre clasificación y reclasificación, incluyendo los cambios de destino, concesión y denegación de libertad condicional así como revocación o cambios en las reglas de conducta de la misma.

Parte de la culpa de la mencionada reforma en la LOPJ descansa sobre los hombros del Pleno no jurisdiccional del TS de fecha 28.6.02, en el que se acordó que “*las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el Tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena*”. La Sentencia del TS nº 671/02, de 9 de Julio (Recurso de casación nº 3212/00) fue pionera en

la aplicación del referido acuerdo, señalando que *"los recursos contra las decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en cuestiones de clasificación del penado, en la medida que interesan directamente al régimen de ejecución de la pena, es decir, a la ejecución de lo juzgado (art. 117.3 CE y art. 3, 1 y 2 CP) son competencia del tribunal sentenciador. Y si esto ha de ser así con carácter general, más cuando la resolución de que se trate pueda llevar consigo la libertad condicional y, por consiguiente, la eventual aplicación de medidas de las previstas en el art. 105 C Penal"*.

Como quiera que el art. 82.1.5º de la LOPJ asigna a las Audiencias con carácter general la función resolutoria de los recursos contra las decisiones del JVP, es preciso concretar qué otras materias pertenecen a la esfera ejecutiva de todas aquellas que son asumidas por el JVP, además de las dos ya citadas.

Grosso modo, pueden concebirse como materias de ejecución las que conciernen a la pena en sí misma, aquella que se eligió en el fallo de la sentencia, aisladamente considerada y con independencia de la persona sobre quien recayó, lo que lleva incluir las relativas a los distintos modos en que se va ejecutando la sanción impuesta por el sentenciador, las modulaciones de las que puede ser objeto y, por exclusión, todas aquellas que no se refieran a las incidencias de las que el penado pueda ser protagonista, activo o pasivo, por su mera condición de recluso y la relación especial de sujeción que le une a la Administración Penitenciaria, sea por ejercicio de derechos reconocidos o por incumplimiento de deberes penitenciarios. De este modo, no son propias de ejecución las relativas al régimen de los centros, lo cual el RP regulada en su Título III y expresamente menciona la DA 5ª, tales como limitaciones regimentales, prestaciones personales, salidas, traslados, e.t.c.

Un argumento al que puede acudir es el de la naturaleza jurídica del asunto ventilado en primera instancia ante el juez a quo. Así, puede tratarse de un acto administrativo susceptible de ser fiscalizado por el JVP únicamente a través de la pertinente protesta del interno, quien denuncia un defectuoso funcionamiento de la Administración Penitenciaria por contravenir normas de régimen interior o derechos consolidados en el RP, y que pueden referirse a condiciones de la celda, menú alimenticio, atención primaria sanitaria, retención de efectos, asistencia sanitaria y religiosa, comunicaciones y visitas, permisos de salida, formación educativa y laboral, e.t.c., en cuyo caso estaríamos en presencia de vicisitudes ambientales por las que el reo pasa en su día a día como ciudadano bajo custodia, que ninguna relación guardan con su condena en sí sino más bien con el modo en que se afronta el fin de retención de la misma. El art. 50 de la LOGP es el que precisamente autoriza al recluso para dirigir quejas al director del establecimiento o persona que lo represente, que según los casos podrá ser un Jefe de Centro, Jefe de Servicios e incluso un funcionario de vigilancia, y, llegado el caso, también se le faculta para recurrir ante el JVP las decisiones de este tipo que adopten, de conformidad con el art. 76.2.g), y por el calado netamente administrativo del asunto, al margen insistimos de la pena o penas que cumple, su duración y forma de cumplimiento, el recurso no puede ser derivado si no a la Audiencia.

Por otra parte, nótese que el apartado 3º de la DA 5ª establece la inviabilidad de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones del JVP dictadas *"resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa"*, cuando es evidente que, en sentido estricto, el JVP carece de facultades en segunda instancia. En verdad, lo que quiere significar este precepto es que el JVP actúa al modo de una instancia distinta y superior cuando lo que el interno recurre es un acuerdo, resolución o decisión de naturaleza disciplinaria de la Administración Penitenciaria, lo que lleva a excluir también los asuntos de esta naturaleza del ámbito de funciones del tribunal de ejecución. Sensus contrario, están enmarcadas en ese núcleo ejecutivo de la pena los litigios suscitados en torno a la aplicación del art. 60 del CP, indulto,

redenciones (que junto con la libertad condicional son configurados en el art. 202 del RP como beneficios penitenciarios), abono de preventiva, cualquier cuestión que surja en relación con la pena de trabajos comunitarios, aplicación del régimen general de cumplimiento, período de seguridad, e.t.c. En suma, el rollo de apelación se sustanciará ante el tribunal sentenciador cuando la pretensión discutida concierna a las modificaciones en la extensión de la pena inicial impuesta o las condiciones en las que se ejecuta.

Hay sin embargo supuestos curiosos, como el abordado en el auto del TS de fecha 20.12.06 (recurso nº 20403/06), que dirimió una cuestión de competencia entre la AP de Madrid y la de Ciudad Real a propósito de un interno al que fue de aplicación el régimen cerrado ex art. 10 de la LOGP. Sucedió en este caso que el interno se hallaba en calidad de preso en un centro madrileño, sin posibilidad de clasificación entonces. El TS consideró que *“sin cuestionar que en el supuesto que estuviéramos ante una ejecución de penas, la aplicación del art. 10 podría entenderse afecta a la clasificación, en el presente supuesto, al incardinarse en el régimen de preventivos, ha de estimarse como tal cuestión de régimen”*. Y fue por ello que se señaló competente para conocer de la alzada interpuesta contra el auto del JVP de Madrid, la AP funcionalmente competente.

6.2. EFECTOS DEL RECURSO.

Probablemente el aspecto sobre el que más se ha opinado a propósito de la segunda instancia penitenciaria, es el de los efectos de la interposición de un recurso de apelación.

Se parte de la máxima general del art. 217 de la Ley Procesal Penal, siendo una de las excepciones lo previsto en el apartado 5º de la DA 5ª de la LOPJ, esto es, que el recurso provocará la suspensión de la eficacia de la resolución recurrida cuando se cuestionen decisiones sobre clasificación o concesión de la libertad condicional y además *“pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves”*.

En la Reunión de FVP del año 2011 se aprobó la conclusión consistente en que *“la interposición del recurso contra el acuerdo de clasificación o progresión al tercer grado por parte del Ministerio Fiscal no produce en sí mismo efectos suspensivos”*, y ello por ser de aplicación el principio general de ejecutividad del acto administrativo consagrado los arts. 56, 57 y 94 LRJAPPAC, lo que fue reiterado en la Reunión del año 2013.

Por tanto, una apelación acarrará la suspensión del auto cuestionado cuando, en primer lugar, se trate de *delitos graves*, y en segundo lugar la resolución recurrida comporte la *excarcelación* del así favorecido, tratándose de una expresión muy ambigua en tanto que el sentido natural y coloquial del verbo excarcelar es el de salir de prisión (el diccionario de la lengua española contempla como definición la de *“poner en libertad a un preso por mandamiento judicial”*), cuando en el caso del tercer grado restringido del art. 82.1 del RP al fin y al cabo de lo que se trata es simplemente de permitir al interno salir sin obstáculos cada fin de semana, teniendo los permisos habitualmente una duración superior. Es más, en rigor podría decirse que la clasificación penitenciaria solo comporta verdadera *excarcelación* cuando se trata de una aplicación de medios telemáticos ex art. 86.4 del RP, en la que el interno solo tiene unos horarios de recogida en su domicilio y unas presentaciones periódicas ante los SGPMA, o del ingreso en comunidad terapéutica del art. 182 del RP, en el que se produce una relajación en los fines de custodia y el interno goza de plena libertad de decisión para permanecer en el centro o abandonarlo.

Estando así las cosas, se echa en falta una proclamación legal que incluya dentro del concepto de *“excarcelación”* a toda especie de terceros grados y aún los permisos, por cuanto la aplicación literal de la ley, sin filtros doctrinales ni jurisprudenciales, ha supuesto de facto que los autos penitenciarios sobre la materia sean absolutamente impermeables a recursos del MF. Dicho de otra manera, por esa manumisión inmediata a una decisión clasificatoria,

administrativa al fin y al cabo, se producen situaciones injustas o absurdas cuando el recurso es finalmente estimado, pues tras varias semanas e incluso meses de disfrute del tercer grado del interno, pese a haber demostrado un fructífero uso de la semilibertad, tendría que volver al régimen ordinario.

De otra parte y como se ha indicado, el texto legal acota aún más las posibilidades suspensivas del recurso al exigir que el reo haya sido sancionado por un delito grave, que de acuerdo con el art. 13.1 en relación con el art. 33.2.a) del CP son aquellos que en abstracto tienen asignada una pena de prisión de más de 5 años. Importa recalcar que la DA coloca el foco de atención en la calificación del hecho enjuiciado y no en la pena finalmente impuesta, lo que sirve para clarificar qué hacer cuando el MF lleva a apelación un 3º o 4º grado en el que el protagonista está condenado por un delito cuya pena legalmente asignada excede de 5 años pero que, por diversas circunstancias, se halla recluido por un plazo inferior de tiempo. Así, un sujeto puede ser juzgado por un delito de blanqueo del art. 301.1 del CP, que tiene prevista una prisión de 6 meses a 6 años, o un delito agravado de estafa del art. 250 del CP, con la pena aparejada de prisión de uno a seis años (siendo así ambos delitos graves), pero puede resultar del escrito de conclusiones provisionales o tras la prueba del plenario que en realidad el delito fue intentado, en cuyo caso la pena nunca excedería de 3 años y 3 meses de prisión y 3 años y 6 meses de prisión, respectivamente, o concurrir atenuantes de dilaciones indebidas, reparación del daño, confesión del delito, e.t.c., que contribuyan a que la pena no pase de la mitad superior, o incluso de ser cualificadas las circunstancias se le imponga la pena inferior en grado (estaríamos hablando de una pena de 3 a 6 meses de prisión en el primer caso, y de 6 meses a 1 año en el segundo). En todas estas hipótesis el delito no perdería su naturaleza de grave, aunque la pena incluida en el fallo fuera de las llamadas menos graves.

En el supuesto inverso estaría aquél delincuente que en breve plazo de tiempo incurre en varios delitos de robo con violencia o intimidación del art. 242 del CP, que tienen asignados una pena de 2 a 5 años de prisión. Llegado el momento de enjuiciar el último de ellos y obrando ya condenas por los otros, sería factible aplicar la hiperagravación del art. 66.1.5º del CP, que determina la posibilidad de imponer la pena superior en grado (esto es, de 5 años a 7 años y 6 meses). En este otro planteamiento el delito seguiría siendo menos grave, aunque la pena sería de las catalogadas como grave.

Extrapolando la cuestión de la pena en abstracto versus pena en concreto, a la misma solución llegamos cuando tratamos de dilucidar a quién compete en enjuiciamiento y fallo de las causas penales, ex art. 14 de la LECrim. Es decir, en los primeros supuestos de hecho expuestos y pese a la pena menos grave por la que podría llegarse a condenar, o incluso acusar ab initio, el conocimiento corresponde en todo caso a la AP, mientras que en el segundo incumbe al Juzgado de lo Penal.

A modo de conclusiones, el delito grave es siempre grave, esto es, no se ve afectado por la extensión de la pena que definitivamente hubiera sido impuesta, y la DA 5ª habla de *delito grave* y no de pena grave, no pudiendo inferirse de la norma lo que nunca se dice: si el deseo del legislador hubiera sido que primara la entidad de las penas, así lo habría hecho.

De otro lado y pese a que no existe cobertura legal, son la razón jurídica y el sentido común, el derecho de las partes a que las resoluciones judiciales que consideren perjudiciales (sea para un interés privado o también público) puedan ser corregidas o invertidas, y el derecho a acceder a la segunda instancia, o más propiamente a que exista un segunda instancia cuyas resoluciones tengan virtualidad, los que imponen la necesidad de, como adelanta la Exposición de Motivos de la L.O. 7/03, “evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional *«ad quem»*”, en los casos de delitos graves apunta el texto legal, para evitar que una excarcelación inmediata por una decisión sobre ciertas materias haga absolutamente ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

Nos estamos refiriendo no solo a las apelaciones contra clasificación en tercer grado y libertad condicional cuando el reo no cumple pena por delito grave, sino también contra la concesión de permisos de salida.

En la práctica un amplio sector de JVP venía reconociendo efectos suspensivos en aquellos casos en los que pudieran derivarse inconvenientes de difícil reparación si, a la postre, el recurso era estimado, incluso tratándose de permisos ordinarios. Sin embargo, tras la Reunión Anual de JVP del año 2005 se produjo un sustancial giro, al consolidar la idea de que *“los recursos de reforma y apelación tendrán efecto suspensivo cuando la resolución impugnada determine la excarcelación del interno, se refiera a delitos graves y el recurrente sea el Ministerio Fiscal, salvo en su caso los supuestos en los que la Audiencia provincial o la Audiencia Nacional se hayan pronunciado sobre la suspensión”*.

De cara al instituto tratamental que es el permiso ordinario, gran ensayo precursor de espacios más amplios de confianza, aunque de indudable menor extensión que en el caso de la libertad condicional o el tercer grado, es cabal pensar que es similar la situación en la que encuentra un interno de cara o durante el disfrute de un permiso: sometido a un régimen de semilibertad que cuenta con un dies a quo, como sucede también en los casos del tercer y cuarto grado, mas acotado por una fecha cierta y preestablecida que opera a fuer de término. Se alinea con estos razonamientos el art. 223 de la LECrim, que bien podría servir de apoyatura para la admisión en ambos efectos de la apelación en materia de permisos, y ello porque dicho precepto señala que *“interpuesto el recurso de apelación, el Juez lo admitirá en uno o en ambos efectos, según sea procedente”*, esto es que, atendidas las circunstancias del supuesto de hecho y los efectos perniciosos que pudieran derivarse para los intereses de la justicia y/o el interno, el JVP debería realizar un juicio de valor sobre el particular y ponderar si admite en uno o en ambos efectos el recurso, caso por caso, estando presidida esta apreciación por la idea de que si el permiso fuera revocado ya habría sido a buen seguro agotado al tiempo de dictarse auto en segunda instancia, resolución que por tanto estaría vacía de significados.

A lo dicho cabe añadir que el apartado 5º de la DA 5ª de la LOPJ., si bien establece expresamente el efecto suspensivo del recurso de apelación respecto de determinadas materias, no lo prohíbe expresamente respecto de las demás, de modo que conjugando dicha disposición con el mencionado art. 223 de la LECrim, se dejaría abierta la posibilidad a que el JVP decidiera sobre la idoneidad de que la resolución recurrida no sea aplicada inmediatamente.

Una salida intermedia a la que se ha acudido en ciertos casos es la de conceder un efecto de futuro o de pronunciamiento sobre la corrección del permiso, consistente en la dosificación de los mismos (caso de los autos de la AP de Huelva de fecha 20.12.02 -rollo 70/01-, de 31.10.03 -rollo 154/03-, de 12.2.04 -rollo 26/04-; por todos, el auto de 12.7.06 -rollo 206/06-, que deja apuntado que *“la propia mecánica procesal de concesión y disfrute de permisos y la conveniencia de espaciar éstos en el tiempo, aconsejan en el actual estadio de cumplimiento y atendida la evolución del tratamiento del interno no conceder otro permiso de forma cumulativa y tan próxima en el tiempo al ya concedido hace un mes(..)”*).

En suma, las apelaciones interpuestas por el MF contra permisos concedidos están condenadas a la absoluta inutilidad, perdiendo todo sentido el derecho a acceder a la segunda instancia al no evitar la ejecución de la resolución recurrida y, por ende, frustrar la ratio final del recurso cual es evitar la que, desde el punto de vista del tratamiento y del régimen penitenciario, se considera una inadecuada salida ordinaria de prisión.

6.3. JUZGADO SENTENCIADOR VESUS JUZGADO DE EJECUCIÓN.

Existe otra ecuación entroncada con la segunda instancia que debe quedar convenientemente despejada, que en realidad suele circunscribirse a la pena de TBC, consistente en la fijación del órgano competente para conocer de la alzada cuando la pena, en el seno de un juicio rápido,

fue impuesta por un Juzgado de Instrucción.

Esta misma pregunta surge en relación con el juez a quo en el incidente de acumulación de penas, para el cual el art. 988 de la LECrim prevé como criterio competencial, exclusivo y excluyente, el de el “*Juez o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia*”. Es decir: surge la duda razonable de si el expediente debe ser elevado al juzgado que propició el fallo, o a aquél otro que por turno corresponda ejecutarlo.

Sobre la acumulación de condenas existe una brillante resolución que, rebus sic stantibus, sirve para explicar y dirimir la contienda, tratándose del auto nº 225/10, de 19 de Mayo, de la AP de Álava (recurso nº 3/09). Este auto, del que se hizo eco la Conclusión 10ª de la Circular 1/14 de la FGE, sobre acumulación de condenas, recuerda cómo los arts. 983 y ss de la LECrim, relativos a la *ejecución de sentencias*, deben armonizarse con las concretas funciones que el art. 801 del mismo texto reserva, en determinadas condiciones, a los instructores en relación al dictado de sentencias condenatorias por delito. El citado auto pone el énfasis en el hecho de que los juzgados de instrucción gozan de facultades ejecutivas únicamente respecto de las condenas pronunciadas en sus juicios de faltas, de conformidad con el art. 984 de la ley de ritos, mas a excepción de ciertas tareas en relación a sus propias condenas por delito contenidas en sentencias de conformidad que hubieran seguido el cauce del llamado *procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos*, que de acuerdo con el segundo, tercer y cuarto apartado del art. 801 se concretan en realizar el control de legalidad de la conformidad en los términos previstos en al art. 787 de la LECrim, en su caso dictar la sentencia que del acuerdo de las partes resulte, pronunciarse sobre la situación personal en que el penado ha de quedar así como respecto de la suspensión o la sustitución de las penas privativas de libertad y, finalmente, realizar los requerimientos que se deriven del fallo.

A partir de ahí, y es lo más sustancial, el juez de instrucción queda relevado en el ejercicio de las funciones ejecutivas, que pasarán a manos del juez de lo penal al que el asunto sea turnado, y será este juez el que realice el seguimiento y ejecución de la pena impuesta.

Es conclusión lógica de lo anterior que los resultandos judiciales sobre apelaciones en materia de TBC corresponda emitirlos al Juzgado de lo Penal, puesto que, como acertadamente recuerda el auto, “*la acumulación de condenas es un auténtico acto de ejecución, no un mero trámite, que debe atender a las finalidades del cumplimiento de penas que lo inspiran*”, de donde se colige que será aquél órgano que ejecute verdaderamente los trabajos comunitarios quien absorba la resolución de la apelación que se interpusiere.

6.4. REFORMAS PROYECTADAS SOBRE LA APELACIÓN.

Aunque empantanado, el BCPP augura en la redacción dada en el año 2013 unos cambios interesantes, partiendo de la idea de que “*en el procedimiento de ejecución podrá interponerse recurso de apelación y casación sólo en los casos establecidos en este Código y por las partes expresamente legitimadas para hacerlo en cada supuesto*” (Art. 648.1).

Es decir, una vez firme el fallo todas las fases por las que pasa su cumplimiento están ab initio abiertas a las “partes legitimadas”, las que como se señaló en el apartado 2.2.4 de este trabajo están amparadas por los arts. 638.2 y 640.1, abarcando actores civiles y toda clase de acusadores.

De forma dispersa según materias, se encuentran en el articulado específicas referencias a los llamados a poder recurrir. Así el art. 655, en relación a los autos de concesión y denegación del beneficio de la suspensión de la pena, habilita a cualquiera de las partes al tiempo que admite tanto la apelación como la casación, y en idénticos términos se pronuncia el art. 660.3 sobre sustitución por expulsión.

En cambio y como no podía ser de otro modo, ya en el ámbito puramente penitenciario y

tratándose de autos concesión, denegación y revocación de la libertad condicional (art. 671), de denegación de permisos de salida (art. 676.6), de clasificación (art. 677.3) y de licenciamiento definitivo (art. 673.2), los únicos facultados son la persona del penado y el MF, y se prevé la posibilidad de revisar la decisión adoptada únicamente en apelación. Esto mismo es extensible al recurso dirigido contra *“actos y decisiones de la Administración Penitenciaria que conforme a la Ley Orgánica General Penitenciaria y a su Reglamento hayan de ponerse en su conocimiento y, en particular, la ejecución de sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días, la intervención o cualesquiera otras medidas limitativas de las comunicaciones, la aplicación de medios coercitivos, las intervenciones corporales coactivas, la adopción de medidas cautelares en un expediente sancionador, el paso a establecimiento de régimen cerrado, o la aplicación a presos preventivos del régimen especial del artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria”* (art. 680.3).

Por lo demás y en materia disciplinaria, el art. 678.6 sigue los postulados de la vigente regulación, al convertir al JVP en un verdadero órgano de apelación al que puede acudir a los solos efectos de disputar la legalidad o calificación jurídica de una infracción, contra cuyo auto no cabe recurso alguno.

Por último, en lo tocante al órgano competente para conocer de la segunda instancia, dado que todas las resoluciones antedichas revisten forma de auto resultaría de aplicación el art. 580.1, que, sin hacer distinciones como ahora entre las materias de ejecución de la pena y la demás, y ante la ausencia de disposiciones derogatorias y transitorias en el BCPP, establece que corresponderá resolver en todo caso a las Salas de Apelación de los Tribunales de Instancia.