

**1ª MESA REDONDA: “MINORÍAS Y PRISIÓN”;
“EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA,
HISTORIA DE UN AFÁN”**

EGUZKILORE

Número Extraordinario 12.

San Sebastián

Diciembre 1998

37 - 59

EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA: HISTORIA DE UN AFÁN. MINORÍAS Y PRISIÓN

Ilmo. Sr. D. Francisco RACIONERO CARMONA

Fiscal de Vigilancia Penitenciaria

Madrid

Resumen: Tras comentar la especificidad de las relaciones entre la Administración penitenciaria y la Jurisdicción de Vigilancia, se describe la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, realizando un repaso histórico de la figura, estudiando su configuración actual y deteniéndose en el análisis de sus competencias a la luz de la legislación al respecto, para conocer la realidad normativa y comentar las dificultades a que el Juez de Vigilancia debe enfrentarse en su actuación diaria. Para terminar se realiza una especial mención al fenómeno de las minorías, de los extranjeros, dentro de este contexto.

Laburpena: Baitegi Ardularitza eta Zaintze Auzipidearen arteko erlazioak komentatu eta gero, Baitegi Zaintzeko Epailearen irudia deskribatzen da, berari dagokion errepaso historikoa eginez, oraingo irudia eta bere esku dauden konpetentziak aztertuz, dagokion legegideen bidez araupidetza ezagutu eta bere eguneroko zereginetan dituen zailtasunak komentatuz. Bukatzeko, kontestu horren barruan, gutxiengoari eta atzerriarrei buruzko aipamen berezia egiten da.

Résumé: Le texte expose d'abord la spécificité des rapports entre l'Administration pénitentiaire et la Jurisdiction de Surveillance, ensuite, il décrit la figure du Juge de Surveillance Pénitentiaire et en réalise une révision historique qui aboutit finalement à sa configuration actuelle et qui permet de faire l'analyse de ses compétences à l'égard de la législation. On peut connaître ainsi les difficultés que le Juge de Surveillance doit surmonter jour après jour. Sous cet encadrement, le texte fait mention spéciale aux minorités et aux étrangers.

Summary: The text explains the specificity of the relationships between the penitentiary Administration and the Jurisdiction of Surveillance. The Judge of Penitentiary Surveillance is described through an historical review, analysing his current configuration and his competitions by the light of the legislation in this respect. In that way, we can know the normative reality and comment the difficulties that the Judge of Surveillance must face in his daily performance. To end, the text carries out a special mention to the subject of the minorities, of the foreigners, inside this context.

Palabras clave: Administración Penitenciaria, Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, Juez de Vigilancia Penitenciaria, Extranjeros.

Hitzik garrantzizkoenak: Baitegi Ardularitza, Zaintzeko Baitegi Auzipidea, Zaintzeko Baitegi Epailea, Atzerriararak.

Mots clef: Administration pénitentiaire, Jurisdiction de Surveillance Pénitentiaire, Juge de Surveillance Pénitentiaire, étrangers.

Key words: Penitentiary administration, Jurisdiction of Penitentiary Surveillance, Judge of Penitentiary Surveillance, Foreigners.

SUMARIO

I. EL MARCO REFERENCIAL

- A. El punto de partida: sobre la separación de poderes y la colaboración institucional. Incidencia competencial
- B. El Peligro: la relación Jurídico Penitenciaria como relación de sujeción especial
- C. La Esperanza: “Excursus” sobre la Utopía

II. LA DESCRIPCIÓN. LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

- A. Creación. Primer intento de judicialización de la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad
- B. Configuración
- C. Competencias

III. EL AFÁN

- A. “Las dificultades a que debe enfrentarse”
- B. “También sus integrantes son responsables”
- C. “Otras, en fin, no tienen solución”

IV. MINORÍAS Y PRISIÓN

- A. Libertad condicional
- B. Los permisos de salida

I. EL MARCO REFERENCIAL

Cualquier aproximación que se pretenda al ámbito de “lo penitenciario”, de “lo carcelario” si se prefiere, y a la Jurisdicción especializada encargada de su control –en España denominada de Vigilancia Penitenciaria– debe pasar, necesariamente, por una suerte de declaración de principios, de referentes, que sirvan de marco y justifiquen las manifestaciones e, incluso, las opiniones que después se han de verter.

A. El Punto de partida: sobre la separación de poderes y la colaboración institucional. Incidencia competencial

1. Mucho se ha hablado ya, y no siempre atinadamente, sobre este principio. Sería, desde luego, impertinente insistir sobre ello, faltándome además títulos específicos para ello. Pero sí quiero resaltar tres ideas, fijar unos puntos de partida que justifiquen, en primer lugar, la especificidad de las relaciones entre Administración Penitenciaria y Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria.

La primera es que la separación de poderes, en su origen, en el modelo que diseñó el Marqués de Secondat, no es un principio místico, no es tanto un sistema de organización del Estado cuanto una receta práctica para la protección de la libertad, para evitar que el poder adquiera un carácter totalitario. Y esa separación –palabra que, por cierto, jamás usó Montesquieu– no implicaba que hubiera de ser rígida de modo que cada Poder del Estado haya de estar aislado sino que tales Poderes “se verán forzados a concertarse”, es decir, habrán de colaborar, tender lazos entre sí.

La segunda es que la Justicia no es un mero servicio público, no es una prestación más de las exigibles por el ciudadano a la organización política, llámese Estado, Administración o Ejecutivo, que eso es ahora lo menos importante. Es un Poder, parigual a los restantes, en el ámbito de su función, que en lo nuclear no es otra que la conservación del principio de legalidad.

Y la tercera es que existe un reducto constitucionalmente protegido en el que las intervenciones y decisiones de la Justicia, y no de los demás Poderes del Estado, resultan legítimas. Este núcleo se protege con la técnica de la “reserva constitucional”, que consiste precisamente en que determinadas decisiones, por razón de la materia o por la forma que deben revestir, corresponden sólo a los Jueces y Magistrados, lo que constituye una exigencia de la separación de poderes.

Pero, naturalmente, la reserva así defendida tiene como contrapartida que cuantas materias no queden afectadas por ella, están fuera del ámbito de lo judicial; es decir, que no todo lo socialmente pensable, y aun controvertible, es por esa y única razón justiciable. La norma, por ejemplo, que es la herramienta del Juez, la hace otro y, cuando ha pasado todos los crisoles de la constitucionalidad y, en su caso, de legalidad, no queda más que, lisa y llanamente, aplicarla. Con todos los matices interpretativos, pero sólo interpretativos, que se quieran, no corresponde a los órganos de la Justicia hacer operaciones de ajuste de las normas a las convicciones propias.

Pues bien, resulta que en el objeto de nuestro análisis Jurisdicción y Administración se hallan en una especialísima relación de asociación; de tal modo que resultaría imposible el funcionamiento de la máquina penitenciaria de no existir una suerte de “colaboración institucional” sobre la base de la lealtad recíproca. Esta colaboración, desde luego, debe ser exigida en todos los ámbitos de la Administración Pública –coordinación frente al caos y al derroche de medios–, pero más aún en este sector que tiene como destinatarios a ciudadanos privados de libertad en unos centros que constituyen el modelo más complejo de “instituciones totales”, aquellas que regulan, en su integridad temporal y espacial, al ser humano. Tanto más cuanto que, como veremos, las competencias se entremezclan de modo no siempre fácilmente discernible.

Baste, pues, esta apelación a la colaboración, que no es otra cosa que una llamada al buen sentido recíproco.

B. El Peligro: la relación Jurídico Penitenciaria como relación de sujeción especial

La existencia del Derecho penitenciario con autonomía dentro del ordenamiento –autonomía que es tanto sustancial, por su contenido específico, como formal, por la competencia exclusiva en esta materia de una Jurisdicción especializada– tiene una consecuencia inmediata: la relación entre la Administración Penitenciaria y los internos es una relación jurídica –la “relación jurídica penitenciaria”–, y como tal, constituye un haz de derechos y obligaciones en que las dos partes interesadas aparecen recíprocamente como sujetos activos y pasivos de poderes y responsabilidades de naturaleza jurídica.

Pues bien, esta relación se califica, doctrinalmente –y así es admitido también por la Jurisprudencia europea– como relación de sujeción especial –si se contempla desde el administrado– o de supremacía especial –si desde la Administración–. Esta referencia no es, en absoluto, una disquisición teórica, carente de interés para quienes no sean especialistas en Derecho administrativo, sino que tiene consecuencias y no de trascendencia menor.

La Administración Pública dispone de “**Potestades**”, que no son más que poderes de acción para la satisfacción de los intereses públicos que las normas atribuyen a aquélla y que implican sujeción jurídica para los administrados destinatarios de los actos dictados en el ejercicio de esas potestades. La doctrina ius-administrativista ofrece múltiples clasificaciones y clases: reglamentaria, sancionadora, organizatoria, etc. Pues bien, una de esas clasificaciones responde al criterio del grado de incidencia que la potestad tiene en la esfera jurídica de los ciudadanos y distingue entre potestades:

- a) *De supremacía - o sujeción - general*, que deviene de la condición general de ciudadano y en las que éste tiene, frente a la Administración, todas las garantías que se deducen del marco de derechos que le otorgan la Constitución y las leyes.
- b) *De supremacía - o sujeción - especial*. En éstas el administrado se encuentra frente a aquélla en una situación de especial dependencia, que permite a la Administración unos títulos de intervención más amplios en su esfera jurídica, para la más adecuada prestación o ejercicio de una actividad o servicio público que, en cuanto tales, son de especial relevancia pública, y exigen, además, una inserción duradera del administrado en la organización administrativa. Los ejemplos típicos de este tipo de relaciones son los funcionarios públicos, militares, estudiantes y presos, si bien la fuerza expansiva y voracidad de la Administración ha pretendido extenderlas, de manera intolerable, a situaciones que ni de lejos lo son: por ejemplo, a los titulares de una licencia.

Esta construcción jurídica, en definitiva, no sirve más que para que la Administración Pública tenga, sobre determinados grupos, mayores poderes, si bien con el límite de que esos poderes se ejerzan “en función de las necesidades indispensables para el cumplimiento de los fines que son inherentes a la actividad calificada como de supremacía especial”.

Expresión de esa “supremacía” es que el Reglamento tiene mayor virtualidad y permite que, en sede de derecho sancionador, la tipificación de las faltas –conductas sancionables– se haga por esta vía y no por ley (formal). En el ámbito penitenciario español ello es paladino. Mientras la LOGP regula sólo las sanciones, se deja en manos del RP –es decir, de la Administración– la de aquéllas (arts. 108, 109 y 110 RP de 1981).

C. La Esperanza: “Excursus” sobre la Utopía

Una norma penitenciaria es, me atrevería a decir que casi por definición, una norma utópica. No tanto en su sentido más primario, como ideal que se supone máximamente deseable pero que muchas veces se considera inalcanzable, cuanto en el secundario de constituir “una verdad prematura”, una “expresión de la esperanza”. Como una teoría sobre la sociedad humana puede modificar la realidad existente en el momento en que se formula, una utopía puede también, y a mayor abundamiento, ejercer influencia sobre el curso de los acontecimientos.

Desde la consolidación y expansión en el cuarto de siglo posterior a la Segunda Guerra Mundial del modelo de organización estatal denominado “Welfare State” o Estado de Bienestar, los sistemas estatales tienden a no ser meros árbitros de las rela-

ciones sociales, de las fuerzas productivas, en suma, a superar el viejo lema ilustrado “laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même”. De modo que el Estado es, ahora, por un lado, el mayor productor, el mayor empleador, el mayor empresario, y, por otro, se cuenta entre sus funciones la de atender, cada vez en mayor proporción, las necesidades de sus ciudadanos. Pero ello conduce, a su vez, a una expansión creciente de las de éste produciéndose una espiral imparable: los ciudadanos “necesitan” –requieren, demandan– más prestaciones y el Estado más y más medios para cubrirlas.

A este proceso no es ajeno –más bien está imbricado en él– el de positivización y expansión de los Derechos Fundamentales en las tres oleadas ya clásicas: de los derechos de libertad-autonomía, se pasa a los de libertad-participación y de éstos a los de libertad-prestación; estos últimos determinan la pérdida definitiva del carácter arbitral del Estado.

Así las cosas, es evidente que el poder político ha de marcarse prioridades en su actuar, en la asignación de medios –que, obvio es decirlo, son objetivamente limitados, sin perjuicio de los fenómenos, más o menos generalizados, de corrupción– a cada una de las funciones que debe cumplir. Pues bien, no es aventurado en absoluto afirmar que entre las prioridades estatales no se encuentra, o no en su justa medida, el sistema penitenciario considerado en su conjunto: edificaciones, personal a su servicio, prestaciones a los reclusos –atención sanitaria, alimentación, enseñanza, ...–, medios tratamientos y un etcétera tan largo como fácilmente constatable. Y ello, incluso, en los países coloquialmente denominados “ricos” ...

El diseño del estatuto de los privados de libertad que se hace en tantas legislaciones penitenciarias, y conviene insistir en ello, responde tanto a la concepción utópica que señalábamos al principio –expresión de una esperanza– como a la realidad que acabamos de describir. Es la plasmación de la diferencia, tan propia del Derecho, entre el ser y el deber ser, entre el texto legal y las posibilidades de su aplicación real. La ambición –¿utopía?– con que se conciben supone no sólo un esfuerzo ingente, tanto de las personas que asumen la tarea de su implantación como de asignación de medios, sino, además, precisamente por las reflexiones que hemos venido haciendo, una enorme prudencia, un gran “sentido común”, para que la esperanza que se abre con la norma no se quiebre al enfrentarse con la realidad.

Como ilustración de cuanto se ha expuesto permítaseme traer aquí un ejemplo de la realidad penitenciaria española. Se trata de una doctrina acuñada por el Tribunal Constitucional –que es el máximo intérprete y garante de la Constitución– que se refiere a aquellos derechos que, aun estando plasmados en la Ley, incluso en la Constitución –de nuevo, la utopía–, no pueden razonablemente ejercerse por falta de medios. Por ejemplo, el derecho al trabajo y a los beneficios de la seguridad social o el derecho a intérprete –este último tiene connotaciones especiales al ser reivindicado normalmente por españoles que pretenden hablar en la lengua de su Comunidad Autónoma–. Pues bien, dicho Tribunal acuñó el término de “derechos de aplicación progresiva” (STC 82/86, de 26 de Junio, 2/87, de 21 de Enero, y 172/89, de 19 de Octubre): “Es cierto que la Constitución reconoce el derecho... pero... se trata de un derecho de aplicación progresiva, en función de las posibilidades de la Administración en cada momento, y no puede ser exigido en su totalidad de forma inmediata”. “...es un derecho de aplicación sucesiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los

medios de que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata"... "la Administración Penitenciaria debe superar gradualmente las situaciones de carencia o de imposibilidad de proporcionar a todos los internos un... arbitrando las medidas necesarias a su alcance..."

Esta doctrina se impone por la fuerza de los hechos. Por un lado, la Administración Penitenciaria dispone sólo de los medios presupuestarios que le asigna otro poder del Estado y, por otro, debe marcarse las prioridades que considere oportunas. Pero, a la vez, ello no puede justificar la inaplicación indefinida de las leyes. Esta dificultad y complejidad es la razón de la llamada a la prudencia y al sentido común que antes se hizo. En este largo y comprometido camino, sembrado de riesgos, es decisiva la Jurisdicción de Vigilancia que, por ejercer el control de la actividad administrativa, debe conducir, siempre desde su ámbito competencial, el proceso de asentamiento y desarrollo de la legislación penitenciaria.

II. LA DESCRIPCIÓN. LA JURISDICCIÓN DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Parece que fue Brasil el primer país que reguló la figura del Juez de Ejecución de Penas en su ya lejana Ley Federal de 1922 y después en el Código de Procedimiento Penal de 1940 y disposiciones ulteriores. Fue concebido no sólo como el encargado de la ejecución de la pena –desarrollo del fallo condenatorio–, ni siquiera como controlador de la legalidad de la actuación administrativa, sino que, además, podía cursar instrucciones generales a la Administración Penitenciaria. En el otro extremo, en Portugal, el Tribunal de Ejecución de Penas –Ley de 16 de Mayo de 1944 y Decretos de 27 y 30 de Abril de 1945– quedó circunscrito, pese a su denominación, a las medidas de seguridad. En Francia, las Comisiones de Vigilancia, creadas en 1810, han evolucionado hasta el Juez de Aplicación o Ejecución de Penas –Leyes de 1970, 1972 y 1978 y Código de Procedimiento Penal–. En Italia, el Juez de Vigilancia aparece por primera vez en el Código Penal de 1930, ampliando sus competencias hasta llegar a la Ley Penitenciaria de 1975.

En todo caso, los ejemplos citados no dejan de ser minoritarios en un panorama internacional donde estos órganos jurisdiccionales, sea en su vertiente de ejecución, sea de vigilancia, es generalmente desconocido. Ni los países anglosajones, ni los escandinavos ni, por ahora, los nacidos como consecuencia de la desvertebración de la Europa del Este han introducido esta figura en sus legislaciones.

En sentido estricto, la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria es la formada por los JVP –incardinados en el orden jurisdiccional penal– y las Audiencias Provinciales en tanto que órganos de Apelación de aquéllos. Pero también son jurisdicción de vigilancia, en el ámbito de sus competencias, el tribunal sentenciador –sea Juzgado de Instrucción o de lo Penal y las Audiencias Provinciales–, el Tribunal Supremo –tanto su Sala II, como el Tribunal y Sala de Conflictos Jurisdiccionales– el Constitucional y, en su caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Finalmente, también tienen competencia sobre determinados aspectos penitenciarios los órdenes jurisdiccionales laboral –en cuanto conocen de los conflictos que se deriven de la relación laboral especial penitenciaria (Título V, Capítulo cuarto RP)– y contencioso-administrativo –en todas

aquellas materias no expresamente sometidas a los JVP y que tengan que ver con los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley.

Naturalmente, sólo nos ocuparemos de los JVP, pues los demás órganos y órdenes jurisdiccionales no tienen, en el ámbito penitenciario, ninguna especialidad respecto de su teoría general, salvo el derecho material que aplican.

A. Creación. Primer intento de judicialización de la fase ejecutiva de la pena privativa de libertad

Como es notorio, la Ley Orgánica General Penitenciaria de 1979 fue saludada como el primer paso hacia la judicialización de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, circunscribiéndose las primeras a las privativas de libertad, como veremos enseguida, y habiendo sido reguladas *ex novo* las segundas por el Código Penal de 1995 –tras la derogación práctica de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 por el Tribunal Constitucional en Sentencias de 1985, 1986 y 1987–. A tal fin, y aunque con severas deficiencias que no es posible desgranar aquí, la norma creó unos órganos judiciales específicos –los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria– incardinados en el orden penal y especializados, que iniciaron su andadura en 1981. Con esfuerzo, se ha ido conformando, incluso jurisprudencialmente, toda una doctrina en torno a la configuración y naturaleza de estos órganos a las que también tendremos oportunidad de referirnos.

De modo que a partir de la LOGP –y de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) de 1985– es posible hablar de tres fases en la persecución judicial del delito: la de instrucción –ahora en situación de adaptación merced a la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado–, la de enjuiciamiento y la de ejecución, cada una de las cuales está atribuida a un órgano judicial distinto, correspondiendo la última –ejecución– a los citados JVP en cuanto a las penas privativas de libertad y medidas de seguridad.

Pues bien, este modelo que, a pesar de sus deficiencias, estaba razonablemente claro y asumido, ha venido a descomponerse con el nuevo CP y su correlato, el Reglamento Penitenciario aprobado por R.D. 190/1996 de 9 de Febrero. En efecto, la nueva norma penal supone un retroceso en el diseño del JVP como Juez de ejecución de penas privativas de libertad –que era su vocación primaria– para convertirse, como veremos, unas veces en trabajador social cualificado, otras en delegado del Tribunal sentenciador a quien se entrega ahora el control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y otras atribuyéndole tal control sobre penas y medidas de nueva creación sin la más mínima posibilidad de ejercitarse racionalmente. Sin embargo, todo esto no se produce del todo, creándose una confusión de competencias difícilmente comprensible que, dicho sea con el debido respeto, dice muy poco de la reflexión –y conocimiento– del legislador.

B. Configuración

1. El soporte constitucional de estos órganos es, obviamente, el art. 117.2 CE (“El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado,

corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales”). No el 25.2, que no exige su existencia, al limitarse a señalar la orientación –reeducación y reinserción social– que deben tener las penas privativas de libertad y que puede alcanzarse por distintos medios.

2. Pueden pensarse al menos tres modelos a los que ajustar los JVP:

- Delegado del Tribunal sentenciador
- Controlador de la pena
- Juez contencioso administrativo, mero revisor de los actos administrativos emanados de esa singular Administración Pública que es la Administración Penitenciaria.

Pues bien, ninguna de estas tres concepciones conviene al modelo de JVP diseñado en el ordenamiento español, extraordinariamente parco en su regulación, tanto que, en realidad, le dedica un solo precepto –el art. 76 de la LOGP–.

3. En un intento de definir el perfil de los JVP, se pueden señalar algunas características tanto *positivas* –lo que son–, como *negativas* –lo que no son–.

En cuanto a las positivas:

- *Tienen carácter jurisdiccional*. Es decir, el JVP no es un órgano híbrido ni, menos aún, administrativo sino que participa de esa función, emanación de la soberanía del Estado, con la que éste, a través de órganos especialmente instituidos realiza su poder y cumple su deber de otorgar justicia. Esto es, cabalmente, la jurisdicción.

Para despejar las dudas a que la interpretación –interesada– de la LOGP dio lugar, a causa del art. 77, la LOPJ en su art. 94.1 vino a ratificar este carácter rotundamente (“...tendrán las *funciones jurisdiccionales* previstas ...”). Y como consecuencia del mismo, el propio Tribunal Constitucional –Vid., por todas, STC de 26 Abril 1993– le ha ido dotando de los rasgos que le definen –al menos hasta ahora, como ya señalé–: calificándolo de pieza clave del sistema penitenciario y exigiendo su intervención como requisito imprescindible para el acceso al recurso de amparo, es decir, a los efectos del art. 43.1 de la LOTC (“... una vez que se haya agotado la vía judicial precedente ...”).

- Esta jurisdicción es tuitiva, al tener como uno de sus cometidos esenciales, aunque no único, la protección y tutela de los derechos, fundamentales y ordinarios, de los internos en Centro Penitenciario, y es también permanente, prolongándose durante toda la vigencia de la relación jurídica penitenciaria, si bien, claro es, con arreglo a las normas de competencia territorial.
- Tiene competencia propia, exclusiva y excluyente, naturalmente en su ámbito; es decir, no delegada del Tribunal sentenciador con, de nuevo, las distorsiones que ha introducido el CP de 1995.

En cuanto a las negativas:

- No es un “superdirector” del Establecimiento Penitenciario, no puede inmiscuirse en la gestión de los Centros ni puede presidir comisiones.

- Tampoco puede evacuar las consultas que le haga la Administración Penitenciaria, en el sentido de que no es un órgano de consulta o asesoramiento. Cuestión distinta es que, ante problemas específicos, el Centro los plantee y el JVP manifieste su criterio sobre los mismos si bien, obvio es decirlo, tal criterio no es vinculante hasta que se dicta la resolución. Por cierto, el JVP sólo dicta Autos o Providencias, jamás Sentencias, porque no juzga, se limita a ejecutar lo juzgado, como vimos antes.
- No es un Defensor del Pueblo del interno. De ahí que el art. 77, al que antes hice referencia y me volveré a referir después, sólo pueda ser interpretado en sus propios términos, sin reconducir las materias del 76 a la mera facultad de propuesta que aquel precepto establece. Este fue la ya aludida inicial e interesada interpretación que la Administración Penitenciaria pretendió imponer.

C. Competencias

He aludido, quizá con insistencia, a la confusión que ha venido a implantar el CP de 1995 en la figura del JVP. Trataré ahora de justificar aquella crítica, con la descripción pormenorizada de sus competencias, en la medida en que ello es posible.

1. El Marco General

Su competencia se limita a:

- a) Penas privativas de libertad, arresto de fin de semana y medidas de seguridad.
- b) Arresto sustitutorio por impago de multa.
- c) Revocación de la suspensión de la condena –prevista en el art. 80 CP de 1995–.
- d) Revocación de la sustitución de la pena –prevista en el art. 88 CP de 1995–.

En los tres últimos casos, naturalmente, a partir del ingreso en prisión.

No le corresponden, pues, las penas –sí las medidas de seguridad equivalentes–, principales o accesorias, de: inhabilitación, suspensión de empleo o cargo público, privación del derecho a conducir vehículos o ciclomotores, privación del derecho a la tenencia y porte de armas, privación del derecho a residir en determinados lugares y los trabajos en beneficio de la comunidad.

2. Competencias derivadas de la LOGP

a) Artículo 76, apartado primero.

- **Atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta.** Y ya sabemos cuáles le están atribuidas.
- **Resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar la pena con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos.** Es ésta, sorprendentemente, una facultad inaplicada. En efecto, se trata del supuesto típico de una modificación legislativa que suponga la revisión de las condenas para hallar la ley más favorable. Pues bien, tal revisión, a pesar de la claridad del pre-

cepto la han venido realizando los Tribunales sentenciadores. Y más palmariamente en el Derecho Transitorio del CP de 1995 se atribuye esta facultad, como veremos, en contradicción flagrante con la LOGP, a dichos Tribunales.

Otras posibles modificaciones de la pena, señaladamente la Libertad condicional y Redención de penas por el trabajo, sí son de la competencia –éstas sí ejercidas– de los JVP.

- **Salvaguardar los derechos de los internos.** Se refiere tanto a los Derechos Fundamentales no limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y el ordenamiento penitenciario (ex art. 25.2 CE), como a los ordinarios, dispersos a todo lo largo y ancho de la LOGP y del RP. Por ejemplo, permisos de salida, formular peticiones y quejas, vestir sus propias ropas, limitación legal en el uso de medios coercitivos y un etcétera tan largo como imposible de resumir o sistematizar ahora.
- **Corrección de abusos y desviaciones** en el cumplimiento de preceptos reglamentarios. La corrección se limita a los abusos y desviaciones que puedan producirse en el régimen penitenciario. Por tanto, es una facultad amplísima, pues el “régimen” es, nada menos, que el conjunto de normas que regulan la convivencia y custodia de los internos y el orden dentro de los establecimientos penitenciarios, determinando los derechos y prestaciones que corresponden al recluso por su condición general de ciudadano del Estado. Es decir, comprende la organización general, trabajo, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, recompensas, permisos de salida, información, quejas y recursos, comunicaciones y visitas, asistencia religiosa e instrucción y educación. En resumen, el Título II de la LOGP.

Dentro de esta corrección, en fin, no se integra la potestad disciplinaria sobre los funcionarios de prisiones, expresamente excluida de la competencia de los JVP.

b) Artículo 76, apartado segundo.

- Adoptar 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.*

Esta cláusula, junto con los dos primeros párrafos del apartado primero, constituyen lo que era el JVP en la mente del legislador de 1979: un verdadero Juez de ejecución de la pena privativa de libertad, de tal modo que, y la dicción de la norma es literal, a efectos de la ejecución, aquél asume las funciones de los Tribunales sentenciadores, de todas, salvo aquella que por mandato expreso de la propia Ley se reserva a aquellos Tribunales: el licenciamiento definitivo –ex art. 17.3 LOGP–. En efecto, no parece dudoso que el sentido gramatical o letra de la ley es el medio interpretativo más inmediato, de tal modo que cuando aquéllos son claros no hay necesidad de buscar más; por ello, desde antiguo la Jurisprudencia afirma que “no hay lugar a la interpretación cuando el precepto

no ofrece duda (STS 19-11-1891, 6-11-1895, 8-5-1926), debiendo entenderse este aserto en el sentido de que “no se debe desnaturalizar bajo ningún pretexto el texto claro de una disposición” (STS 2-3-1908, 4-3-1929). Jurisprudencia que se ha mantenido hasta la actualidad: “es principio de Derecho que las leyes claras no son susceptibles de interpretación” (STS 25-9-1985). “A los Tribunales compete administrar Justicia, aplicando las normas del ordenamiento jurídico al que están sujetos y, por ello, cuando los términos de una norma sean totalmente claros y no dejen dudas sobre el contenido de aquélla, se estará a su sentido literal, no siéndole permitido a los Tribunales en tal caso modificar la norma, dando a lo en ella dispuesto un sentido y alcance distinto de lo que resulte de sus propios términos, al estar atribuida la modificación de una norma legal ... a otros poderes del Estado” (STS. 3ª. 17-10-1990).

Pues bien, ya he citado literalmente la norma. No es extraño, pues, que el propio Tribunal Supremo califique de “llano” que la competencia para aplicar una prisión preventiva a causa distinta, la aplicación del art. 70.2 del CP de 1973 y otros temas similares corresponde a los JVP porque, además, exceden “de una ejecución concreta y se proyectan de manera multidireccional” (Auto TS 7-5-1991).

No es, sin embargo, ésta la tesis que ha prevalecido en la Jurisprudencia, especialmente en lo que se refiere a la aplicación del art. 70.2 CP derogado, actual art. 76.2, defiriéndose la competencia al último Tribunal sentenciador con fundamento, se dice, en el art. 988 LECr. Se olvida, sin embargo, que la LOGP es, obviamente, posterior a la Rituaria y, por tanto, conforme a lo ordenado por el art. 2.2 del Código civil, las referencias que la ley procesal hace al Tribunal sentenciador han quedado derogadas por aquélla.

En resumen, y aunque como digo no haya prevalecido esta opinión –erróneamente a mi juicio, dicho sea “en términos de defensa”– tanto por mandato directo –art. 76 LOGP– como por derogación implícita –ex art. 2.2 Código civil– la Jurisdicción penitenciaria ha sustituido en su integridad, salvo en el supuesto, ya citado, del licenciamiento definitivo, a la sentenciadora.

- **Aprobar - y revocar, suspender y ampliar - la Libertad condicional** en sus cuatro variantes: normal (al cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena), anticipada (a los dos tercios), a los septuagenarios y a los enfermos muy graves con padecimientos incurables (sin límite temporal en ambos casos).
- Aprobar los **beneficios penitenciarios** que supongan acortamiento de la condena, que no son otros, en la nueva regulación, que: 1. el adelantamiento de la Libertad condicional, ya citada en el apartado anterior, como una de las formas posibles de dicho instituto; y 2. el indulto particular, no en el sentido, obvio es decirlo, de que el JVP pueda concederlo directamente, sino en el de que puede tramitarlo conforme a las normas vigentes sobre el Derecho de Gracia, señaladamente la ya vetusta Ley de 18 de Junio de 1870.

Lamentablemente, el CP de 1995 (Disposición Transitoria 2ª) y, por tanto, el RP de 1996 también han suprimido el beneficio –derecho, más bien– penitenciario por excelencia: la redención de penas por el trabajo. Esta supresión es, y no sólo

en mi opinión, uno más, pero quizá el mayor, de los errores cometidos en la no por profunda menos equivocada reforma de todo el sistema represivo, que se ha llevado a cabo, además, en brevísimo plazo, todo a la vez y de modo desbocado: las normas procesales (con especial incidencia, aunque no única, de la Ley del Tribunal del Jurado), sustantivas (CP de 1995, que modifica sustancialmente el régimen de penas, algunas novedosas) y de ejecución (RP de 1996).

- **Aprobar las sanciones de aislamiento en celda, superiores a catorce días.** El órgano sancionador era la Junta de Régimen y Administración del establecimiento penitenciario, hoy sustituida, en el nuevo RP, a estos efectos, por la llamada Comisión Disciplinaria, que ya nos es conocida. De tal manera que el JVP sólo conoce de las sanciones en vía de recurso, de alzada primero y de reforma después, y además sin posibilidad de Apelación a la Audiencia. Pues bien, ello es así excepto en la sanción que comentamos, sea por una única falta, sea por acumulación. En este caso, el órgano sancionador en primera instancia es el JVP, que aprueba la sanción y, por tanto, sí cabe recurso de Apelación.
- Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, excepto las referidas en el apartado anterior –aislamiento en celda superior a catorce días–, cuyo régimen jurídico ya se ha expuesto.
- Resolver los **recursos sobre clasificación inicial, progresiones y regresiones**, sea en primero, segundo o tercer grado de tratamiento. Todo ello con modulaciones importantes que, sin duda, ya habrán sido objeto de otras partes de este curso.
- Acordar lo que proceda sobre *peticiones o quejas* de los internos en relación con el régimen y tratamiento de preventivos –en el RP de 1981 los detenidos y presos estaban explícitamente excluidos del tratamiento– y penados, en cuanto afecte a los derechos fundamentales, derechos penitenciarios ordinarios y beneficios.

Esta es la mayor fuente de conflicto en el estado de “paz armada” en el que perpetuamente viven los Centros y el JVP. En efecto, en la frase “acordar lo que proceda” cabe todo, desde ordenar que se ponga un espejo en una celda hasta cerrar un módulo entero de un Centro. Y naturalmente estas peticiones y quejas dan de sí cuanto puede hacerlo la imaginación humana. Ello exige por parte de los JVP elevadas dosis de prudencia y la plena asunción de que tienen competencia sobre algunas materias, pero no sobre todas las materias. En suma, y como ya dijimos, han de tener un cuidado exquisito y un alto grado de ponderación para no convertirse en los superdirectores de la prisión.

- Realizar **visitas a los Centros Penitenciarios**. Obligación, a mi juicio, inexcusable, que tiene un contenido o finalidad doble: a) conocer el estado de la prisión y de sus servicios; y b) entrevistarse con los internos, escuchar sus quejas, peticiones –e incluso, a mi juicio, admitir la interposición de recursos– o denuncias, practicar pruebas y recibir declaraciones, etc. A veces basta sólo con “oír” sus problemas.

En cuanto al procedimiento, carece de dificultad: basta una simple solicitud escrita del interno –o, en su caso, resolución del JVP–. Naturalmente, la visita puede realizarse sin previo aviso y a cualquier hora.

La LOGP, sin embargo, no establece periodicidad alguna por lo que ha de entenderse queda a la prudencia del Juez, a la vista de la demanda.

Naturalmente que esta labor es no sólo ingrata –ahí se constata no sólo la dureza de la vida en prisión sino fuera de ella– sino muy difícil de realizar con diligencia, mientras cada Juzgado de los tres que hay en la Comunidad Autónoma de Madrid tenga bajo su jurisdicción unos dos mil quinientos internos ... ahora, que después de la apertura del CP de Aranjuez y de haberse iniciado el cumplimiento, en el Cp o depósito municipal, de los arrestos de fin de semana, con todos los problemas que están generando –y no es el menor el de no saber cuantos depósitos municipales hay disponibles para el cumplimiento de esta pena– y de las medidas de seguridad, será, lisa y llanamente, imposible.

- Autorizar los *permisos ordinarios de salida* de duración superior a dos días a internos penados clasificados en segundo grado y los extraordinarios de los clasificados en primer grado.
- Conocer del ***paso a los establecimientos de régimen cerrado***. Regulados en los arts. 89 y ss. del RP de 1996, son los de régimen más duro, correspondiendo a internos clasificados en primer grado.

c) Artículo 77.

Establece la posibilidad de que el JVP formule propuestas al órgano administrativo superior de dirección de las prisiones, la ya citada DGIP.

Estas propuestas pueden referirse a todas aquellas materias que, no siendo de la competencia –jurisdiccional– de los JVP, pertenecen a la Administración Penitenciaria, es decir, organización, vigilancia, talleres, escuelas, asistencia médica y religiosa, etc. Ni que decir tiene que tales propuestas no son vinculantes para dicha Administración pública.

Por último, este precepto fue el que justificó, como veíamos, el que al principio de la andadura de los JVP fueran tenidos –naturalmente que por la Administración– sólo como órganos de recomendación o de asesoramiento y no propiamente jurisdiccionales.

3. Competencias derivadas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 94

Además de las referencias que ya hemos hecho respecto a la ratificación del carácter jurisdiccional de los JVP, este precepto solventa las dudas iniciales sobre la atribución a estos órganos también de la ejecución de las medidas de seguridad. Por lo demás, se limita a ratificar las competencias contenidas en la LOGP: control de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos y demás que señale la ley.

4. Competencias derivadas del Código Penal de 1995

Realizada ya al principio de esta exposición la crítica rotundamente negativa que me merece la atribución de competencias que este cuerpo legal hace a los JVP –y, por extensión, a los Tribunales sentenciadores– ha llegado el momento de aportar las pruebas necesarias.

El nuevo CP mantiene en el JVP –es decir, no modifica– la competencia sobre la ejecución de las penas privativas de libertad y la atribuye, pero sólo parcial y de manera absolutamente equivocada, sobre las medidas de seguridad.

a) Penas privativas de libertad.

a) Crea el texto legal una nueva pena, el arresto de fin de semana, que tiene vocación de ser la pena reina de la delincuencia menor ... y no tan menor (V., por ejemplo, art. 147.2, delito de lesiones). Pues bien, dada la velocidad vertiginosa con que se han ido aprobando las reformas resulta que el desarrollo reglamentario de esta pena –y de la de trabajos en beneficio de la comunidad, también creación novedosa– se ha realizado fuera del RP, a través del Real Decreto 690/1996 de 26 de Abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana. Por desgracia, no es posible desmenuzar aquí este engendro, y pido disculpas por lo fuerte de la expresión, pero sobran razones para utilizarla. Basten, pues, unas pinceladas:

- La pena se ha de cumplir en régimen de aislamiento, que es la máxima sanción del ordenamiento penitenciario. No tiene el interno derecho a las comunicaciones ni a las visitas.
- Ha de cumplirse en los Centros Penitenciarios o en los de Inserción Social. ¿Y si no caben?.
- Si se cumplen en los depósitos municipales, ¿quién es el órgano sancionador, el policía local encargado de depósito? ¿Cómo se van a cumplir las sanciones? ¿Y si el interno enferma? ¿Qué JVP es el competente, con que criterios se van a “repartir” los depósitos? ¿Tiene el interno derecho a formular peticiones y quejas y a ser visitado por el JVP? ¿Reúnen los depósitos las condiciones mínimas de habitabilidad, incluso de higiene, que exige nuestra legislación penitenciaria? Nada de esto, ni otras mil cuestiones, tiene respuesta.

En fin, de esta pena, la única competencia que se atribuye al JVP en el CP de 1995 es que si el arrestado tiene dos ausencias injustificadas, sin perjuicio de deducir testimonio por quebrantamiento de condena, podrá ordenar el cumplimiento ininterrumpido (art. 37.3 CP).

Por su parte, el R.D. 690/1996 le otorga dos competencias que no se contemplaban en el Anteproyecto. Una, acertada, es que sea dicho órgano judicial quien apruebe la propuesta de ejecución, es decir, el plan de ejecución de la pena –art. 13.4 R.D.–. La otra es sencillamente ilegal. En efecto, inopinadamente se atribuye al JVP el licenciamiento definitivo de la pena –liquidación definitiva de la pena lo llama el Real

Decreto, art. 24– en flagrante contradicción con lo establecido, como ya hemos señalado, en el art. 17. 3 de la LOGP que otorga la competencia para tales licenciamientos a los Tribunales sentenciadores. Nueva evidencia de la confusión en que está sumido, también, el titular de la potestad reglamentaria.

- b) El art. 78 de la LOGP le atribuye una competencia nada desdeñable: si como consecuencia de los límites establecidos en el art. 76 –a saber, 20, 25 ó 30 años, o triple de la mayor pena impuesta, según los casos– la pena a cumplir resulte menor que la mitad de la pena total impuesta, el Tribunal sentenciador puede acordar que el cómputo del tiempo para disfrutar de los beneficios penitenciarios y de la libertad condicional se realice sobre la totalidad de aquélla. Pues bien, en tal caso, el JVP puede acordar, valorando las circunstancias del penado y su evolución, que tal pronunciamiento quede sin efecto, es decir, que el penado cumpla conforme al régimen general del art. 76.

b) Medidas de seguridad.

No corresponde explicar ahora el régimen jurídico de las medidas de seguridad, ni la regulación sustantiva que de ellas hace el nuevo CP. Me limitaré, pues, a exponer las funciones –mejor que competencias, por lo que diré a continuación– que el texto legal atribuye a los JVP en relación con estas medidas.

Si hasta ahora he vertido críticas acerbas respecto de la reforma, la regulación que el CP de 1995 hace de las medidas de seguridad es el paradigma de la confusión, carente de un mínimo criterio estructural, de medios y de fines, que no otra cosa es la eficacia, que irremediamente está abocado al fracaso o, lo que es todavía peor, a la burocratización, ocultándose la realidad llana y las posibilidades de incidir en ella, bajo una montaña de papeles inútiles como, por cierto, tantas veces hemos logrado en nuestra Historia.

Como se recordará, el art. 94.1 de la LOPJ encomendaba a los JVP la ejecución de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. El CP, por el contrario, atribuye a estos Juzgados funciones que hasta ahora no habían sido las propias de los órganos jurisdiccionales ya que les priva de la facultad de decidir y les otorga únicamente la de proponer, como si se tratara de un Juzgado adjunto –o de un Asistente Social más o menos cualificado– al servicio del Juzgado o Tribunal sentenciador que es quien conserva o retiene las funciones propias de un órgano decisorio.

En efecto, el Tribunal sentenciador (art. 97. pár.1º CP) puede acordar el cese, sustitución o suspensión de las medidas acordadas en la sentencia –cualquiera que éstas sean, privativas o no privativas de libertad– mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del JVP. Cuál sea el carácter de esa propuesta –vinculante o no–, cuál sea ese procedimiento, quién lo inicia, cómo conoce el JVP la conveniencia de elevar esa propuesta, quién sea el competente para elevarla –¿cabe pensar que el Tribunal sentenciador pueda “escoger” el JVP que considere oportuno?–, éstos y otros múltiples interrogantes, es algo que permanece en el arcano más absoluto.

Pero hay más; el JVP está obligado a elevar a dicho Tribunal, anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las medidas que sean privativas de libertad. Tal obligación entraña una especie de sometimiento, lo que es absolutamente inadmisibles en el caso de tratarse de un Juzgado de lo Penal, ya que son órganos de idéntica jerarquía.

Otra cuestión que se plantea es de qué medios va a disponer para contrastar los informes que le vengan dados por los facultativos que asistan al sometido a la medida. El art. 98 del Código penal se refiere, es cierto, a que el JVP podrá ordenar otras actuaciones, pero en tal caso ¿quién satisfará los costes de las que ordene?

Otro enigma sin resolver radica en las instituciones que deberán acoger a los sometidos a medidas privativas de libertad (art. 96.1 y 101 a 104 CP). No se ha determinado si los JVP tendrán facultades de control o inspección sobre estas instituciones, cuestión que se complica si se trata de centros privados.

Otrosí digo, por si no fuera bastante, el JVP –o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración autonómica y, por supuesto, nadie se ha ocupado de decir cuándo debe actuar aquél o éstos– tiene que informar al Tribunal sentenciador también sobre el cumplimiento de las medidas no privativas de libertad (art. 105 in fine).

Y para concluir con el mismo nivel de desvarío con el que empezó el CP la regulación de la fase ejecutiva de las medidas de seguridad, respecto de una concreta medida no privativa de libertad, la denominada “custodia familiar”, de nueva creación, se dice que se ejercerá por el familiar “en relación con el JVP”. No se me alcanza en qué pueda consistir esa relación, de modo que sea útil.

Porque ésa es la cuestión. La utilidad, la eficacia que pueda tener para sus destinatarios, que son los únicos que importan, el inmenso tinglado que se ha creado.

Por todo ello, las únicas conclusiones de las “Jornadas de Vigilancia Penitenciaria” celebradas en Madrid los días 27 y 28 de Enero del año en curso, respecto de las Medidas de Seguridad, fueron éstas:

“Primera. Solicitar la modificación de las normas reguladoras de las competencias atribuidas por el CP 95 al JVP y, en general, de la intervención de dicho órgano jurisdiccional en la ejecución de las Medidas de Seguridad. Se adoptó por unanimidad.

Segunda. En todo caso, solicitar la supresión de las competencias de los JVP en las Medidas de Seguridad no privativas de libertad. Se adoptó por unanimidad”.

5. Competencias derivadas del Reglamento Penitenciario de 1996

Se hallan dispersas a todo lo largo y ancho de su articulado –el JVP es citado en 46 artículos– y se recogen tanto las citadas en la LOGP como otras diferentes, por ejemplo, todo lo relativo a la intervención de comunicaciones, la aplicación de los medios coercitivos, la aplicación de tratamiento penitenciario mixto, etc. Y se regula la intensidad de su intervención o competencia de modo distinto y bajo distintas denomi-

naciones: al JVP se le da cuenta, se le comunica, se pone en su conocimiento, se le remite y también el JVP autoriza, aprueba, etc. Cualquiera que sea la categoría jurídica o la denominación que se dé a su intervención, ésta puede ser siempre activa en la medida que supone la fiscalización del acto administrativo. No hay, pues, ningún momento de la intervención del JVP en el que no pueda reaccionar mediante la resolución oportuna.

6. Competencias derivadas del Derecho Transitorio del Código Penal y del Reglamento Penitenciario

a) Disposiciones Transitorias del Código Penal.

En poco afectan al JVP. Estas disposiciones encomiendan la revisión de las sentencias, en la comparación del derecho derogado y el nuevo, para hallar la ley más favorable –D. Tª Primera– a los Tribunales sentenciadores, “los que estén conociendo de la ejecutoria”, que deberán hacerlo, en el caso de un penado con varias causas, uno por uno, desenlazando las condenas enlazadas por el art. 70.2 del CP derogado o del art. 59 c) del RP de 1981, aplicando a cada una de ellas todas sus vicisitudes –indultos parciales y redención de penas, ignorándose si en la liquidación provisional que han de realizar los Directores de prisión (D. Tª Tercera CP) se ha de incluir la extraordinaria o sólo la ordinaria–. Ello no obstante, entiendo –en contra de lo que he sostenido en anterior ocasión– que las reclamaciones que los internos formulen sobre la aplicación de las redenciones deberán ser resueltas por los JVP, y sólo sobre la base de las resoluciones que éstos dicten podrán actuar los sentenciadores. Naturalmente que esto complica aún más la situación, pero otra interpretación conduciría al dislate de que el órgano competente para proveer sobre las redenciones –el JVP– sufriría una baja temporal en sus competencias, para reasumirlas después si el Tribunal sentenciador opta por la aplicación al penado del CP derogado.

Menor problema crean las medidas de seguridad en el transitorio –D. Transitoria 10ª–. Dada la derogación práctica de la Ley de 1970 por las Sentencias del Tribunal Constitucional que indiqué antes no hay en España nadie sometido a medidas de seguridad, al menos privativa de libertad.

b) Disposiciones Transitorias del Reglamento Penitenciario de 1996.

El apartado Cuarto de la D. Tª Primera del texto definitivo del RP contiene la única referencia expresa al JVP. Se trata de un párrafo nuevo, que no se contemplaba en el Anteproyecto, y es que, para general sorpresa, una vez establecido el orden de cumplimiento de las distintas condenas –que se establece en el mismo apartado Cuarto: primero se cumplirán las que hayan de ejecutarse conforme al CP derogado y después las del nuevo, en ambos casos por el orden de su respectiva gravedad– el Director del Establecimiento “lo pondrá en conocimiento del JVP a los efectos oportunos”. Y como siempre, se desconoce cuáles sean tales “efectos oportunos”. ¿Ha de entenderse que sólo para conocimiento o también para su aprobación o rechazo?. ¿Cabe recurso del interno ante este órgano judicial? Si cabe, ¿cuál será su ámbito objetivo?

7. Competencias excluidas

Para concluir, una referencia a aquellas materias excluidas de la competencia de los JVP.

- a) El licenciamiento definitivo, a tenor del art. 17 LOGP, que corresponde al Tribunal sentenciador, excepto, como vimos más atrás, en la pena de arresto de fin de semana.
- b) La liquidación de condena, que corresponde también al órgano citado.
- c) La aplicación del art. 76 CP (antiguo art. 70.2), es decir la refundición de condenas, que corresponde, según la Jurisprudencia más reiterada, como dije, al último Tribunal sentenciador.
- d) La clasificación en grado de tratamiento, la clasificación de los internos en el interior del Establecimiento, los destinos y traslados de Centro.
- e) Revisión de los actos de la Administración Penitenciaria no expresamente atribuidos a la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria, que correspondería a la Contencioso-administrativa.
- f) Las cuestiones relativas a la “relación laboral especial penitenciaria”, regulada pormenorizadamente en el RP (arts. 132 y ss. especialmente el 134.4 y 5), que corresponden a la Jurisdicción Social.
- g) La ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad que, si bien su gestión se encomienda, sorprendentemente, a la Administración Penitenciaria, se sustrae, sin embargo, de la Jurisdicción de Vigilancia, para residenciar el control de su ejecución en el Tribunal sentenciador.

III. EL AFÁN

Hasta aquí, se ha procurado describir la realidad normativa. Pero es a partir de aquí, de esa descripción de la legalidad, cuando empieza lo que hemos denominado el “afán” y su contrario, el “desaliento”.

Y, en efecto, la actuación diaria del titular de un Juzgado de Vigilancia Penitenciaria –al menos, de quien esto escribe– vive en esa tensión. Porque son muchas, y de clase absolutamente diversa, **las dificultades a que debe enfrentarse**.

- Es cierto que, en sus competencias, es omnímodo, pero ¿cómo decidir?, o mejor dicho, ¿cuál es el proceso de toma de decisiones que debe seguir?, en definitiva ¿cómo “acertar”, entendiendo por tal el proporcionar el mayor bien posible al privado de libertad y, a la vez, provocando el menor riesgo social? Porque resulta que, en el fondo, sus decisiones son meramente voluntaristas, el producto de su voluntad: carece no sólo de una formación profesional –técnica– específica para resolver, y aun para abordar, las cuestiones que se le someten; es que no dispone tampoco de peritos que le ilustren, que le auxilien, en definitiva, que sometan a contradicción las opiniones de los órganos propios de la Administración Penitenciaria, señaladamente las Juntas de Tratamiento. Continúa dependiendo, pues, de los criterios de tales órganos, viviendo en una

espiral diabólica: si resuelve conforme a lo propuesto, ¿para qué sirve?; si no lo hace, ¿por qué y con qué criterios?

- Sobre esta dificultad “pericial” planea, además, la dificultad de ejercer las funciones de control de la Administración y de garantía de derechos con unos referentes normativos que, por un lado, no trazan una línea clara entre las competencias administrativas y las judiciales y, por otro, están preñados de potestades discrecionales en sentido estricto, conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidades técnicas, no siempre fácilmente discernibles ni siquiera con las ya depuradas técnicas iusadministrativistas de control tanto de los elementos reglados de la potestad –desviación de poder y control de los hechos determinantes– como de los discrecionales –interdicción de la arbitrariedad y sumisión a los principios generales del derecho–. Y ello cuando no se pretende del Juez que actúe bajo una suerte de criterio adivinatorio: repárese en que buena parte de la actuación jurisdiccional se refiere a la previsión de conductas futuras (“probable quebrantamiento o comisión de nuevos delitos” y “repercusión negativa” respecto de los permisos de salida, cfr. art. 156 RP; “pronóstico favorable de reinserción social” en sede de libertad condicional, cfr. art. 90.3^a CP, etc.).

Aunque bien pensado, qué mayor perplejidad que no disponer de una norma procesal diecinueve años después de promulgada la LOGP.

- No facilita en manera alguna este panorama el hecho de que corresponda a la Administración la ejecución de las resoluciones judiciales –con la ya advertida maleable frontera competencial– con las subsiguientes consecuencias si no de desobediencia frontal sí, al menos, de “reticencia”: traslado de internos, retrasos en la remisión de lo pedido o en la ejecución de lo acordado, extravíos inevitables, y un etcétera tan largo como sencillo de advertir (me apresuro a afirmar que, en general, no es ésta mi experiencia personal, pero la mera posibilidad es suficiente). Mucho menos lo hace la errática jurisprudencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, cuyos criterios de atribución competencial permanecen, a mi juicio desde luego, en el arcano absoluto, sin posibilidad alguna de establecer una línea segura de pensamiento.

Pero no siempre la “culpa” de todos los males que aquejan a la Jurisdicción de Vigilancia es “del otro”. **También sus integrantes son responsables.** En efecto,

- La Jurisdicción no tiene capacidad para dar respuesta a todos los problemas que se plantean a los privados de libertad: los sin duda abundantes aprietos de todo orden –económicos, asistenciales, prestacionales, sanitarios, educativos, etc.– que se plantean a su entorno familiar no pueden ser siquiera abordados por órganos que tienen como misión la aplicación del Derecho al caso concreto. Son otros órganos y servicios del Estado, cualquiera que sea su nivel –Central, Autonómico o Local–, incluida desde luego la asistencia social penitenciaria, quienes deberán atender y solventar tales necesidades.
- En íntima relación con lo anteriormente expuesto, esta Jurisdicción ha sufrido –sería mejor decir fomentado– una suerte de exacerbación de peticiones y quejas y, por ende, una expansión de la propia competencia que no está

justificada. En efecto, una cosa es el control de legalidad y la tutela de derechos y otra, muy diferente, que cualquier acto, situación, decisión o manifestación que se produzca intramuros de una prisión, cualquiera que sea su contenido y relación con el ejercicio de un derecho, requiera examen primero y respuesta después de un órgano jurisdiccional: fuera de las prisiones, múltiples actos de cualquiera de las Administraciones Públicas por su escasa, nula o irrelevante afectación de la esfera jurídica de los administrados, queda sin aquel examen y respuesta.

Otras, en fin, no tienen solución

- La reiterada falta de pruebas, derivada tanto del denominado “Código del recluso” como del carácter cerrado de las Instituciones Penitenciarias.

Ciertamente, se hace muy difícil formar convicción de un hecho –tanto si es verdadero como si es rotundamente falso– cuando frente a la investigación judicial se alza un muro de silencio difícilmente franqueable.

- Y, en fin, el fracaso: la libertad condicional, incluso por enfermedad, que hay que revocar, los permisos que hay que suspender, las sanciones que hay que ratificar, las regresiones de grado que no se pueden corregir, los contratos conductuales, que han podido servir de base para una decisión que se creyó positiva, incumplidos; y, en el extremo, la reincidencia ... y hasta la muerte. Esta es, sin lugar a dudas, la cara menos amable, más descarnada del sistema penitenciario.

IV. MINORIAS Y PRISIÓN

En el contexto legal y real, del deber ser y del ser que acabamos de describir, especial consideración merece el fenómeno de las **minorías** precisamente porque sus integrantes son “los más débiles entre los débiles”, los más vulnerables.

Sin pretensiones de cientificidad –de nuevo, carezco de títulos para ello– entiendo por Grupo Minoritario aquel que, dentro de una comunidad o grupo social con mayor poder coactivo, desarrolla o intenta desarrollar su personalidad con unidad de comportamiento por una tendencia cultural, étnica, religiosa, idiomática o política, y en torno a la cual organizan y constituyen una interpretación de la existencia.

Dos notas distinguen estos Grupos. La primera, que no son inocuos o neutrales: las relaciones con el grupo dominante son con frecuencia tirantes, pudiendo degenerar en fuertes conflictos. Y, la segunda, que, como consecuencia de lo anterior, frente al conjunto de actitudes consistentes en la identificación de grupo por parte de los que pertenecen a él, se alza el prejuicio y la correspondiente discriminación en el comportamiento por parte de los que no pertenecen a él. Discriminación que en el ordenamiento constitucional español, obviamente, se rechaza con rotundidad: arts. 1, 9.2, 10, 13 y 14 CE. y, desde luego, el 25.2, regulador de la pena privativa de libertad, no la admite.

¿Quién puede merecer el calificativo de **minoría** en un centro penitenciario? A mi juicio, que reúnan las características señaladas y respondan a la definición expuesta, sólo un grupo, el de **extranjeros**.

Ciertamente, hay otras posibilidades de agrupamiento y, por ende, de discriminación. Sin embargo, y hablo exclusivamente desde mi experiencia personal, estas otras formas no se producen o, por mejor decir, si se producen no se anudan a ellas consecuencias desfavorables.

En efecto, el *hecho religioso* está a cubierto no sólo legal –cfr. art. 54 LOGP– y reglamentariamente –cfr., por ej., art. 118 (formación y educación), 226 (alimentación) y 230 (libertad religiosa) RP– sino en el plano de la realidad; del mismo modo, el *sexual*, si bien con algunas vacilaciones referidas al vestido en los transexuales, que también reivindicaban que los tratamientos hormonales les sean facilitados gratuitamente –tal pretensión es, hoy, inaceptable, por no estar cubiertos por el sistema público de salud–. En todo caso, se permiten tanto las visitas íntimas homosexuales, como la convivencia intracelular en la medida que no se produzcan alteraciones del orden. En cuanto a *la raza*, nos remitimos a cuanto se expone a continuación, con excepción de la etnia gitana. La idiosincrasia peculiar de este Grupo, su modo de vida, permite afirmar que no sufren mayor discriminación –o autoexclusión del Grupo dominante– que la que padece fuera de la prisión.

El único grupo minoritario es, pues, el de “*extranjeros*” en general, sin perjuicio de que algunos lógicamente se agrupen en etnias o por grandes sectores geográficos. Señaladamente se pueden establecer tres grupos: magrebíes, sudamericanos y con menor cohesión interna, los internos de raza negra (subsaharianos).

Pues bien, a esta situación de extranjería sí se anudan consecuencias desfavorables por parte de la Administración Penitenciaria.

- a) En primer lugar, respecto de la **libertad condicional**. La Administración Penitenciaria es muy remisa a la hora de proponer el ejercicio de este derecho a extranjeros, prefiriendo en todo caso el cumplimiento de este periodo en el país de residencia. Preferencia que se convierte en unanimidad cuando se trata de extranjeros sin residencia legal en España, concurra o no el decreto gubernativo de expulsión.

En mi opinión, sin embargo, no existe dificultad alguna en concederla, si el extranjero reúne los requisitos necesarios para ello, aun cuando se halle en situación de ilegalidad en territorio español y se encuentre en trámite o ya decretada la expulsión gubernativa. Y ello por entender que, por hallarse condenado y estar cumpliendo condena, su estancia en territorio español es legal. Al menos, la Audiencia Provincial de Madrid, en el Auto de la Sección Cuarta, de 21 de Junio de 1996, parece seguir el mismo criterio.

La posible colisión con la resolución de expulsión adoptada por un Juzgado o Tribunal sentenciador, dictada en aplicación del art. 89 CP, debe resolverse, también en mi opinión, de modo que dichos órganos sólo podrán acordar eficazmente la expulsión en tres casos: 1. que la acuerde en la sentencia como medida sustitutiva de la pena; 2. que no exista un pronunciamiento previo del JVP autorizando el cumplimiento de la LC en España; y 3. que aun existiendo tal pronunciamiento el JVP autorice la expulsión en virtud de causas sobrevenidas que no hayan supuesto la revocación.

La prevalencia de la resolución del JVP se justifica en la configuración de este órgano como Juez de ejecución de penas y, consiguientemente, más próximo

a la realidad personal del penado y a la evolución y resultados del tratamiento penitenciario, extremos todos ellos absolutamente desconocidos de los órganos sentenciadores. Por la misma razón entiendo que incluso el pronunciamiento del JVP, en el sentido indicado, posterior a la resolución del sentenciador, al amparo del art. 89, debería enervar ésta.

Por último, me permito hacer una llamada especial de atención sobre este tema por cuanto, desde la vigencia del Convenio de Schengen, la expulsión de España supone la de todo el espacio afectado por dicho Convenio, que es la práctica totalidad de la Europa comunitaria.

Y en cuanto a la modalidad de Libertad condicional anticipada ex art. 91 CP, tampoco debe entrañar ninguna dificultad por todas las razones expuestas. El problema puede plantearse, sin embargo, porque el art. 89.1 CP se refiere exclusivamente a las 3/4 partes de cumplimiento y no a los 2/3, que es el límite de la anticipada. Entiendo, sin embargo, que es posible a pesar del art. 4.1 CP porque, en primer lugar, esta clase de Libertad Condicional no es más que una modalidad, un subgénero de la general, de modo que puede entenderse, a estos efectos, subsumida en aquélla y, en segundo, porque esta suerte de analogía no sería odiosa al reo.

b) Los permisos de salida

No es pertinente explicar aquí su régimen jurídico. Baste, pues, señalar que pueden denegarse por diversos motivos, entre otros, cuando resulte probable que el interno vaya a quebrantar la condena o a cometer nuevos delitos.

Y tal probabilidad resulte de: su peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o existan “variables” cualitativas desfavorables.

Son estas últimas las que merecen un comentario especial.

Tras un trabajo estadístico y sociológico de la entonces Secretaría de Estado y la Universidad Complutense, ciertamente encomiable, dictó aquélla la Circular 1/1995 que derogó todas las anteriores –entre ellas la de 3 de Noviembre de 1988, de triste memoria–. Pues bien, en esta Circular se establece una serie de circunstancias, la denominada **Tabla de Variables de Riesgo –T.V.R.–**, validadas estadísticamente, que influyen o pueden incidir en el éxito o fracaso de un permiso de salida que se complementa con la **Tabla de Concurrencia de Circunstancias Peculiares –T.C.C.P.–**, asimismo validadas y que no afectan a objeto de estas páginas. Son las siguientes:

T.V.R.

- 1º. Extranjería.
- 2º. Drogodependencia.
- 3º. Profesionalidad.
- 4º. Reincidencia.
- 5º. Quebrantamientos.

6º. Artículo 10 LOGP.

7º. Ausencia de permisos.

8º. Deficiencia convivencial.

9º. Lejanía del lugar de residencia.

10º. Presiones internas.

Cada una de estas variables, que se definen en la Circular, se puntúan en función de su presencia o ausencia, cuya suma arroja un resultado numérico porcentual.

Sin perjuicio de su validación estadística, fiable sin duda, en mi opinión dos son profundamente injustas, y otra que introduce una discriminación no razonable. Las dos primeras son la ausencia de permisos y la lejanía del lugar de residencia porque ninguna de las dos dependen, durante el cumplimiento de toda su condena, de la voluntad del interno, y no parece razonable poner en su “debe” algo que le es ajeno y que podría evitarse por una decisión de la Administración que se las imputa como circunstancia negativa. La discriminatoria es la de extranjería. Ni la LOGP ni el RP contemplan esta circunstancia del penado como un desvalor o como causa de denegación de permisos. Y de aplicarse a sangre y fuego, como de hecho se aplica, muy pocos extranjeros podrían salir de permiso. Hay que decir, sin embargo, que el índice de quebrantamientos de extranjeros es muy elevado –y mi experiencia personal es muy amarga–, pero ello no hace sino complicar la decisión última, no tanto de la DGIP que como órgano administrativo cumple con aplicar el criterio de oportunidad, cuanto la del JVP o de la Audiencia Provincial, que por imperativo constitucional deben aplicar el principio de legalidad.

FRANCESCO CARRARA

El mundo jurídico viene conmemorando el centenario de la muerte de Francesco Carrara, “El sumo maestro del Derecho Penal”. Ni antes, ni después de él, esa área jurídica llegó a alcanzar las dimensiones que le dio el sabio profesor de Pisa. Lo que él legó a la humanidad en ese campo constituye la mayor riqueza de pensamiento recibida por la ciencia de los delitos y de las penas. Por ello quedó su nombre grabado en la conciencia universal con caracteres eternos de veneración y culto a su memoria...

...Por lo que se refiere a su obra científica, ella tiene toda la majestuosidad de una obra de arte. Apasiona al jurista, por la profundidad y vigor del pensamiento, por la armonía de las ideas, por la esbeltez y claridad del estilo, aflora en ella unas veces el filósofo, en otras el penalista consumado, siempre el solícito pensador sobre los grandes problemas de las disciplinas jurídicas y criminológicas. Por eso, Zanardelli, el ministro de justicia de Italia, dijo al inaugurar su monumento en el cementerio de Pisa refiriéndose a su “Programa de Derecho Criminal”: “Y este edificio, por su solidez, por la armónica proporción de sus partes, por su exacta correspondencia a las necesidades de la vida social, se impone a la admiración de todos y constituye tributo precioso aportado por él a la obra de la civilización”...

...A un siglo de su muerte sigue iluminando los ásperos caminos del derecho penal, porque hizo derivar el fundamento de sus postulados, en la ley eterna del orden y en el respeto por la libertad y dignidad de la persona humana. Con razón la posteridad le otorgó el honoroso título de ser el Miguel Ángel del derecho penal.

Hernando Londoño Jiménez, *Los inmortales*, Grafoprint, Medellín (Colombia), 1998, pp. 81 s.