LA LEY PENAL Revista de Derecho Penal Procesal y Penitenciario
Número 13 - AÑO II – 2005 Febrero

Legislación aplicada a la práctica

Las nuevas funciones de vigilancia penitenciaria en la LO 15/2003, de modificación del Código Penal

Por Juan Manuel Fernández Aparicio
Fiscal de Vigilancia Penitenciaria de Jaén. Doctor

La Ley Orgánica 15/2003, de modificación del Código Penal, ha pretendido clarificar la difícil línea divisoria entre las competencias del tribunal sentenciador y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, optando por ampliar el papel de éste, y reforzar los mecanismos de coordinación entre ambos.

SUMARIO:

- **I. Introducción.**
- **II. La atribución al Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.**
- **III. Las nuevas competencias en abono de la prisión preventiva.**
- **IV. Demencia sobrevenida.**
- **V. Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales.**
- **VI. Mantenimiento del papel colaborador del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) en la ejecución de las medidas de seguridad.**
- **VII. Efectos de la desaparición de los arrestos de fin de semana en el ámbito penitenciario.**

I. INTRODUCCIÓN

El legislador apresurado de finales de 2003 ante la cercana cita electoral del día 14 de marzo de 2004 aprobó sin duda la reforma más importante que ha sufrido el denominado Código Belloc. En efecto la LO 15/2003, de 25 de noviembre (1) de modificación de la LO 10/1995 por la que se aprobó el CP vigente supone un replanteamiento de nuestra norma punitiva por lo que no sólo se va a modificar la parte especial de nuestro Derecho Penal con la introducción de nuevos tipos o modificación de los existentes sino que también se va reformar la parte general del CP y en esta parte general donde nos debemos de centrar para encontrar las novedades que en materia de derecho penitenciario se han realizado. Aunque el legislador no hace referencia en la exposición de motivos como veremos a continuación la LO 15/2003 supone el colofón a las reformas operadas por las LO 5/2003, 6/2003 y 7/2003.

No era intención del legislador añadir una reforma más al ámbito penitenciario pero que duda cabe que al introducir importantes modificaciones en la parte general del CP iba a incidir en la ejecución de la pena y por tanto en el papel del juzgado de vigilancia penitenciaria. Así la supresión de los arrestos de fin de semana es un mérito imputable al ámbito penitenciario donde se ha evidenciado la dificultad de lograr el efectivo cumplimiento de la pena no quedando claro hasta dónde llegaba el papel del juez sentenciador y donde comenzaba el rol del juzgado de vigilancia penitenciaria.

Esta reforma pretende clarificar la difícil línea divisoria entre las competencias del tribunal sentenciador y la del juzgado de vigilancia penitenciaria (en adelante JVP). El legislador ha optado por ampliar el papel del JVP y reforzar los mecanismos de coordinación entre ambos juzgados a fin de evitar que la indefinición de competencias en la ejecución de una pena pueda provocar una impunidad indeseable y constatar una vez más que el delincuente sabe buscar y beneficiarse de las fisuras de nuestro sistema garantista de derechos. Por consiguiente el común denominador es la ampliación de la competencia del JVP a costa de desapoderar a los tribunales sentenciadores.

Veamos cada una de las novedades:

a) En materia de trabajos en beneficio de la comunidad.
b) En materia de abono de prisión preventiva.
c) En materia de suspensión de la ejecución por demencia sobrevenida.
d) En materia de libertad condicional de internos en peligro de muerte.
Por último haremos referencia a los efectos que la desaparición de la pena de arrestos de fin de semana está provocando en el ámbito penitenciario. Igualmente haremos una brevísima alusión al papel que sigue desempeñando en la ejecución de las medidas de seguridad.

II. LA ATRIBUCIÓN AL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (JVP) DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Se modifica el art. 49 CP, que queda redactado como sigue:
«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:
1.ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.
2.ª No atentará a la dignidad del penado.
3.ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.
4.ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.
5.ª No se supeditará al logro de intereses económicos.
6.ª Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, 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 art. 468.
7.ª Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto».

La novedad primordial descansa en la traslación de la ejecución del tribunal sentenciador al JVP, lo que supone también trasladar los problemas que esta pena estaba generando a los tribunales sentenciadores. Sin embargo los problemas en los distintos JVP van a ser cuantitativamente mayores. Pues no olvidemos que el efecto práctico de la desaparición de los arrestos de fin de semana va a ser la potenciación de los trabajos en beneficio de la comunidad. La alternativa a la prisión o es la pena de localización permanente sólo aplicable a las faltas o es la pena que estamos comentando. En efecto el art. 88 CP prevé la sustitución de penas hasta un año de prisión por multa o trabajos en beneficio de la comunidad equivaliendo el día de prisión a un día de trabajo. Y el art. 53 CP establece que

la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa o se cumple como tal o sólo cabe sustituirla por trabajos en beneficio de la comunidad o por localización permanente pero en este último supuesto sólo para las faltas. La pretendida novedosa pena de localización permanente que en mi opinión no es más que los viejos arrestos menores domiciliarios del CP de 1973 es una pena leve mientras que la pena en trabajos en beneficio de la comunidad es una pena leve y también es una pena menos grave.

Si es una novedad que el art. 49 CP incorpore el régimen jurídico de su incumplimiento al que después haremos referencia. Pese a todo las lagunas son considerables por las características de esta pena que se asemeja al trabajo en la prisión pero a diferencia de éste que está plenamente regulado (2) esta pena sólo se regula en el CP y en el Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las Circunstancias de ejecución de las Penas de Trabajo en Beneficio de la Comunidad y Arresto de Fin de Semana (3).

La dificultad de ejecución nace de la propia voluntariedad de la pena. Si leemos el texto punitivo no encontraremos un solo delito o falta que sólo se castigue con trabajos en beneficio de la comunidad. La razón es bien sencilla; si la generalidad de las penas no requiere la conformidad del reo para su ejecución, ésta sí. El art. 25 CE proscribe los trabajos forzados. El medio para evitar incurrir en inconstitucionalidad es precisamente recabar el consentimiento del penado como nos recuerda este art. 49 CP, el art. 53 CP y el art. 88 CP. Este consentimiento deberá ser recabado por el tribunal sentenciador que quien como pena principal o como sustitutiva de la principal la impone. Por tanto en mi opinión no es competencia del JVP recabar este consentimiento.

Pero habiendo consentido el penado ¿le son aplicables las excepciones a la obligación de trabajar previstas en el art. 133.2 RP? En concreto exceptúa de la obligación de trabajar a quienes:

a) Sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.

b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.

c) Los mayores de 65 años.

d) Los jubilados.

e) Las encintas, con motivo de parto, durante 16 semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple a 18 semanas, distribuidas antes y después del alumbramiento a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

f) Los internos que no pueden trabajar por fuerza mayor.

Considero que ante este vacío normativo caben dos opciones entender que el condenado valorará su propia capacidad para trabajar y que por tanto no le son aplicables estas excepciones o bien que les resulta de aplicación. En esta disyuntiva me inclino por la primera por cuanto el precepto está redactado para realizar cualquier actividad aun aquellas que comúnmente no se consideran trabajo. Sin embargo reconozco que puede defenderse la tesis opuesta. El trabajo en beneficio de la comunidad que aunque es una pena no deja de ser un trabajo aunque muy especial ya que al no estar retribuido no entraría en el ámbito de las relaciones laborales ni como común ni como especial a diferencia del trabajo en la prisión. Pero es una prestación que requiere un cierto esfuerzo que se traduce en rendimiento máxime cuando el texto punitivo y reglamentario fijan una jornada (que tendrá una duración mínima de 4 horas y una duración máxima de 8 horas como se colige de los arts. 49 CP y 5.1 del RD 690/1996) y una obligación de rendimiento mínimo por debajo del cual podrá ser calificado como incumplimiento de pena. Desde esta óptica se aproxima al concepto penitenciario de trabajo y por consiguiente laboral también. Desde esta perspectiva no sería admisible que una persona que está declarada con invalidez absoluta se le someta a esta pena.

Aunque aparezca en el texto penal que el trabajo podrá consistir en actividades tendentes a reparar los daños o ayudar a las víctimas no por ello resulta novedoso pues esta previsión ya venía recogida en el art. 1 del RD 690/1996.

En el mismo sentido, aunque la exposición de motivos califica de novedosa la incorporación al texto punitivo del régimen de incumplimiento éste ya existía en el art. 8 del RD 690/1996 (4). Por consiguiente lo que se ha producido es una transmutación de la naturaleza de la norma; de reglamentaria a la Ley Orgánica. Únicamente se ha aclarado la causa 1.ª de incumplimiento considerando que bastará dos ausencias (5) injustificadas para poder ser considerado incumplimiento de pena luego quebrantamiento de condena.

No ha querido el legislador delimitar excesivamente la potestad del JVP al que se le deberá comunicar todo cuanto afecte a la ejecución de la pena y especialmente las causas que aparecen recogidas en el propio artículo 49 CP y que pueden provocar la consideración por el JVP de que la pena no se ha cumplido. Estas en concreto son:
«a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.
b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.
c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.
d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro».

Nótese que el JVP tiene ante estas circunstancias una triple opción; ordenar a Servicios Sociales penitenciarios que se siga cumpliendo la pena en ese mismo centro de trabajo, ordenar que se cumpla en otro centro y finalmente calificarlo de incumplimiento y deducir testimonio por quebrantamiento de condena del art. 468 CP. Esta amplia discrecionalidad del JVP va ser semillero de litigiosidad pues ante casos muy parecidos habrá JVP que directamente lo consideren incumplimiento y otros que le facilitará al reo una segunda oportunidad. Parece que lo aconsejable es esta segunda opción previa advertencia de que podría incurrir en nuevas responsabilidades penales si persiste en su aptitud. Muy probablemente se actúe de forma similar a como se ha actuado respecto a la fenecida pena de arrestos de fin de semana. En este sentido se distinguirá si el condenado ha incumplido una pena principal o una impuesta por sustitución en base al art. 53 y art. 88 del CP. Si es una pena sustituida el JVP podrá considerar que el penado no desea cumplirla y que por tanto lo comunicará al sentenciador para que éste le haga cumplir la pena original.

Obviamente no es incumplimiento si la ausencia está justificada lo que planteará nuevos problemas prácticos al JVP y como bien indica el art. 49 *in fine* lógicamente no se considerará cumplida la pena respecto a esas jornadas.

III. LAS NUEVAS COMPETENCIAS EN ABONO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Para una mayor comprensión del alcance de la reforma reproduzcamos el art. 58 CP, que queda redactado como sigue:
«1. 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.
2. 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.
3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente».

Este precepto aborda la espinosa cuestión del abono de la prisión preventiva en otra causa distinta a la que la provocó. Desgraciadamente las últimas reformas procesales parecen abocar a un incremento de esta problemática institución cuya adopción debe ser excepcional como ya indicó el Marqués de Beccaria (6). El precepto recuerda que debe optarse por la reparación *in natura* quedando como subsidiaria la indemnización económica. Ya el TS en sentencia núm. 6591 de 2 de julio de 1993 había indicado:
«En estos casos parece lo más razonable reconocer, en beneficio del reo, la posibilidad de computar en otros procesos diferentes ese tiempo anterior de privación de libertad, todo ello de acuerdo con lo que puede considerarse como un principio general de derecho, de común aplicación a las diversas ramas jurídicas, en virtud del cual, cuando un mal se produce, su reparación ha de realizarse con prioridad de forma específica, de modo que sólo ha de acudirse a la solución de la indemnización pecuniaria subsidiariamente, es decir, sólo cuando no haya otra posibilidad de compensar ese mal de otro modo más adecuado a su propia naturaleza».
Resulta criticable que el legislador no haya incorporado las correcciones que la doctrina y la jurisprudencia han venido señalando. Como bien indica Piñol Rodríguez (7) la limitación contenida es injustificada. En efecto ha quedado sin resolverse el problema de los hechos coetáneos o producidos en la ignorancia de que se haya dictado una sentencia absolutoria. Así el individuo que comete un hecho un día después de haber sido absuelto o condenado a pena inferior a su preventiva no podrá abonar esta preventiva aunque desconociera el contenido absolutorio del fallo. Resulta evidente que lo que el legislador proscribe es que a sabiendas de que tengo una preventiva que abonar puedo cometer un nuevo delito como si tuviese una especie de «cuenta corriente penal».
Por tanto la jurisprudencia correctora del art. 58 CP sigue estando vigente y que propugna un criterio del conocimiento sobre un criterio puramente cronológico. De este tenor es la STS 808/2000, de 11 de mayo cuyo fundamento jurídico 4.º afirma literalmente así:
«En beneficio del reo ha de tenerse en cuenta este criterio en pro de una interpretación legal con la que pueda autorizarse ese abono incluso más allá de los términos literales expresados en el citado art. 58.1. Ha de permitirse el abono referido en casos de hechos delictivos cometidos con posterioridad al ingreso en prisión, siempre que esos hechos delictivos, por los que en definitiva ha de cumplirse la pena, sean anteriores a la fecha en que el reo tuvo conocimiento de la sentencia que le absolvió (o impuso pena menor a la prisión ya sufrida) en la causa en la que la prisión provisional fue acordada. Sólo a partir de este momento en que tal sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1 al que nos estamos refiriendo».

IV. DEMENCIA SOBREVENIDA

Se modifica en concreto el apartado 1 del art. 60 CP, que queda redactado así:
«1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código».

En la tónica de la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre se amplían de nuevo las competencias del JVP en detrimento del juzgado o tribunal sentenciador. Si la vieja LECrim. en los arts. 991 a 994 (8) regula el llamado incidente de demencia sobrevenida remitiéndose al CP cuyo art. 60 en su redacción originaria al igual que el texto rituario residenciaba en el tribunal sentenciador todo lo concerniente a este incidente en la ejecución de pena, el texto actual introduce por primera vez la intervención del JVP.
En efecto el JVP va a intervenir en todo el proceso, quedando sólo en manos del tribunal sentenciador la potestad de dar por extinguida la pena o acortarla por motivos de equidad y justificándose en la no consecución de los fines resocializadores de la pena. Así se mantiene esta potestad en el art. 60 *in fine* del CP lo que es lógico por cuanto un acortamiento de la pena es competencia del Tribunal que la impuso y nunca del JVP.

Lo primero que hay que indicar es que estamos ante una norma procesal en un texto sustantivo. Por tanto debe aplicarse está atendiendo a cuando se ha producido el hecho del trastorno mental grave y no a cuando se sucedieron los hechos por los cuales está penado y ello para saber cuál es el órgano competente para la resolución del incidente de demencia. Esto es si la demencia fue hasta el 30 de septiembre seguirá siendo competente el tribunal sentenciador y si por el contrario es con posterioridad a esta fecha es el JVP.

El primer dato a que debemos acudir es que el trastorno mental grave sea posterior a la firmeza de la sentencia y antes de la ejecución de la pena. Hay que distinguir tres supuestos como bien indica González Cano (9);
a) Enajenación mental del imputado, sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral; Conforme al art. 383 LECrim se mandará archivar provisionalmente la causa hasta que el imputado se restablezca. El problema nace de la imposibilidad de imponer por auto medida de seguridad (10) lo que obliga si queremos imponerle alguna medida deberá dictarse sentencia en donde se le imponga alguna de las medidas del CP.
b) Sobrevenida tras la firmeza de la sentencia condenatoria y durante la ejecución de la pena privativa de libertad. Por consiguiente el condenado está ya en prisión y la forma de proceder es conforme a los arts. 991 y siguientes de la LECrim. que con un lenguaje claramente decimonónico atribuye al tribunal sentenciador la facultad de suspender la pena a través de un procedimiento contradictorio y con intervención del fiscal.
c) Demencia sobrevenida después de la firmeza de la sentencia y antes de su ejecución. Éste es el supuesto del nuevo art. 60 CP y en donde intervendrá por primera vez el JVP.
Aclarado este extremo el JVP se enfrenta a la interpretación de la expresión «trastorno mental grave». Obviamente deberá basarse en informes médicos (forense). Serán estos especialistas los que informen si la patología sufrida por el condenado le impide conocer el sentido de la pena y por tanto lo incapacitación para su reeducación y resocialización. En caso positivo suspenderá la ejecución mediante auto ordenando que reciba la asistencia médica precisa. La imposición de medidas de seguridad es potestativa y estará en función de la necesidad de las mismas pero en ningún caso podrá ser más gravosa que la pena suspendida especialmente si se trata de una medida privativa de libertad.

También como novedad el art. 60.1 *in fine* CP impone la obligación del JVP de notificar al Ministerio Fiscal (11) esta situación para que proceda a instar su posible incapacitación. De todas las maneras aunque no existiera esta previsión legal el art. 757.3 de la LEC impone esta obligación a todas las autoridades que por razón de sus cargos conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona.

Aunque el precepto no aclara considero que el JVP deberá seguir la evolución del condenado para cerciorarse de la evolución de su patología psiquiátrica. Igualmente deberá ser el propio JVP el que ponga fin a la suspensión cuando considere restablecido al condenado y simultáneamente comunicárselo al Tribunal sentenciador a los efectos de lo previsto en el art. 60.2 CP. Por tanto para saber si acorta la pena o la da por extinguida por motivos de equidad y constatado lo contraproducente de su ejecución.

Si el condenado fuera incapacitado o la situación se prolongara indefinidamente en el tiempo el Tribunal sentenciador de oficio o a instancia de parte, o del propio JVP podrá previa comprobación de los plazos legales (art.133 CP) dar por extinguida la pena por prescripción.

V. LIBERTAD CONDICIONAL DE SEPTUAGENARIOS Y ENFERMOS TERMINALES

La LO 7/2003, de 30 de junio incluyó dentro del tercer requisito de la libertad condicional, esto es en la necesidad de contar con un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social un requisito que la práctica penitenciaria está configurado como un requisito autónomo, me estoy refiriendo a la necesidad de que el interno haya satisfecho las responsabilidades civiles o se haya constatado un esfuerzo en la consecución de ese objetivo en los términos previstos en el art. 72 LOGP. Sin embargo el legislador no fue consciente de que también llevaba este requisito a las llamadas libertades condicionales especiales lo que puede resultar en cierto modo perturbador. Y ello especialmente en la libertad condicional de enfermos muy graves o con padecimientos incurables. Ya que no debemos de olvidar que la justificación de esta modalidad de libertad condicional es totalmente distinto a la libertad tipo del art. 90 CP ya que estamos ante una libertad que se fundamenta en razones de tipo humanitario. Es decir al interno no se le prepara para su libertad sino que se le da ésta en atención a su especialísima situación ya que el mantenimiento del interno en prisión podría acercarse a un trato degradante o indigno incompatible con nuestro modelo de estado (12).

Aunque es cierto que tanto el art. 92 del CP como muy especialmente el art. 196 del RP (13) solamente dispensa a estos internos del requisito temporal de haber extinguido las 3/4 partes de su pena. Luego se exige que concurra la clasificación en tercer grado y la obtención de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social en donde se ha tenido que valorar la satisfacción o no de las responsabilidades civiles. Sin embargo el propio art. 72.5 LOGP, exige que se valore muy especialmente «las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera». Por tanto, es obvio que una persona de avanzada edad o que padece una enfermedad o patología generadora de invalidez o gran invalidez no se le puede exigir la satisfacción de la responsabilidad civil en igual de condiciones que quien es joven o goza de buena salud.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre ha querido completar el régimen de esa libertad condicional añadiendo un n.º 2 y 3 ya que el n.º 1 sigue inalterable y como se pude constatar lo que se ha hecho es traer del art. 196 del RP el contenido de aquel precepto si bien elevándolo en la jerarquía normativa.

De tal modo que el actual art. 92 queda redactado como sigue:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al juez de vigilancia penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el juez de vigilancia penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a

que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el art. 75 de la LOGP».

La novedad fundamental radica en la diferenciación de dos supuestos de libertad condicional:
a) La de septuagenarios y enfermos con padecimientos muy graves e incurables.
b) La de personas que estén en peligro de muerte como consecuencia de una edad avanzada o a causa de una enfermedad.
Al primer supuesto corresponde el n.º 1 y 2.º del art. 92. Por tanto son personas con más de 70 años o con graves e irreversibles enfermedades.
Al segundo supuesto corresponden las personas que se encuentran en peligro de muerte. Es cierto que no dice el precepto que la muerte pueda producirse de modo inminente pero está claro que para diferenciarlo del supuesto anteriormente comentado debemos llegar a esa conclusión. El peligro para su vida ha de ser «patente» luego no cabe un peligro posible o futuro.

Para la concesión de esta libertad condicional genuinamente basada en motivos humanitarios y pietistas. Los requisitos son:

a) Informe de dos especialistas médicos. No cualesquiera sino que la ley nos dice que han de ser elaborados por un médico forense y por los propios servicios médicos del CP. Considero que no podrán ser elaborados conjuntamente sino que han de ser dos diferentes. Si uno de ellos no considera que exista peligro para la vida del interno no se podrá obtenerse por esta vía la libertad condicional sin perjuicio de reconducirla al n.º 1 del art. 92.

b)Pronóstico final individualizado y favorable de reinserción social. Por tanto se prescinde del requisito temporal lo cual no constituye una novedad. Lo novedoso está en saber si el legislador ha querido prescindir de algún requisito más, ¿es necesario estar clasificado en tercer grado? La redacción es equívoca pero parece deducirse que sí. Si el interno estuviera en otro grado penitenciario habrá de progresarse de grado o clasificarlo en tercer grado y ello con la urgencia que las circunstancias del interno exigen.
En mi opinión el legislador tenía que haber vuelto al sistema diseñado en el art. 54 del Reglamento de los Servicios de Prisiones de 2 de febrero de 1954 que establecía «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años o la cumplan durante la extinción de la condena, habiendo dado pruebas de intachable conducta y ofreciendo garantías de hacer vida honrada en libertad, podrán ser propuestos para la concesión del beneficio, cualquiera que sea el régimen de tratamiento en que se encuentren y el tiempo que lleven extinguido en sus penas respectivas». El RD de 29 de julio de 1977 adicionó un segundo párrafo expresivo de que «igual sistema se seguirá, según el informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables». Por tanto era indiferente la clasificación del interno y lo importante era constatar su escasa peligrosidad.

c) Autorización por el juez de vigilancia. Como todas las libertades condicionales deben ser aprobadas por el JVP que previo informe del fiscal y constatado y esto es lo importante de que el interno no tiene capacidad para delinquir y que por tanto su puesta en libertad es inocua para la sociedad.
En todo caso la libertad por estos motivos no debe suponer abandonar a la suerte el que todavía está sujeto a la relación jurídica penitenciaria. Como bien indica el último inciso del art. 92 CP el liberado condicional deberá contar en los términos previstos en la LOGP con una adecuada asistencia *post* penitenciaria.

VI. MANTENIMIENTO DEL PAPEL COLABORADOR DEL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA (JVP) EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

No se han introducido cambios sustanciales en la función que el JVP desempeñaba en la ejecución de las medidas que se pueden imponer conforme a los arts. 95 a 108 del CP. Por tanto el CP sigue atribuyendo al JVP el control de estas medidas, pero lo hace dándole un papel secundario, de mero informador y colaborador del tribunal sentenciador.

Sólo se han retocado algunos arts. como el 96 y el 97 CP mediante la clarificación de algunas de las medidas pero sin alterar el régimen competencial y la relación entre tribunal sentenciador y JVP. Así la medida sólo puede imponerse, modificarse o suprimirse por el tribunal sentenciador a propuesta del JVP. Igualmente se sigue manteniendo la obligación de elevar por vigilancia informes de seguimiento anuales respecto a las medidas de seguridad privativas de libertad.

VII. EFECTOS DE LA DESAPARICIÓN DE LOS ARRESTOS DE FIN DE SEMANA EN EL ÁMBITO PENITENCIARIO

El legislador de 2003 suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no había sido satisfactoria probablemente por falta de los medios materiales, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración --de tres meses en adelante en los delitos--, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad a la que hemos hecho referencia o por la pena de localización permanente, que se crea en esta ley orgánica. Como indica la exposición de motivos la pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el juez o tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el juez o tribunal sentenciador lo considera más procedente.

La revisión de la pena como no podía ser de otro modo va a corresponder al tribunal sentenciador generalmente juzgados de instrucción en relación a faltas y juzgados de lo penal respecto a los delitos. Las posibilidades de sustitución contempladas en el arts. 53 y 88 del CP unido a la dificultad de la ejecución de esta pena determina que exista un gran número de ejecutorias donde deba plantearse la revisión. Ante este problema el JVP puede optar por dos posiciones; una pasiva y otra activa. La primera es limitarse a esperar que la variedad de tribunales sentenciadores le vayan comunicando el resultado de la revisión y su incidencia en el plan de ejecución de los arrestos. La segunda opción que es para mí la más adecuada es optar por ser el propio JVP el que active la revisión excitando al tribunal sentenciador. Esto no quiere decir que sea el JVP el que revise la pena pero nada prohíbe que sea el propio JVP el que mediante atento oficio requiera al tribunal sentenciador el resultado de la revisión con lo que indirectamente la está provocando. De esta forma se garantiza que por descuido, olvido o indolencia de algún tribunal sentenciador no se revise la pena. Téngase en cuenta que la LO no tipifica algunas conductas como es el caso de la conducción sin seguro de vehículos a motor o ciclomotores. Si el juez y el fiscal de vigilancia esperan que le comuniquen el resultado de la revisión podría darse el supuesto de que alguien cumpliera una pena por hechos ya atípicos a partir del 1 de octubre de 2004. Considero que quien ha de velar por los derechos de quien está privado de libertad no puede quedar pasivo y contemplar impasible como se ejecuta una pena que podía ser revisable.

Optando por esta segunda opción el problema es si el JVP debe suspender la ejecución del plan hasta que le conteste el tribunal sentenciador. Nuevamente un criterio de sentido común y de lógica aconseja actuar de este modo y ello por las razones antes apuntadas de evitar una posible ejecución de una pena revisable a favor del condenado. Obviamente la casuística puede ser diversa ya que habrá condenados que no inicien la ejecución del plan hasta fechas muy posteriores a la actual respecto a los cuales no existe peligro en que llegue tarde la revisión, pero hay otros que o la comienzan pronto o ya están cumpliendo la pena. Igualmente habrá condenados que la estarán cumpliendo ininterrumpidamente y otros que no. Únicamente los que estén cumpliendo arrestos ininterrumpidos a la fecha de entrada en vigor de esta reforma penal podrían verse perjudicados si se les suspende cautelarmente la ejecución de la pena hasta que resuelva el sentenciador. No olvidemos que

puede resultar no revisable o aun siendo revisable implicaría cumplir esa pena o la revisada unos meses después de la suspensión de la pena. En todo caso los tribunales y juzgados al revisar la desaparecida pena de arresto deberán valorar especialmente lo que diga el condenado pues habrá supuestos que la revisión en abstracto favorezca al reo pero en concreto y en atención a su situación penitenciaria le perjudique. Éste es el caso de los que se encuentran en tercer grado o en libertad condicional.

Una vez revisada la pena el JVP se limitará a seguir con el cumplimiento o se procederá al archivo en el supuesto en que se haya revisado la pena. En la generalidad de las ocasiones la revisión consistirá en sustituir la pena de arresto por trabajos en beneficio de la comunidad que como hemos visto la reforma a atribuye su ejecución al JVP.

NOTAS

(1) *BOE* 283/2003, de 26 noviembre 2003.

(2) El art. 2 del ET considera el trabajo en la prisión un supuesto de relación laboral especial por lo que la normativa laboral va aplicarse supletoriamente a su propia regulación contenida en la LOGP, RP, RP de 1956 y CP, pero únicamente cuando exista remisión expresa al ET o a cualquier normativa laboral. Los conflictos que se deriven se regirán por la LPL, si bien habrá de agotarse previamente la vía administrativa prevista al efecto.

(3) *BOE* 120/1996, de 17 mayo.

(4) Art. 8. Incumplimiento de la pena

Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán a la autoridad judicial a los efectos, en su caso, de lo dispuesto en el art. 88.3 del CP el incumplimiento de la pena tan pronto como tenga constancia de que el penado:

a) Se ausentara del trabajo o lo abandonara injustificadamente.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieren por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro.

(5) La fijación en dos del número de ausencias recuerda a la derogada pena de arrestos de fin de semana, cuyo art.37.3 en su redacción originaria también fijaba en dos ausencias no justificadas la posibilidad de considerar incumplida la pena.

(6) *«(...) la privación de libertad, no puede preceder a la sentencia, salvo cuando la necesidad lo exija. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano hasta que sea juzgado culpable ; y siendo esta custodia esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible (...) El rigor de la cárcel debe ser sólo el necesario para impedir la fuga o para que no se oculten las pruebas de los delitos (...) ¿Qué contraste más cruel que el de la indolencia de un juez y las angustias de un reo; el de las comodidades y los placeres de un magistrado, por una parte, y por la otra las lágrimas y la desolación de un prisionero?.* Beccaría, *De los delitos y las penas,* editorial Orbis, Barcelona, 1985, pág. 81.

(7) Piñol Rodríguez, José Ramón, *La ejecución penal: aspectos problemáticos*, Estudios Jurídicos. Ministeio Fiscal, volumen V, Ministerio de Justicia, Madrid, 1998, pág.250.

(8) Art. 991. «Los confinados que se supongan en estado de demencia serán constituidos en observación, instruyéndose al efecto por la Comandancia del presidio en que aquéllos se encuentren un expediente informativo de los hechos y motivos que hayan dado lugar a la sospecha de la demencia, en el que se consigne el primer juicio, o por lo menos la certificación de los facultativos que los hayan examinado y observado».

Art. 992. «Consignada la gravedad de la sospecha, el Comandante del presidio dará cuenta inmediatamente, con copia literal del expediente instruido, al Presidente del Tribunal sentenciador de que procedan los confinados, sin perjuicio de ponerlo en conocimiento de la Dirección General de Establecimientos Penales».

Art. 993. «El Presidente pasará el expediente a que se refiere el artículo anterior al Tribunal sentenciador, el cual, con preferencia, oirá al Fiscal y al acusador particular de la causa, si lo hubiere, y dándose intervención y audiencia al defensor del penado, o nombrándosele de

oficio para este caso si no lo tuviese, acordará la instrucción más amplia y formal sobre los hechos y el estado físico y moral de los pacientes, por los mismos medios legales de prueba que se hubieran empleado si el incidente hubiese ocurrido durante el seguimiento de la causa, comisionando al efecto al Juez de instrucción del partido en que se hallen los confinados».

Art. 994. «Sustanciado el incidente a que se refieren los artículos anteriores en juicio contradictorio si hubiese oposición y en forma ordinaria si no la hubiese, y después de oír las declaraciones juradas de los peritos en el arte de curar, y en su caso de la Academia de Medicina y Cirugía, se dictará el fallo que proceda. El fallo se comunicará al Comandante del presidio quien, si se hubiese declarado la demencia, trasladará al penado demente al establecimiento que corresponda, todo sin perjuicio de cumplir con lo que el CP previene si en cualquier tiempo el demente recobrase su juicio.

(9) González Cano, M.ª Isabel, *La ejecución de la pena privativa de libertad II,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 166.

(10) El art. 3 del CP obliga a imponerla mediante sentencia.

(11) En la mayoría de las fiscalías existe o una sección de incapacidades servida por especialistas o al menos un fiscal que se encarga de esta materia. Lamentablemente salvo en las fiscalías más grandes de este país el despacho de este tipo de asuntos se simultánea con otros y ello por la escasez de fiscales en España.

(12) La Consulta de la Fiscalía General del Estado 4/1990 de 5 de noviembre respecto a enfermos graves de SIDA consideró procedente informar favorablemente las solicitudes de libertad condicional.

En igual sentido el auto de la Sala de vacaciones del TS de 19 de agosto de 1988,con ocasión de interpretar el art. 60 del RP de 1981 en relación a la LOGP y CP vigente del momento decía así «no es ocioso decir, en este momento, que la razón de humanidad que parece estar en la base de la norma reglamentaria que consideramos, de un lado lleva a rechazar que la misma suponga una violación del principio de jerarquía normativa, puesto que aun no está respaldada en la LOGP, lo está sin duda alguna por el art. 10.1 de la CE, en que la dignidad humana se proclama fundamento del orden político y de la paz social, y quizás por el art. 15 de la misma Norma, que prohíbe las penas inhumanas».

(13) «1. Se elevará al juez de vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el CP, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.

2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la junta de tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h) (manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior), junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo».