

**ENAJENACION MENTAL DEL IMPUTADO SOBREVENIDA
TRAS EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL
Y ANTES DE LA CELEBRACION DE ESTE: SUS EFECTOS
SOBRE EL PROCESO**

Consulta núm. 1/1989, de 21 de abril

I

El hecho sometido a Consulta cuenta con los siguientes datos de hecho y jurídicos:

A) Seguido sumario de urgencia por delito cometido en 1984, el Ministerio Fiscal formuló escrito de conclusiones provisionales en 1985 contra B., considerándole autor de un delito de estafa de los artículos 528 y 529.7 del Código Penal, y, sin apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, solicitó la pena de seis años de prisión menor y la condena a indemnizar al perjudicado en tres millones de pesetas. La Audiencia Provisional señaló en dos ocasiones fechas para la celebración del juicio oral. La última, el 5 de octubre de 1988. En este día la causa de la suspensión fue debida a la presentación por el Abogado defensor de B. de un certificado médico sobre la situación mental del procesado en la actualidad. La Sala envió un médico forense para que reconociera a B., llegando aquél en su informe a estas conclusiones: que B. sufrió en octubre de 1986 un accidente cerebro-vascular agudo con una importante lesión cerebral en la región tèmpero-parietal derecha a consecuencia del cual el reconocido presenta un déficit motor e intelectual grave e irreversible que le incapacita para comparecer a juicio de manera definitiva.

B) El Fiscal que formula la Consulta ante el hecho expuesto hace estas observaciones:

1. Procesalmente la cuestión planteada consiste en la imposibilidad, con carácter definitivo, de celebrar el juicio oral, ya que el procesado, aparte de su defecto físico que le incapacita para acudir al juicio, nada podrá aportar, pues intelectualmente está incapacitado de modo absoluto. Esta cuestión ha sido contemplada en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899, y en ella se indica que «si la demencia surge una vez concluso el sumario y después de acordada la apertura del juicio oral, se llevará a efecto igualmente lo ordenado en los artículos 381 a 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien no se puede archivar la causa y suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanidad del procesado, pues dado el estado procesal en que se halla el procedi-

miento, una vez abierto el juicio oral, no hay más medio de terminar la causa que por sentencia definitiva». Pero parte de la doctrina, con apoyo en la sentencia de 18 de mayo de 1927, expresa que si la enajenación se ha producido o acreditado antes del inicio de las sesiones del juicio oral, por analogía con lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Sala debe mandar archivar el proceso hasta que el procesado recobre la salud, procediéndose a adoptar el sobreseimiento libre si muriese antes de recobrarla, a lo que habrá de añadirse que también procede declarar extinguida la acción penal una vez transcurrido el tiempo de prescripción.

2. Entiende que seguido literalmente el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá pedirse el archivo provisional, ya que la postulación por el Fiscal del sobreseimiento del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal debe ser muy restringida; pero sin que proceda el internamiento en Centro público o privado, pues, en el caso concreto que se pondera, el procesado está debidamente atendido por sus familiares en el propio domicilio, y su internamiento, a la vez que le sería perjudicial, no se considera necesario, ni es obligado, ya que al no estar condenado debe presumirse su inocencia.

C) La concreta Consulta es la siguiente: solicitar la debida autorización para pedir, no obstante lo dicho, el sobreseimiento libre de la causa a tenor del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por considerarlo más conveniente por los motivos expuestos, ya que al tener el procesado sesenta años su óbito se ve lejano y para la prescripción habría que esperar cinco años, transcurridos los cuales habría que declarar extinguida la acción penal. Sin embargo, la tesis del sobreseimiento tendría un inconveniente, ya que al sobreseimiento del artículo 637.3 deberían acompañarle las medidas que establece el artículo 8.1 del Código Penal, y, como antes se dijo, tales medidas las consideramos perjudiciales para el procesado y onerosas a la vez que inútiles para el Estado. En definitiva; se concluye, la cuestión es ésta: ¿es posible pedir el sobreseimiento libre del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y vistas las razones aludidas solicitar que no se impongan las medidas del artículo 8.1 del Código Penal?

II

Una laguna, no integrada a pesar de las varias reformas experimentadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, es la del tratamiento penal-procesal que deba darse a quienes reuniendo las condiciones requeridas para la imputabilidad al tiempo de la ejecución delictiva, les sobreviene una enfermedad mental determinante de su irresponsabilidad una vez calificado el hecho y pendiente la celebración del juicio oral. Ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en el Código Penal hallamos una solución. La Ley de Enjuiciamiento Criminal sólo se fija en la enajenación mental surgida en etapas anteriores a la apertura del juicio oral. El Código Penal se ocupa de la enfermedad mental que aparece después de dictarse sentencia o ya en fase de cumplimiento de la pena. Entre los diversos momentos que prevén la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal hay, evidentemente, espacios procesales vacíos.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula dos supuestos. En un caso —pero sin especificar si la enajenación mental ha precedido o no al hecho imputado—

dispone qué debe hacer el Juez cuando advirtiere indicios de tal enfermedad durante la instrucción (arts. 381-382). En otro, establece las medidas a adoptar por el Tribunal, una vez concluido el sumario, cuando la demencia hubiere sobrevenido después de cometido el delito (art. 383).

Por su parte, el Código Penal tiene en cuenta otras dos situaciones, ambas posteriores en el tiempo a las de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y resuelve, en cada caso, lo procedente. En una, se trata de la enajenación mental que tenga lugar después de pronunciada sentencia firme (art. 82, párrafo primero), y, en otra, de la enajenación que sobreviene hallándose el condenado cumpliendo la pena impuesta en la sentencia (art. 82, párrafo tercero).

Es claro, pues, que para la enfermedad mental advertida una vez abierto el juicio y calificados los hechos, no existe solución legal expresa. De ahí que, como se anota con precisión en la Consulta, coexistan dos interpretaciones netamente contrapuestas sobre los efectos en el proceso:

A) Entendemos que actualmente no puede argumentarse; ni, en consecuencia, reputarse válida, la meritoria aportación para resolver aquel vacío contenida en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899. El supuesto previsto en ella (pág. 171), por lo pronto no es exactamente igual al que aquí se examina. Se consultaban entonces estos extremos: si el loco, desde antes de la comisión del delito, está capacitado para comparecer en juicio; si puede éste tener lugar constando la falta de razón, y, por último, si convendría extender a este caso lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la demencia sobrevenida después de cometido el delito (archivo del sumario hasta que el procesado recobre la salud y aplicación de las medidas para los que ejecuten el hecho en estado de demencia). En la escueta contestación se partió de un estado de hecho diferente al que realmente fue planteado, y distinto también al que ahora se nos presenta, pues en ella se configuró como presupuesto fáctico la locura del procesado posterior a la apertura del juicio oral (algo no cuestionado) y anterior no sólo a la celebración del juicio, sino también a los escritos de calificación (no coincidente con el hecho dado actual). Y se decide que procede practicar lo que disponen los artículos 381-382 —para la enajenación mental acaecida durante la instrucción— salvo que la resolución habrá de acordarse en sentencia que ponga término al juicio; agregando al final que «con vista de lo que resulte de la información se harán las calificaciones y se deducirán las pretensiones que correspondan, las cuales el Tribunal apreciará en su fallo, toda vez que abierto el juicio oral no hay más medio de terminar una causa que por sentencia definitiva». Se ha excluido, implícitamente, la aplicación del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tanto a la enajenación mental anterior a la ejecución delictiva como a la posterior a la apertura del juicio oral.

En otra Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo, la de 1908, se vuelve a plantear un tema sobre la locura sobrevenida (pág. 57). Se remite, literalmente, a lo resuelto en la Memoria de 1899, aun cuando los hechos eran distintos, pues ahora se trataba de la posición a adoptar por el Fiscal «cuando el defensor del procesado alega la eximente de locura y en el sumario no resultaba ésta indicada».

Así, en estos dos casos —planteados en Consultas al Fiscal del Tribunal Supremo—, de modo expreso en uno e implícito en otro, se rechaza la posibilidad de archivar la causa y suspender el procedimiento, dado, se afirma, que todo lo relacionado con la enajenación mental sobrevenida o aducida después de la

apertura del juicio oral, debe resolverse en la sentencia que ha de dictarse necesariamente. El argumento básico es que una vez abierto el juicio oral la causa ha de terminar por sentencia y no por auto. Que esta tesis no es ajustada del todo se desprende de los dos casos siguientes en los que mediante auto se concluye un proceso penal después de haberse acordado la apertura del juicio oral.

En uno se termina por auto de sobreseimiento libre. Tras la apertura del juicio oral (art. 633 de la LECr.) se da, en el proceso ordinario, traslado a las acusaciones para calificación (art. 649) y dentro de este término pueden proponerse determinadas cuestiones de previo pronunciamiento (art. 667) que pueden concluir por auto de sobreseimiento libre (art. 675).

En otro se pone término al proceso por auto de archivo convertible en auto de extinción de la responsabilidad. Los autos se archivan cuando al ser declarado en rebeldía el procesado se hallare pendiente el juicio oral (art. 841 de la LECr.). Si comparece o es habido se reabre la causa (art. 846), celebrándose juicio oral y dictándose sentencia; pero si no comparece, y en este estado transcurre el plazo de prescripción (art. 113 del CP), habrá de dictarse auto de extinción de la responsabilidad por prescripción del delito, porque si en el Código Penal de 1870 es cierto que la rebeldía interrumpía la prescripción (art. 133), tras los Códigos de 1932 y 1944 la rebeldía no interrumpe la prescripción (Doctrina continuada del Tribunal Supremo que se plasma, entre otras muchas, en las SS de 28-11-1949, 22-5-1956, 14-11-1957, 29-4-1964 y 30-11-1974, y también de la Fiscalía del Tribunal Supremo recaída en la solución de las Consultas 4/1954, de 10 de mayo, y 2/1975, de 1 de marzo).

B) En la sentencia de 18 de mayo de 1927, dictada conforme a lo interesado por el Ministerio Fiscal en el recurso interpuesto, se afirma que surgida la demencia después de la apertura del juicio oral, debe archivar la causa sin celebrarse el juicio. El fundamento de esta doctrina se halla en que la asistencia de los procesados a las sesiones del juicio oral, es exigida por la Ley de Enjuiciamiento Criminal como necesaria para la máxima garantía del derecho de defensa y que tal asistencia no puede entenderse cumplida si la material presencia de los imputados no es consciente; y no lo es, y procede la suspensión del juicio y a tenor del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal el archivo de la causa, cuando el procesado en estado de demencia acude a las sesiones contestando incoherentemente al interrogatorio a que fue sometido.

De los antecedentes de esta sentencia resulta que el Tribunal de Instancia, tras una suspensión del juicio oral por demencia del procesado, sobrevinida al terminar el período de calificación, hizo nuevo señalamiento. Celebrado el juicio oral y público con asistencia del procesado, dictó la Audiencia sentencia condenatoria. El recurso del Ministerio Fiscal alegó quebrantamiento de forma, toda vez que a un sujeto al que los médicos califican de loco no puede considerársele que ha sido citado ni que haya comparecido a pesar de su presencia material. Se da lugar al recurso. De un lado, se dice que es espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Criminal conceder a las personas, que como responsables presuntos aparezcan en el proceso, la máxima garantía de defensa para que puedan en cada momento del juicio contrarrestar los elementos de acusación que contra ellos se formulen y presentar los descargos que estimen justificativos de su pretendida inocencia, «no llegando a satisfacer el anhelo del legislador la material presencia en los banquillos de las Salas de Justicia de los reos aquejados de incapacidad

mental que los impida darse cuenta de lo que allí pasa». Y de otro, se sostiene que la asistencia de procesados a las sesiones de la vista en las condiciones detalladas «es evidente que no puede estimarse como el acto de consciente presencia que la ley previene, y, por tanto, que el indicado juicio se celebró sin que llenase el esencial requisito de la comparecencia del encartado, cuya ausencia intelectual y moral no puede negarse».

La conclusión que se establece es la siguiente: «Que es de aplicar en el presente caso el artículo 383 de la Ley Procesal por la estrecha analogía que con él tiene, ya que los síntomas de enajenación mental que sufría el reo fueron denunciados al Tribunal antes de terminar el período de calificación, y hubo de suspenderse el primer señalamiento por la imposibilidad de que concurriera a él el procesado, sin que haya podido, legalmente, señalarse de nuevo, toda vez que los facultativos, reiterando su informe pericial, han afirmado constantemente la subsistencia y el carácter progresivo de la locura del reo, terminantemente reconocida por el juzgador de instancia en la parte dispositiva de su sentencia».

III

No sólo la suspensión del acto del juicio oral, como se ha hecho en el supuesto que plantea la Consulta, sino incluso la paralización de toda actividad procesal sin posibilidad de reanudarla, es lo que procede si después de calificados los hechos sobreviene para el procesado una enajenación mental irreversible. Y ello, más que por lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la enfermedad mental advertida antes de la conclusión del sumario, por aplicación analógica de preceptos reguladores de los llamados procesos en rebeldía. Si, en líneas generales, en el proceso ordinario y por exigirlo el derecho de defensa, es imprescindible la presencia del inculpado en el acto del juicio, deben equipararse, en un orden procesal, la ausencia física del reo y la ausencia moral, aunque materialmente exista la diferencia de que en la situación de rebeldía la incomparecencia es un acto voluntario. A la primera de estas situaciones, la falta de presencia material, da respuesta el artículo 841 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ordenando la suspensión del juicio y el archivo de los autos si al declararse la rebeldía estuviera pendiente la celebración del juicio oral. Aunque para la enajenación mental de imposible recuperación, compatible con la presencia material en el acto del juicio, pero impeditiva de la presencia intelectual, no hay nada previsto, es evidente que sus efectos, con el transcurso del tiempo, serán no sólo los propios de la crisis suspensiva del proceso (suspensión del juicio oral), sino los de la crisis definitiva o cancelatoria (suspensión del juicio oral y archivo de la causa). La enajenación mental plena que subsiga al hecho antijurídico no afecta a la responsabilidad criminal ni origina las medidas del artículo 8.1 del Código Penal, pero el imputado con normalidad mental coetánea a la decisión y a la acción, más con inimputabilidad *subsequens*, no es, realmente, sujeto procesal capaz de ejercitar eficazmente el derecho constitucional de defensa de que es titular, pues carece de aptitud o de capacidad jurídico-procesal que exige en el sujeto estar en condiciones de salvaguardar sus derechos procesales y de seguir el proceso en el que se concluyen actos dispositivos: afirmar o negar la imputación, guardar silencio consciente o conformarse con la pretensión punitiva a través del interrogatorio judicial:

A) La enajenación mental, esencialmente irreversible, es, pues, un obstáculo definitivo a la prosecución del proceso. Su solución procesal debe ser el archivo, que, por la fase en que tiene lugar, no se identifica con el archivo que subsiga a los autos de sobreseimiento provisional o de sobreseimiento libre, sino más bien debe equipararse al archivo de los autos cuando se decreta la rebeldía después de abierto el juicio oral. Auto directo de archivo sin celebración de juicio y, por tanto, sin dictar sentencia. Ahora bien, ¿cuáles son los efectos unidos al auto de archivo? Ante el silencio legal deberán extraerse tras el análisis de normas ordenadoras de situaciones jurídicas semejantes:

a) El artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la demencia sobrevenida después de cometido el delito y antes de la conclusión del sumario, y señala, como efecto procesal, el archivo de la causa hasta que el procesado recobre la salud, y como medidas a aplicar al procesado las previstas en el Código Penal para los que ejecuten el hecho en estado de demencia. Estas medidas en el Código Penal de 1870 —vigente al tiempo de promulgarse la Ley de Enjuiciamiento Criminal— eran la reclusión del imbecil o del loco con carácter obligatorio en uno de los hospitales destinados a los enfermos de aquella clase si el delito cometido fuere grave, y si éste fuere menos grave, el Tribunal podía optar entre aquella medida de internamiento y la entrega del enfermo mental a su familia si ésta diera suficiente fianza de custodia (art. 8.1). En el Código actual permanece el internamiento para el enajenado que cometiere cualquier delito con facultad atribuida al Tribunal de sustituirle por alguna de las medidas restrictivas de libertad y de derechos que prevé el artículo 8.1.

Sin embargo, la remisión que hace el artículo 383 al Código Penal es de muy dudosa vigencia y no sólo por la variación del contenido de la norma penal remitida, sino porque aquellas medidas están fundadas en la peligrosidad de quienes al tiempo del delito les faltaren las condiciones de imputabilidad, lo que no acontece en ninguno de los casos de enajenación sobrevenida, en los que se trata de sujetos con capacidad jurídico-penal en el momento de la acción y no de delinquentes mentalmente anormales, por lo que, al no mediar relación entre la enfermedad mental y el hecho realizado, aquellas medidas carecen de justificación.

b) Excluida la aplicación analógica del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sólo cabrá acudir a algunas de las normas que ordenan los efectos de la ausencia material del reo. En particular, a los artículos 841, 843 y 846 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De ellos se deducen los siguientes efectos para los procesos en que haya sobrevenido enajenación mental al imputado después del auto de apertura del juicio oral y de los escritos de calificación:

1. En primer lugar, es procedente la medida procesal de archivo que subsigue a la suspensión (art. 841 de la LECr.), que ya de por sí rebasa las consecuencias de la mera paralización temporal del proceso, y que, unido al transcurso del tiempo requerido para la prescripción del delito dado, puede transformarse en archivo definitivo por extinción de la responsabilidad penal, pues en las enajenaciones mentales irreversibles no cabe la posibilidad de reabrir el proceso, como, sin embargo, puede ocurrir en los casos de ausencia material por tiempo inferior al de la prescripción (art. 846 de la LECr.) o en la fase de ejecución con la recuperación del juicio por el anejanado (art. 82, párrafo segundo, del CP).

2. En segundo término, deberá acordarse, si hemos identificado en sus consecuencias procesales ausencia material y ausencia intelectual, la reserva a los per-

judicados por el delito, de las acciones correspondientes para obtener la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que puedan ejercitarla por la vía civil contra los responsables o sus representantes legales (art. 843 de la LECr.).

3. Y, por último, podrá instarse el internamiento del enajenado mental por los legitimados para ello siempre que se den los presupuestos y cumpliendo las garantías del artículo 211 del Código Civil; pero, en todo caso, deberá promoverse, si no se hubiera hecho ya, la declaración judicial de incapacidad (arts. 200 y 203 del CC) y la constitución de la tutela (art. 228 del CC), situación en la que decidir el internamiento o no es una facultad del representante legal que precisa autorización del Juez (art. 271.1 del CC) con audiencia previa del Ministerio Fiscal (art. 273 del CC).

No es, en cambio, efecto de la enajenación mental sobrevenida después de la apertura del juicio oral, el auto de sobreseimiento libre conforme al artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En primer lugar, porque tal auto está condicionado a que al hecho antijurídico preceda el presupuesto biológico de la enajenación, y, en segundo lugar, porque después del auto de apertura del juicio oral y formulados los escritos de calificación, es improcedente aquel auto; sólo tendrá lugar antes de la entrada en la fase de plenario.

Aunque, a efectos dialécticos, se admitiera la eventualidad de un sobreseimiento del artículo 637.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la fase en que nos hallamos, en él no podrán acordarse medidas de internamiento, que son viables sólo en las sentencias tras juicio contradictorio (SS de 16-4-1979, 5-11-1979 y 20-10-1982).

COMPUTACION DEL AÑO A EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO DE LAS CONDENAS

Consulta núm. 2/1989, de 12 de mayo

I

En la Consulta formulada se interesa conocer cuál es la duración de un año a los efectos de cumplimiento de las penas privativas de libertad. La pregunta, que constituye el único contenido de la Consulta, es ésta: ¿Ha de entenderse que la duración del año, a efectos de cumplimiento de una pena, es la natural de 365 días, o bien la resultante de multiplicar 30, duración de un mes, por 12, los meses del año, es decir, 360 días? La solución propugnada por el autor de la Consulta es que la duración del año a los efectos de cumplimiento de penas deberá ser de 360 días.

Las razones esgrimidas para mantener la tesis de que el año debe comprender 360 días, sistemáticamente expuestas, son éstas:

— Que a la inversa de lo que sucedía en el Código Penal de 1928, en el que, a efectos penales, los años eran de 365 días, en el vigente Código Penal no existe precepto alguno que exprese cuál es la duración de un año.

— En cambio sí se precisa, aunque de modo indirecto, la duración del mes, que en el artículo 30 del Código Penal está formado por 30 días, límite máximo de la pena de arresto menor, comenzando el arresto mayor a partir de un mes y un día, es decir, 31 días.

— Si el mes se compone de 30 días y el año cuenta con 12 meses, es claro que el año a efectos de cumplimiento no excede de 360 días.

— Que es más beneficioso para el reo y evita desigualdades este modo de computar el año, pues en otro caso el condenado a dos penas de seis meses, que constituyen un año, cumplirá únicamente 360 días, mientras el condenado a un año cumpliría cinco días más.

— Y como último de los argumentos hay que referirse a la solución dada en la Consulta de la Fiscalía General del Estado 9/1985, de 11 de noviembre, en la que a propósito de la libertad condicional se expresaba que concurre el requisito exigido en el artículo 98 del Código Penal de *que la conducta sea de más de un año* de privación de libertad, cuando se imponen dos penas de seis meses y un día. En coherencia con esta idea, también el año a efectos de liquidación de condena se computará de 360 días.

II

Ante los variados supuestos que teóricamente pueden plantearse, cuando las premisas normativas y las estructuras del hecho no se hallen en campos jurídicos diferenciados, una consecuente conformidad argumental a su respuesta debe ser principio que presida las decisiones tomadas por la Fiscalía General del Estado en sus Consultas y Circulares. La cuestión que ahora ha de ser objeto de análisis cuenta con precedentes, si no idénticos, sí semejantes, dado que van referidos al cómputo de los meses en el orden penal.

La Consulta 1/1975, de 13 de febrero, se desarrolló precisamente en torno a si el artículo 5.1 del Código Civil era o no íntegramente aplicable a las liquidaciones de condena. Se sostenía por quien formulaba Consulta que la normativa civil (introducida por Ley 3/1973, de 17 de marzo, y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo) era aplicable a las liquidaciones, debiéndose computar al efecto los meses y años de fecha a fecha. Se estimó por esta Fiscalía que el artículo 5.1 del Código Civil, dado su carácter subsidiario, no sería aplicable a las materias en que las normas penales contengan un sistema de cómputo. Contraído el supuesto de hecho a la duración de las penas impuestas por meses, se entendió que éstos comprenderían 30 días. Ya en la Consulta de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 22 de agosto de 1892 se había contemplado el hecho de si las liquidaciones de condena deberán hacerse a razón de 30 días por mes o por meses naturales y se resolvió en el primero de los sentidos, dado el tenor del artículo 7 del Código Civil, de aplicación general, y porque resulta favorable a los sentenciados. La ya citada Consulta de 13 de febrero de 1975 expresaba que ha de aceptarse, a efectos de liquidación de condena, que los meses son siempre de 30 días y no tienen, por tanto, la duración natural que para cada mes se prevé; y esto es así porque para el cómputo de la duración de los meses el propio Código Penal al regular la duración de las penas en el artículo 30 indica que el arresto menor dura hasta 30 días y el arresto mayor de un mes y un día a seis meses; es decir, que la norma básica parte de que un mes tiene 30 días de duración para el cómputo de las penas cuya duración se determine por meses. En suma, dado que existe un sistema penal sobre cómputo de los meses, a efectos de liquidación de condena no resulta aplicable la fórmula del artículo 5.1 del Código Civil, expresiva de que si los plazos estuvieren fijados por meses se computarán de fecha a fecha.

La Consulta de esta Fiscalía 9/1985, de 11 de noviembre, analizó el supuesto de si dos condenas de seis meses y un día de duración cumplían el requisito del artículo 98 de haber sido condenado «a más de un año». Se resolvió en sentido positivo, esto es, estimando que el requisito de ser condenado a más de un año a efectos de obtener el beneficio de la libertad condicional concurría en quien había sido condenado a dos penas de seis meses y un día de prisión.

III

La determinación del momento en que comienza el cumplimiento de las penas temporales no presenta especiales dificultades al intérprete, puesto que está expresado con precisión en los artículos 32 y 33 del Código Penal. También aparecen

claras otras dos cosas tras el examen de nuestro ordenamiento jurídico. Una es que a efectos del cumplimiento de las penas, el día inicial se cuenta por entero cualquiera que sea la hora en que se produjo realmente la privación de libertad, separándose así el Código Penal tanto de la formulación general contenida en el artículo 5.1 del Código Civil (*dies a quo no computatur in termino*) como de lo previsto para la mayoría de los actos negociales y procesales (arts. 1.130 del CC, 303 de la LEC y 59 de la LPA) y coincidiendo con lo dispuesto para alguno de ellos (usucapión, art. 1.960.3 del CC, y mayoría de edad, art. 321). Y otra, que el *dies ad quem* ha de transcurrir totalmente, extinguiéndose la condena con la finalización del último día, al no resultar aplicable el principio *dies coeptus pro completo habetur*. En igual sentido los artículos 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.960.3 del Código Civil.

Ahora bien, ¿cuál es el día final en las penas cuya duración se materializa en unidades de tiempo de uno o más años? Adelantemos que es posible mantener una alternativa a efectos del cumplimiento de estas penas: entender que el día final de un año de condena es el último del año computado naturalmente (el día 365) o estimar que el *dies ad quem* de la condena es el que represente el número 360 desde la privación de libertad. Se contraponen de esta manera año natural y año derivado de multiplicar los doce meses por 30 días.

Estas eventuales interpretaciones contrapuestas sobre si deben prevalecer los 360 o los 365 días están justificadas por la indeterminación que existe en nuestro Derecho sobre la efectiva extensión de la pena de un año, lo que es, a su vez, consecuencia de no estar fijada la duración del año en un orden jurídico, ya que ni siquiera la amplia proposición jurídica contenida en el anterior artículo 7 del Código Civil, definidor de días, noches y meses, se ocupó de los años, a pesar de que tanto en este Cuerpo legal como en otros fundamentales las referencias al año son frecuentísimas. He aquí algunos ejemplos de ello. En la esfera del Derecho civil, los artículos 460.4 (el poseedor pierde la posesión por la posesión de otro si la nueva posesión hubiese durado *más de un año*), 1.944 (se interrumpe naturalmente la posesión cuando por cualquier causa se cesa en ella *por más de un año*) y 1.968, en el que el *transcurso de un año* constituye el plazo de prescripción de determinadas acciones. En Derecho procesal civil conforme al artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se produce la caducidad de la instancia *por el transcurso de un año* si el pleito estuviese pendiente del recurso de casación; y en el artículo 1.653, en materia de interdictos de retener y recobrar, el Juez admite la demanda si aparece presentada *antes de haber transcurrido un año*. En el Código Penal pueden citarse los artículos 92.2 (es requisito de la condena condicional que la pena privativa de libertad *no exceda de un año*), 98 (es condición esencial para otorgar la libertad condicional la condena a *más de un año* de privación de libertad), 118 (la cancelación de oficio de los antecedentes penales procede cuando hayan transcurrido los plazos previstos y *un año más*), 184 (en las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos el tránsito de la pena de prisión menor a la de prisión mayor se subordina a que la detención *hubiese pasado de un año*) y 113 y 115, en donde se establece, respectivamente, que los delitos de calumnia y las penas leves prescriben *al año*.

Pues bien, estos daños a que se refieren las diversas normas penales, ¿se computarán siempre de 365 días o año natural?

Ante la variedad de normas que contemplan el año como la iniciación o el

cumplimiento de un cambio jurídico actual, en trances de señalar su duración caben las siguientes conclusiones:

— De modo incondicionado, las normas del Derecho privado y las del Derecho procesal, en cuanto contemplen plazos o términos, se desenvuelven dentro del año natural. En apoyo de esta tesis pueden citarse, entre otros, los siguientes preceptos: El artículo 5.1 del Código Civil —referido tanto a los plazos fijados en las leyes como en los negocios jurídicos—, declarativo de que si los plazos estuvieren fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha (computación natural). El artículo 60, párrafo primero, del Código de Comercio —cuyo párrafo segundo ha sido derogado por la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985—, incluido entre las disposiciones comunes o los contratos mercantiles, expresa literalmente que en todos los cómputos de años se entenderá el año de 365 días. El artículo 60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, relativo a términos administrativos, dice que «si el plazo se fija en años se entenderán naturales en todo caso». En igual sentido el artículo 71.4 de la Ley de Procedimiento Económico-Administrativo.

— En el Código Penal los plazos de prescripción de los delitos y las penas de los artículos 113 y 115 van referidos a años naturales, lo mismo que el plazo de un año que previene el artículo 188, o el transcurso de más de un año que configura la modalidad más grave de detención ilegal del artículo 184. Para el cumplimiento de las penas, el año tendrá también una duración de 365 días.

He aquí algunas razones que confirman las tesis de que a efectos de cumplimiento de las penas impuestas por años éstos han de computarse de 365 días:

El Código Penal de 1928 (art. 110) dispuso que para computar la duración de las penas a efectos de su cumplimiento, los días se contarán de 24 horas, los meses de 30 días y los años de 365 días, cualquiera que sea su duración natural. Como el Código penal vigente nada expresa sobre la duración del año a efectos penales-penitenciarios, habremos de acudir a otros preceptos de nuestro ordenamiento. Y en particular al Código Civil, del que nos interesan ahora dos de sus normas contenidas en el título preliminar. Uno es el artículo 4.3, conforme al cual las disposiciones de este Código se aplican como supletorias en las materias regidas por otras leyes. Y otro el artículo 5.1, a cuyo tenor «si los plazos estuviesen fijados por... años se computarán de fecha a fecha».

La solución dada en la Consulta de 11 de noviembre de 1985 está justificada. Se partió en ella del *favor rei*, pues de otro modo, teniendo en cuenta el año natural, no resultaría aplicable un beneficio penitenciario. Por otra parte, en aquel caso la acumulación matemática de ambas sanciones —de seis meses y un día cada una— no se hizo reduciendo los castigos a días —como acostumbra, sin embargo, a hacerse en las liquidaciones de condena—, con lo que se rechazó que dos penas de duración inferior al año natural fueran inhábiles para producir los efectos del artículo 98 del Código Penal. Pero en las penas impuestas por años, al tiempo de realizarse las liquidaciones de condenas, éstos han de ser computados como de 365 días. Separamos así el concepto temporal de año, según se proyecte sobre liquidaciones de condena o sobre el cumplimiento de los requisitos del beneficio de la libertad condicional, y según el modo en el que se hayan impuesto las penas: tres penas de cuatro meses cada una originan el cumplimiento de 30 días, aunque 12 meses integren un año, pero el condenado a una pena de un año de prisión ha de cumplir 365 días.

Precisamente, la tesis que aquí se mantiene es la aceptada en la reciente Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, que, recogiendo el criterio plasmado en el artículo 880 del Código de Justicia Militar de 1945, establece en su artículo 349 —trata de las liquidaciones de condena— que se hará el cómputo de fechas con expresión de años, meses y días y se observarán las reglas siguientes: cuando la pena sea de un número de meses completos se contarán de 30 días y cuando sea de años completos se contarán de 365 días.

**ORGANO JUDICIAL COMPETENTE PARA FIJAR EL LIMITE
DE CUMPLIMIENTO A LAS PENAS PRIVATIVAS
DE LIBERTAD IMPUESTAS POR DELITOS CONEXOS
ENJUICIADOS EN DISTINTOS PROCESOS
(ARTS. 70.2 DEL CP Y 988, PARRAFO TERCERO, DE LA LECr.)**

Consulta núm. 3/1989, de 12 de mayo

I

Se somete a Consulta el siguiente hecho:

Un interno en el Centro Penitenciario de Lérida, condenado a diversas penas impuestas en varios procedimientos seguidos ante distintos Juzgados y Tribunales, interesó del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de aquella capital la aplicación de la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, pues así lo autorizaba el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado traslado del escrito al Fiscal de Vigilancia Penitenciaria, éste, de acuerdo con el criterio establecido en Junta de Fiscalía, entendió que no era competente el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, sino, a tenor del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la última sentencia condenatoria, que, en el caso concreto, se trataba del Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona. Esta tesis fue aceptada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que, al efecto, dictó auto inhibiéndose en favor del Juzgado de Instrucción de Barcelona. El Ministerio Fiscal, en Barcelona, informó al Juzgado en el sentido de rechazar la competencia, pues ésta venía atribuida al titular de Vigilancia Penitenciaria de Lérida. Mas este órgano jurisdiccional una vez recibidas las actuaciones acuerda promover cuestión de competencia negativa con el Juzgado de Instrucción número 9 de Barcelona, remitiendo aquéllas al Presidente de la Audiencia Territorial, quien resolvió someter dicha cuestión al conocimiento del Tribunal en Pleno. Por auto de 20 de mayo de 1988 se acordó declarar que el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lérida era el competente para el conocimiento del expediente de acumulación que prevén los artículos 70.2 del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Fiscal de Lérida, por las razones que en su momento se expondrán, discrepa de la solución dada en el auto de 20 de mayo de 1988.

II

La cuestión básica a tratar es el contenido y alcance de los artículos 76.2 a) de la Ley General Penitenciaria y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en relación con el artículo 70.2 del Código Penal:

A) Los principales argumentos extraídos del auto de 20 de mayo de 1988 que contribuyen a mantener la tesis de que la competencia en el hecho dado corresponde al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, son los siguientes:

1. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si bien no ha sido expresamente derogado por la Ley Orgánica General Penitenciaria, no ha quedado del todo incólume tras la publicación de ésta y a la luz de su artículo 76.

2. El legislador de 1979 quiso, para el Juez de Vigilancia, no sólo la función de control jurisdiccional de la Administración penitenciaria, sino la de ejecutor con carácter excluyente de las penas privativas de libertad. De donde resulta que todo cuanto pueda fortalecer estas funciones redundará en una mayor eficacia, derivada de la inmediación del Juez de Vigilancia. Razón que justifica la interpretación de que la asunción de funciones que corresponderían a los Juzgados y Tribunales sentenciadores [art. 76.2 a) de la LGP] incluye las otorgadas al último Tribunal sentenciador en la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal para los supuestos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3. Luego si el Juez de Vigilancia tiene atribuciones «para hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1 de la LGP) y asume «las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» [art. 76.2 a)] para adoptar las necesarias decisiones en orden a las penas privativas de libertad, y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal remite al Juez o Tribunal de la última sentencia firme, atendidas razones teleológicas debe entenderse que la facultad de fijación del límite máximo de cumplimiento del artículo 70.2 del Código Penal compete al Juez de Vigilancia, que por ley ha asumido la que correspondería al Juez o Tribunal que dictó la última sentencia.

4. El artículo 70.2 del Código Penal puede aplicarse tanto dentro como fuera de una sentencia, pues pese a estar incluido en un capítulo referido a la aplicación de las penas, no está regulando tanto la «aplicación» en sentido estricto de la pena, cuanto su «cumplimiento», es decir, su «ejecución». Si realmente el artículo 70.2 estuviera referido a la «aplicación» de la pena difícilmente podría aplicarse fuera de la sentencia condenatoria, y es manifiesto que esto último es posible, pues, tanto en el supuesto de acumulación de delitos en un solo proceso como en el de acumulación de procesos en la sentencia condenatoria que los ponga fin, puede y debe hacerse aplicación del artículo 70.2, pero en el caso de que se haya omitido, ya sea de oficio o a instancia de parte deberá aplicarse dicha regla, que ya lo será, por tanto, fuera de la sentencia.

5. En consecuencia, no parece claro que la aplicación del artículo 70.2 pertenezca a las llamadas «potestades declarativas» en materia penal o exclusivas del Juez o Tribunal que juzga —puede ser aplicado en un momento posterior a la sentencia—, pues de ser así no se entendería que pudiera privarse de ellas a los Jueces y Tribunales sentenciadores en favor de uno de ellos, el que dictó la última sentencia. Por otra parte, la reflexión jurídica sobre los hechos declarados probados en las sentencias para saber si hay o no conexidad, no tiene trascendencia sobre los hechos probados al tratarse sólo de una valoración sobre la existencia

o no de una condición impuesta por la ley, lo que no impide pueda ser llevada a cabo por un Juez de Vigilancia. Sin que, además, deba olvidarse que este nuevo órgano jurisdiccional entra a valorar las sentencias condenatorias en numerosos casos (naturaleza de los hechos, duración de las penas) para incidir sustancialmente en la pena o en las modalidades de cumplimiento (permisos, redenciones, clasificaciones, libertad condicional); de ahí que ante la imposibilidad de que puedan intervenir todos los que dictaron alguna de las sentencias afectadas por el artículo 70.2, puestos a elegir nada impide que el legislador, por la vía del artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, lo haya atribuido al Juez de Vigilancia.

6. Que el Juez de Vigilancia no sólo está sometido al principio de legalidad, sino al control jurisdiccional de sus resoluciones por vía de recursos, precisamente ante el Juez o Tribunal sentenciador, a la vista de la disposición adicional 5.^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por lo que queda garantizado el derecho de los penados al recurso.

B) Por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de Lérida se procedió a tramitar la solicitud del penado en cumplimiento de la resolución del Pleno de la Audiencia Territorial de Barcelona. Mas el Fiscal de Lérida insiste en su postura inicial. Sostiene que si bien de *lege ferenda* podría estimarse la conveniencia de atribuir a los Jueces de Vigilancia la competencia para aplicar la regla del artículo 70.2 en los casos previstos en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal previa la reforma procesal oportuna, la actual regulación legal impide aceptar tal competencia sin grave detrimento de la seguridad jurídica y de los derechos de los penados a la defensa y al Juez predeterminado por la ley. La tesis de que en la vigente legalidad los Jueces de Vigilancia no están facultados para hacer aplicación de los artículos 70.2 del Código Penal y 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuenta con los siguientes argumentos, antitéticos, con los que se esgrimen en el auto del Pleno de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20 de mayo de 1988:

1. El artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no sólo no ha sido derogado expresa o tácitamente por el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria, sino que no hay incompatibilidad alguna entre ellos, pues la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal no es medida de «ejecución», sino de «determinación» o «pronunciamiento» sobre la pena; se trata, pues, de una facultad que jurídica, e incluso gramaticalmente, excede de los términos contenidos en la Ley General Penitenciaria como atribuciones del Juez de Vigilancia: «Hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1) y «adoptar las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo» (art. 76.2).

2. La interpretación del artículo 76 de la Ley General Penitenciaria no puede fundarse en la presunta voluntad del legislador desconociendo el propio texto; mas aunque así fuera la *mens legislatoris* sólo puede ser alcanzada a través de la exposición de motivos, y en ella el Juez de Vigilancia aparece como órgano de vigilancia de la actividad de la administración penitenciaria», de «amparo de los derechos de los internos», y encargado «de la ejecución de penas», sin que quepa, en base al fortalecimiento de sus funciones, atribuirle otras que excedan de las específicamente definidas.

La interpretación extensiva del artículo 76 tampoco puede justificarse desde la mayor eficacia como criterio teleológico, porque la asunción de esa competen-

cia por los Jueces de Vigilancia no presupone una mayor garantía de eficacia, pues en la mayor parte de las provincias es menos gravoso conocer de esta materia por los Tribunales o Jueces ordinarios que por los Jueces de Vigilancia servidos por Magistrados en régimen de compatibilidad con sus funciones judiciales. Y la posible mayor eficacia tampoco se justifica por la intermediación del interno al Juez de Vigilancia, pues éste, a su vez, habrá de dirigirse siempre a los Juzgados o Tribunales sentenciadores.

3. La determinación de la competencia en favor del último órgano sentenciador hecha por el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no tiene, efectivamente, otro fundamento que la seguridad jurídica. Igualmente podría haberse determinado en favor de cualquiera otro de los Tribunales sentenciadores. Tampoco existe cuestión en que el artículo 70.2 puede aplicarse fuera de la sentencia, pero esta razón no justifica la atribución de la competencia al Juzgado de Vigilancia, por cuanto que la aplicación de aquel precepto entra plenamente en la función «de juzgar» que corresponde a los Juzgados y Tribunales ordinarios, y no en la de «hacer ejecutar lo juzgado», ámbito en el que se desenvuelve la competencia de los Juzgados de Vigilancia.

4. De acuerdo con el criterio mantenido por el Consejo General del Poder Judicial, debe estimarse que la reflexión jurídica sobre la concurrencia de los supuestos de conexidad excede ampliamente de las atribuciones otorgadas al Juez de Vigilancia en cuanto «ejecutor» o encargado de «hacer cumplir las penas». Pero es que a tal reflexión sigue un pronunciamiento sobre la pena derivada de la aplicación de un precepto sustantivo y de indudable repercusión sobre aquella que, evidentemente, excede de las funciones previstas para el Juez de Vigilancia.

5. De atribuirse la competencia al Juez de Vigilancia se violaría el derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley, pues se dejaría la determinación del Juez competente en manos de la autoridad administrativa, y al operar ésta bajo criterios de funcionalidad serían razones de sexo (centros penitenciarios para hombres o mujeres), estado mental (psiquiátricos penitenciarios) o conducta de los internos (centros de máxima seguridad) las definitorias de la competencia.

6. De aceptarse la competencia del Juez de Vigilancia se obtendrían estas consecuencias negativas:

— Se eliminaría la garantía del recurso de casación por infracción de ley previsto en el párrafo último del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, explícitamente definido como expresión del derecho de defensa del penado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987.

— El control de la decisión del Juez de Vigilancia correspondería por ser materia de ejecución de penas al órgano jurisdiccional sentenciador, pero habiendo varios cabe preguntarse cuál es el Tribunal *ad quem*, pues no parece lógico retomar el artículo 988 para atribuir al último la competencia en alzada cuando se le ha sustraído en instancia.

III

El presupuesto de que parte la Consulta, en un orden material, es simple y su solución pacífica. En efecto, la limitación del cumplimiento de la condena establecida en el artículo 70.2 del Código Penal, se aplica tanto a los delitos con-

xos enjuiciados en un solo sumario, como a los que fueron objeto de procedimientos separados terminados por distintas sentencias, pero que conforme a los artículos 17 y 300 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pudieron ser enjuiciados en un solo sumario. En el primer supuesto sólo existe una sentencia, y en su texto, por regla general, se contiene de modo expreso la limitación. En la segunda hipótesis se dictan varias sentencias, y, lógicamente, en ellas no figura el límite, sino que, a tenor del artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la limitación del cumplimiento de la condena se decidirá en auto por el Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia; y la iniciación del expediente de refundición de condenas se hará de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o del condenado. Esto último es lo que se extrae de los hechos que la Consulta proporciona: un interno condenado en varias sentencias, unas dictadas por Juzgados de Instrucción y otras por Audiencias Provinciales, solicita la acumulación de condenas. Se dirige al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar en que extingue la condena por entender que es el competente. Este aspecto procesal es, precisamente, lo que se discute: si el órgano competente para decidir si todos los hechos punibles debieron ser objeto de un solo proceso —con la consiguiente aplicación del artículo 70.2 del Código Penal— es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Instrucción o Audiencia Provincial que dictaron la última sentencia condenatoria.

El artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no ofrecía especiales problemas en su interpretación antes de promulgarse la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. Pero acontece que ésta, al crear la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, entre otras variadas funciones, le atribuyó la de 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» [art. 76.2 a)].

¿Estas funciones sustituyen a las que —referidas siempre a la aplicación del artículo 70.2 del Código Penal— en el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal eran privativas de los Jueces y Tribunales que hubieran dictado la última sentencia? El tema, al no estar resuelto de modo explícito en disposiciones legales, es lógico que divida a los intérpretes. Se han expuesto ya los criterios, realmente discordantes, mantenidos por el Fiscal de Lérida y la Audiencia Territorial de Barcelona. Esta oposición se aprecia también en otros niveles. Excluido el doctrinal, que aquí no interesa directamente, es de significar que así como los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, en sus reuniones de 1982 y 1983, entendieron que se hallaba en la esfera de su competencia la refundición de condenas derivadas de diversos procesos, en un informe de 16 de febrero de 1987 del Consejo General del Poder Judicial (publicado en su Boletín de Información número 57, abril de 1987), resolviendo Consulta de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, se sostuvo que esta materia era competencia de los Tribunales sentenciadores por cuanto pertenecía al ámbito de la aplicación de la pena y no al de su ejecución. En particular, se resuelve «que a lo que en ningún caso se extienden las competencias del Juez de Vigilancia Penitenciaria es... a las potestades declarativas en materia penal; es decir, el Juez de Vigilancia Penitenciaria opera en el ámbito de la potestad de ejecución sobre la base de una condena pronunciada por otro Tribunal..., pero en ningún caso extiende sus competencias al enjuiciamiento, con-

templación o valoración de los hechos que determinaron la condena a penas privativas de libertad, para extraer de los mismos consecuencias jurídicas de naturaleza penal. En ningún caso las potestades de ejecución comprenden la valoración jurídica, a efectos penales, de los hechos que motivaron la condena». Tras estas consideraciones, se concluye que «la aplicación de la regla del artículo 70.2 del Código Penal no se configura como una potestad de ejecución, sino que participa de la potestad declarativa de juzgar. El artículo 70.2 forma parte del capítulo IV del título III del libro I del Código Penal, relativo a la aplicación de las penas, distinto y bien diferenciado del capítulo V, relativo a su ejecución. Por otra parte, y como dato esencial para la calificación de la potestad del artículo 70.2 como de enjuiciamiento o como de ejecución, debe tenerse en cuenta que para que proceda o no la limitación de las penas previstas en el primer párrafo de dicha regla, lo relevante será que los hechos que determinan la imposición de las distintas condenas pudieran haberse enjuiciado, por su conexión, en un solo proceso. Se trata, por tanto, para la aplicación del artículo 70.2, de formular un juicio sobre la conexidad de los hechos que están en la base de las distintas condenas penales, y la regulación de los supuestos de conexidad en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal implica a la hora de apreciar su concurrencia, la necesidad de valorar circunstancias directamente afectantes a aspectos objetivos o subjetivos de los hechos en cuestión, como pueden ser su finalidad en relación con otros distintos, el previo concierto para la comisión de hechos delictivos o la simple relación entre unos hechos y otros. Todo ello es materia propia de la potestad de enjuiciar y excede del marco de las funciones puramente ejecutivas atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria».

IV

Es válida la solución dada por el Fiscal de Lérida en su razonada Consulta. Sus argumentos deben ratificarse. Tan sólo proceden algunas puntualizaciones sobre determinados extremos en confirmación de su tesis:

1. El artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permanece en su integridad. No ha perdido, ni siquiera parcialmente, su fuerza obligatoria. La Ley General Penitenciaria se caracteriza por la inexistencia en su texto de cláusula derogatoria expresa; tampoco declara que se extienda a las normas que se opongan a ella. No cuenta, pues, con disposiciones derogatorias expresas específicas ni genéricas. La derogación tácita (la abrogación del antiguo Derecho) se infiere tanto si las disposiciones de la nueva ley son incompatibles con la anterior como si en la nueva norma se produce un disciplinamiento similar, pero más completo; luego la eficacia de la derogación implícita estará supeditada, de una parte, a la incompatibilidad o contradicción entre los fines de los preceptos, y, por otra, a la uniformidad de las materias reguladas.

En el Código Civil la teoría de la derogación de las normas jurídicas se desarrolla en el artículo 2.2, que por hallarse en el título preliminar es aplicable a todas las que componen el ordenamiento jurídico, cualesquiera sean su naturaleza y contenido, y no sólo a las de carácter jurídico-privado. Se recogen en el citado artículo 2 dos principios: uno es el de la derogación en sentido formal y otro el de la derogación en sentido material. Dado que, como antes se dijo, la deroga-

ción expresa en sus dos formas está ausente en la Ley General Penitenciaria nos referimos a la derogación tácita. El artículo 2.2 del Código Civil afirma que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva sobre la misma materia sea incompatible con la anterior». La *voluntas abrogandi* presupone la incompatibilidad entre el contenido de la disposición nueva y la anterior siempre que exista igualdad de materias tratadas en ambas leyes e identidad de destinatarios. Si es cierto que la Ley General Penitenciaria y el artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hallan en la doble relación de ley especial-ley general y de la ley posterior-ley anterior, y que las específicas normas sometidas a interpretación (arts. 988, párrafo tercero, de la LECr. y 76.2 de la LGP) están formalmente en el ámbito de la ejecución, no lo es menos que es imposible deducir una *voluntas abrogandi* cuando los preceptos contemplados presentan un radio diverso, pues no en vano el artículo 988 se relaciona con una norma a aplicar que es sustantiva, como el artículo 70.2 del Código Penal, y el artículo 76 de la Ley General Penitenciaria no desborda los límites de la efectiva ejecución; de otro lado, el artículo 988, párrafo tercero, va referido a la acumulación, mediante auto, de las penas impuestas en distintos procesos, y el artículo 76 a la ejecución de sentencias.

2. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tienen atribuidas funciones jurisdiccionales ejecutivas. Así lo dice expresamente el artículo 76.1 de la Ley General Penitenciaria. Y el artículo 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria «tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad». ¿Pero la refundición o el hecho de establecer el límite de cumplimiento pertenece al campo de la ejecución de las penas o al de su aplicación? Excede de las funciones ejecutivas la aplicación de la regla 2.^a del artículo 70 del Código Penal a que se refiere el artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y ello cualesquiera sea el momento procesal en que nos situemos. La regla 2.^a del artículo 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario, y se resuelve en la sentencia. Y otro cuando median conexión y pluralidad sucesiva mediante la acumulación de causas o procedimientos, resolviéndose su aplicación en auto.

No representa un argumento en contra el texto del artículo 76.2 a) de la Ley General Penitenciaria. Precisamente el arma utilizada para rebatirle es la misma empleada en su defensa: el elemento gramatical. Quienes se sienten inclinados a extender la competencia de los Jueces de Vigilancia a los hechos objeto de la Consulta se fijan en el último inciso del artículo 76.2 a): «Asumiendo —los Jueces de Vigilancia— las funciones que corresponden a los Jueces y Tribunales sentenciadores.» Esta frase, sin embargo, no puede desvincularse de la inmediatamente anterior. El Juez de Vigilancia, es cierto, asume esas funciones, pero no se predicán de modo abstracto o general, sino que están relacionadas con pronunciamientos ya existentes de los Juzgados y Tribunales; al Juez de Vigilancia, dice el artículo 76.2 a) antes del inciso antes reproducido, corresponde «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones, en orden a las penas privativas de libertad, se lleven a cabo». Resulta evidente que los pronunciamientos sobre las penas privativas de libertad han de estar conteni-

dos en decisiones de otros —ajenas al Juez de Vigilancia— que sean competentes para imponer penas privativas de libertad. Si esta es, indudablemente, una facultad extraña a los Jueces de Vigilancia, todos los pronunciamientos a ejecutar han de proceder de otros órganos jurisdiccionales. Asumen, pues, los cometidos de ejecución que corresponderían a otros, pero no las funciones todas que correspondan a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

En conclusión, lo que expresa el artículo 76.2 a) es que las decisiones a adoptar a fin de que las penas privativas de libertad se cumplan (facultad de los Jueces de Vigilancia), han de sujetarse a los pronunciamientos de las resoluciones que impongan aquellas penas (facultades de Jueces y Tribunales), ya provengan de sentencia o de auto en que se hayan refundido las impuestas en distintas sentencias. La única intervención en la penalidad decidida por otros estriba en que los Jueces de Vigilancia pueden alterar el tiempo de cumplimiento al aplicar los beneficios penitenciarios [art. 76.2 b) y c)], pero no están facultados para hacer uso del artículo 70.2, que supondría no alteración, sino sustitución de las diversas penas impuestas por una nueva y distinta, constituida por el tripe de la mayor, dejando extinguidas las que procedan.

3. Al hacerse aplicación del artículo 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, están en fase de ejecución las respectivas sentencias. Pero el contenido del auto resolutorio del incidente de acumulación de las penas impuestas en distintos procesos es efecto de una potestad de declaración o de aplicación de normas penales. Si, abstractamente, los autos dictados en período de ejecución de sentencias no tienen acceso a la casación, el auto dictado al amparo del artículo 988, párrafo tercero, es recurrible por infracción de ley, no pudiendo ser otro el precepto sustantivo violado que el artículo 70.2 del Código Penal. Quien lo aplique está realizando, pues, función de juzgar, en la que, sobre todo, debe valorarse la conexión entre los hechos de los distintos procesos. Y esta función no compete a los Jueces de Vigilancia. Conexión y penalidad se hallan en relación inmediata, generadora no sólo de efectos procesales (el enjuiciamiento conjunto de los hechos conexos), sino también de efectos sustantivos (menor consecuencia punitiva), estando éstos subordinados al examen de si existen o no los nexos entre los distintos hechos que se describen en el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, particularmente si el vínculo es de medio a fin (art. 17, 3 y 4) o de analogía o relación entre los hechos (art. 17.5). Determinar si la relación de conexidad es de medio a fin o no y concretar si hay analogía delictual o relación delictual entre los distintos hechos, no es algo automático, sino que está en función de la forma de ejecución delictiva, de la peculiar naturaleza de los hechos o del carácter del bien jurídico violado, lo que excede obviamente de las funciones atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de «hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1 de la LGP), para lo que en tanto se dictan las normas sobre procedimientos de su actuación se atenderán, dice la disposición transitoria 1.ª de la Ley General Penitenciaria, a los artículos 985, 987 y 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que son precisamente los situados en la propia fase de ejecución.

4. En este mismo sentido se ha pronunciado el auto de 7 de abril de 1989, dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción número 11 de Barcelona y el de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, en la que tan sólo se cuestionaba qué

órgano debía conocer del expediente sobre refundición de condenas derivado de la aplicación de los artículos 70.2 del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Previamente el Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en razonado informe, sostuvo también que la competencia para el incidente de refundición de penas en orden a la aplicación, si procede, del artículo 70.2 del Código Penal, debe atribuirse no al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino a alguno de los órganos decisores que haya dictado la última sentencia.

