

## La ejecución penal y la separación de poderes en España

**Víctor Manuel Comendador García**

Funcionario de Instituciones Penitenciarias y de Policía Local, Director de los Centros Penitenciarios de Herrera de la Mancha, Huelva y Cádiz (Puerto II) e Intendente Mayor Jefe de la Policía Local de Jerez de la Frontera, Jubilado

Diario La Ley, Nº 9676, Sección Tribuna, 17 de Julio de 2020, **Wolters Kluwer**

Normativa comentada  
Comentarios

### I

Debemos comenzar precisando que a diferencia de otros países europeos, también con raíces jurídicas parecidas a las nuestras, partimos de supuestos Constitucionales diferentes puesto que, en nuestro país los ciudadanos eligen únicamente un parlamento, unas Cortes Generales, las cuales elegirán el Ejecutivo y de forma más o menos indirecta influirán en la conformación del Poder Judicial por medio del nombramiento del Consejo General del Poder Judicial.

Esto conlleva que al partir las iniciativas legislativas del Ejecutivo y éste, haber nacido de una mayoría parlamentaria, quiérase o no, va ser el Poder hegemónico de alguna forma, si bien El Constituyente trató de asegurar una separación de poderes por vía de garantizar la absoluta independencia Jurisdiccional, la cual se manifiesta en que el propio Gobierno de los Jueces, Consejo General del Poder Judicial, fuera su mayoría ideológica del carácter que fuera, nunca podrá intervenir en las actuaciones Jurisdiccionales de Jueces y Tribunales.

Hecho este pequeño preámbulo, vemos que la Constitución Española en su art. 117.3 (LA LEY 2500/1978) determina : **«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»**

Como desarrollo del mandato constitucional tenemos la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985), la cual en su Art. 2.1 (LA LEY 1694/1985) establece: **«El ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las Leyes y en los tratados internacionales.»**

De lo expuesto inferimos sin lugar a dudas que la ejecución penal es competencia exclusiva de Jueces y Tribunales sin que quepa injerencia o intervención por otros Poderes del Estado en dicha atribución competencial, conferida, como vemos, por El Constituyente al Poder Judicial.

Hasta aquí ninguna discusión o debate cabe sobre el hecho de que el Poder del Estado al que corresponde llevar a cabo la ejecución de lo juzgado y por tanto de todo lo sentenciado en firme es, como antes decimos, al Poder Judicial, pero, como veremos, en la práctica real caben serias dudas de que la teleología del Constituyente se haya conseguido llevar a la práctica muy especialmente en el Orden Jurisdiccional al que nos referimos, es decir, en el Orden Jurisdiccional Penal y no por responsabilidad de la Jurisdicción sino por la dependencia en cuanto a medios humanos y materiales a que, *in fine*, se la ha sometido al ser el Ejecutivo el que dispone y proporciona los medios para que ésta lleve a cabo en su totalidad las funciones que la Carta Magna le atribuye con meridiana claridad.

El Poder Ejecutivo dirige y gestiona los Centros Penitenciarios por medio de Cuerpos Penitenciarios compuestos por funcionarios de la Administración General

Llegados a este punto, debemos significar que si bien el Poder Judicial es el competente en la ejecución penal, en la práctica, la infraestructura tanto material como de recursos humanos, la aporta **el Poder Ejecutivo el cual construye los Centros Penitenciarios, los dirige y gestiona, por medio de Cuerpos Penitenciarios compuestos por funcionarios pertenecientes a la Administración General y obviamente dependientes del propio Ejecutivo**, amparado por una Ley de rango Orgánico, Ley Orgánica 1/1979, de 26 de

septiembre, General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979) que no debemos olvidar que se promulga, en sentido cronológico, antes de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) y que dadas las circunstancias coyunturales (inicio del desarrollo Constitucional), es obvio que confiere una sustancial parcela de Poder en materia penitenciaria y consecuentemente de ejecución penal, al Ejecutivo con el que, ya de inicio, el preso, desde su ingreso en un Centro Penitenciario, entabla una relación de especial sujeción de Derecho Administrativo.

Bien es cierto que esta misma norma reserva, crea y atribuye competencias importantes a la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria en sus Arts. 76, 77 y 78 (LA LEY 1694/1985) pero dejando en la más absoluta laguna legal cualquier norma de Derecho Adjetivo que sirviera de cauce procesal a esta Jurisdicción, cuestión esta que ha originado no poca dificultad en la jurisprudencia menor de estos Juzgados, de los que se ha establecido su segunda Instancia en las Audiencias Provinciales, excepto en supuestos a que se refiere la Disposición adicional 5ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985) :

**«2. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado.»**

**3. Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa. Conocerá de la apelación o de la queja la Audiencia Provincial que corresponda, por estar situado dentro de su demarcación el establecimiento penitenciario.»**

Debemos ya resaltar que en el desarrollo reglamentario de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, art.79 (LA LEY 2030/1979) que constituye un marco amplio e inconcreto, el Real Decreto 190/96 de 9 de febrero, en su artículo 31 (LA LEY 664/1996) determina: «Competencia para ordenar traslados y desplazamientos»

**1. Conforme a lo establecido en el art. 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979), el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.**

Como vemos, la Administración Penitenciaria, es decir el Ejecutivo, se reserva la competencia de destino al Centro Penitenciario que estime conveniente, de los penados, consecuencia de lo cual «el juez predeterminado por Ley», en este caso el de Vigilancia Penitenciaria y por ende el jurisdiccional Ordinario ( art. 24.2 de la CE (LA LEY 2500/1978)) al que todo ciudadano tiene derecho, y que no hace decaer ni limita una condena, en cada momento del cumplimiento de la misma, sera el que crea conveniente el Ejecutivo Central o Ejecutivos que correspondan según la transferencia o no de las Competencias Penitenciarias a las Comunidades Autónomas, en suma el poder Ejecutivo, por un medio tan sencillo como trasladar al interno al Centro Penitenciario que estime adecuado, en virtud de la competencia exclusiva que se tiene atribuida en vía de potestad reglamentaria en materia de clasificación y destino a Centro de los penados.

Solo quedará a salvo este derecho, respecto del Tribunal Sentenciador en la materia exclusiva que le atribuye la Disposición adicional 5ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985).

Lo expuesto como primer ejemplo.

Dentro de las competencias que la LOGP (LA LEY 2030/1979), atribuye al Ejecutivo se encuentran todas las relativas al tratamiento penitenciario, medio para conseguir el fin último que la Constitución Española (LA LEY 2500/1978) que en su art. 25.2 (LA LEY 2500/1978) establece, que no es otro que la reeducación y reinserción social de los penados.

**«2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad»**

El aspecto tratamental confiere la posibilidad de clasificar a los penados en grados de Tratamiento y régimen de vida en prisión

De facto, el aspecto tratamental confiere la posibilidad de clasificar a los penados en grados de Tratamiento y régimen de vida en prisión que van desde el régimen cerrado más estricto hasta la vida en semilibertad, incluido el disfrute de permisos de salida como elemento para la preparación de la vida en libertad y todo ello conferido o denegado dentro de un sistema de Órganos y Órganos Colegiados de los Centros Penitenciarios, Equipos de Tratamiento y Junta de Tratamiento siempre, estos últimos, presididos por el Director del Establecimiento Penitenciario, cargo funcional actual de

libre designación de la Secretaria General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior o el homólogo correspondiente de las Comunidades Autónomas que tengan transferida esta competencia; hasta el momento actual, Cataluña únicamente.

***(Este tipo de transferencia, pensamos, sería motivo de estudio al respecto de su constitucionalidad).***

A poco que nos adentremos en el estudio y análisis de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979), Título III, Art. 59 y ss (LA LEY 2030/1979). Referido al Tratamiento Penitenciario veremos que la forma de cumplimiento de un penado mantiene substanciales diferencias, amparadas en supuestos de Tratamiento que se sustentan en la doctrina acuñada al amparo de la LOGP (LA LEY 2030/1979) por el Órgano Administrativo responsable de la ejecución tratamental, es decir, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior y que se ha dado a conocer como «Individualización Científica» para la aplicación del referido Tratamiento.

Esta individualización, que parece ser lógica, si no se establecen garantías de objetividad absoluta, en la práctica real podría convertirse, en ocasiones, en auténticos beneficios penitenciarios que, siempre en el terreno de la hipótesis y en determinados supuestos, se prestarían a estar auspiciados por el Poder Ejecutivo de turno. Esta imprecisión jurídica, también en estricto terreno de la hipótesis y estudio, entendemos, podría convertirse «*contrario sensu*», en que la forma de cumplimiento de un determinado penado fuese la más dura para él.

Este extremo podría verse agravado por la diversificación que distintas ideologías interpretativas del Tratamiento Penitenciario pudieran añadirse, al ser transferida la competencia Penitenciaria a las distintas Autonomías, lógicamente, con medios y sensibilidades distintas, aunque estén sujetas al mismo Ordenamiento Jurídico.

De forma más evidente aun podemos comprobar este extremo en el Real Decreto 190/96 de 9 de febrero (LA LEY 664/1996), Reglamento Penitenciario.

Este Texto, viene a profundizar aún más en los elementos de discrecionalidad que en la ejecución penal se confiere al Ejecutivo sea este Central o Autonómico y consecuentemente será en el mismo en el que nos centremos para ver que, en la práctica y bajo basamentos técnico-conductuales, el poder Ejecutivo tiene en su mano el mayor número de resortes técnico-legales para poder llegar a que una condena de privación de libertad lo sea, al momento de su ejecución, en la más rígida de sus concepciones o en la más laxa de sus aplicaciones.

## II

Toda esta problemática nace de una concepción general por la que, se ha entendido que los medios, de todo tipo, para el efectivo ejercicio de las potestades jurisdiccionales se han condicionando para su ejecución a infraestructuras, y recursos que proporciona el Ejecutivo y que, consecuentemente, organiza y dirige a su entender y contra lo que poco puede hacer un Poder del Estado como el Judicial, que no puede gestionar los necesarios medios materiales para la ejecución de sus decisiones que siempre han de verse sujetas para su aplicación práctica, a los medios que le proporciona otro poder del Estado, tanto en este caso como en el que ya hemos tratado en otras ocasiones, de la Policía Judicial.

Tenemos ejemplo de ello en la concepción que *in fine* ha tenido la Policía Judicial, concebida en su inicio con Unidades adscritas y bajo las órdenes directas de Jueces y Tribunales, cuestión que ha terminado en la práctica real, convirtiéndose en Unidades Orgánicas de los Cuerpos Policiales, especializadas, que llevan a cabo las tareas encomendadas por las Autoridades Judiciales pero siempre bajo la dependencia directa de su estructura administrativa general, ubicadas en sus sedes policiales y cuyos Mandos son seleccionados y nombrados por el Ejecutivo de turno así como removidos de su cargo por el mismo o el siguiente Ejecutivo.

Entendemos que este sistema dista mucho del concebido *ab initio* por el Constituyente y que desarrollado en una Ley Orgánica (L.O. FCSE), se fue transformando a la actual aplicación.

Esto ha sucedido con Instituciones Penitenciarias cuya Ley Orgánica, la cual desde esta misma tribuna hemos reconocido como una extraordinaria Ley, pero que, no lo olvidemos, se promulgó en un momento dado de nuestra historia contemporánea convulso y en el que aun no se había desarrollado a nivel de Derecho Sustantivo los principios básicos de un Estado de Derecho, es decir, una real y total separación de Poderes tal y como fue concebida por Charles Louis de Secondat, «Montesquieu».

Por ello, también mantuvimos y mantenemos, **en nuestra opinión**, que esta, en principio magnífica Ley, como otras, necesita por el transcurso del tiempo y las circunstancias ser adaptada, incluso a través de normas complementarias, a la situación actual.

### III

La clasificación penitenciaria de todo penado comienza con un período de observación, no superior a seis meses, en el que el Equipo de Observación compuesto por Psicólogo/a, Jurista, Trabajador/a Social y Educador/a (este último Funcionario/a de la Escala de Ayudantes o Cuerpo Especial de Instituciones Penitenciarias, con unos Cursos de Adaptación Internos).

El referido Equipo tras la observación que estime procedente, emitirá un informe a la Junta de Tratamiento, proponiendo el Grado de Tratamiento y forma de aplicación del mismo así como destino a Centro Penitenciario que estime conveniente para el penado, este Órgano Administrativo Colegiado, tras valorar y en su caso, debatir la propuesta del Equipo, que forma parte del mismo, la someterá a votación que, en caso de empate, sería resuelta por el Voto Dirimente del Director del Centro, a su vez, Presidente del Órgano Colegiado que también detenta la capacidad de suspender el acuerdo, si éste no coincide con su interpretación y someterlo a la decisión del Órgano Administrativo Superior, es decir de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

Este autocontrol administrativo ha venido a ser vaciado de contenido por lo que, a continuación, exponemos.

La Administración por la vía de delegación de competencias habría convertido el Recurso de Alzada en un Recurso de Reposición que pondría fin a la vía Administrativa

La resolución, caso de no ser suspendida, como antes decimos, era propuesta para firmeza Administrativa al Centro Directivo, es decir, Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Por supuesto y si era suspendida por el Director seguía el mismo procedimiento de control Administrativo, pues bien, esta garantía revisora y de autocontrol administrativo, actualmente, ha sido vaciada de contenido al ser delegada en los propios Directores de los Centros Penitenciarios la capacidad resolutoria sobre firmeza del acuerdo, motivo por el que entendemos que el posible recurso de alzada por parte del sujeto pasivo, es decir, el penado, se lleva a cabo realmente ante el

Presidente del Órgano Colegiado que dicto la Resolución combatida. Siendo que la Administración por esta vía de delegación de competencias y respecto del recurso en vía administrativa, habría convertido de facto el Recurso de Alzada en un Recurso de Reposición que pondría fin a la vía Administrativa.

Es fácil entender que esto que exponemos, pudiera, supuestamente, complicar el derecho a la defensa que tiene el penado frente a la Administración ex art. 24 de la CE (LA LEY 2500/1978) puesto que únicamente le quedaría la vía Contencioso Administrativa necesitada de representación procesal por profesionales en relación con el destino a Centro Penitenciario y la Jurisdiccional de Vigilancia Penitenciaria en lo relativo a la Clasificación.

Por último al haberse dado conocimiento al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria y notificado al penado, caso de progresión o regresión de grado de tratamiento, el Juzgado podrá intervenir en vía de recurso de queja del interesado en disconformidad con el grado de tratamiento asignado, o caso contrario, por recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en base a la misma motivación. Pero en forma alguna en el destino a Centro, cuestión importante incluso desde el punto de vista de tratamental por influir en cuestiones tan importantes como es el arraigo familiar.

En lo mismo estaríamos en la concesión de permisos de salida e incluso en la aplicación de regímenes de vida híbridos como es el previsto en el art. 100.2 del Real Decreto 190/96 de 9 de febrero (LA LEY 664/1996), Reglamento Penitenciario (salidas diarias del Establecimiento Penitenciario para realizar trabajos, formación, voluntariado, etc.), caso de ser concedido este régimen tratamental el Juez de Vigilancia Penitenciaria, al serle comunicada la

Resolución, puede, de oficio, aprobar o reprobado la medida. Nuevamente la potestad del Ejecutivo llevará a cabo la ejecución de lo resuelto anticipándose a la autorización judicial que, caso de ser contraria suspendería de inmediato el régimen acordado por la Junta de Tratamiento pero que, obviamente, se encontraría en ejecución.

Debemos significar aquí y resumiendo que solo tendrá un verdadero control de la ejecución penal la Jurisdicción, por medio de Recurso del Penado o del Ministerio Fiscal, —Disposición Adicional 5ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985)— siendo únicas partes legitimadas en el Procedimiento Jurisdiccional, procedimiento en el que la Administración queda reducida al aporte de sus Actuaciones, cuestión que, si bien parece poco relevante no es tal, ya que el elemento de juicio principal que va a tener el Orden Jurisdiccional, con peso pericial va a ser el Expediente de Clasificación del penado (informe del Equipo de Tratamiento y Actas de la Junta de Tratamiento, así como circunstancias penales y penitenciarias del informado, elaborado por la Administración Penitenciaria (Poder Ejecutivo) lo que, sin ser definitorio, no cabe duda de que tiene una extraordinaria virtualidad en el Procedimiento Judicial.

Como corroboración y apoyo jurídico de todo lo dicho remitimos al lector a la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (LA LEY 2030/1979) y su Reglamento de desarrollo el Real Decreto 190/96 de 9 de febrero (LA LEY 664/1996), Reglamento Penitenciario así como a la Jurisprudencia **y la colección de Instrucciones de Servicio de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y Decretos de delegación de competencias en los Directores de los Centros Penitenciarios.**

Debe reconocerse que es parte importante la **Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LA LEY 1694/1985)**, en su redacción dada por la L.O. 5/2003, de 27 de mayo (LA LEY 940/2003), por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio (LA LEY 1694/1985), del Poder Judicial; la L.O. 1/1979, de 26 de septiembre (LA LEY 2030/1979), General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (LA LEY 2415/1988) («B.O.E.» 28 mayo). Vigencia: 29 mayo 2003, que indudablemente ha venido a clarificar aspectos competenciales y procesales importantes, si bien entendemos insuficientes al respecto del tema que venimos tratando.

#### IV. Conclusiones

De lo que venimos exponiendo extraemos la conclusión de que, nuestro sistema penitenciario, inspirado indudablemente en la humanización de la pena y del propio Derecho Penal es gestionado en una excesiva medida por el Poder Ejecutivo, cuestión esta que no es compatible ni Doctrinalmente ni de facto con la propia Ciencia Penal que lo inspira así como que el Ordenamiento Jurídico que lo sustenta no garantiza la estricta separación de poderes que, como decimos, debe vertebrar nuestro Estado de Derecho en todas las materias pero muy especialmente en la penal, por ser la última ratio del Ordenamiento Jurídico y en la que reside la conservación de ese mismo Orden Jurídico, cometido que no puede ser garantizado mas que por un Poder Judicial independiente y dotado de todos los medios e instrumentos Jurídicos, humanos y materiales necesarios para llevar a cabo, por sí mismo, su trascendental responsabilidad.

No debe olvidarse que puede haber conductas antijurídicas pero muy especialmente las corregidas por el Derecho Penal son aquellas que rompen bienes jurídicamente protegidos trascendentales para la conservación de la defensa y el orden social, así como el mantenimiento del respeto a los Derechos Humanos.

En un Estado de Derecho el Poder Legislativo es el resultado democrático de la voluntad popular y que, de esa voluntad dimana el Poder Ejecutivo

No decimos nada nuevo si aseguramos que en un Estado de Derecho el Poder Legislativo es el resultado democrático de la voluntad popular y que, en el caso de España, de esa voluntad, de una u otra forma, dimana el Poder Ejecutivo pero ha de garantizarse que estos Poderes cumplen estricto sensu con esa voluntad popular y soberana que los creó, dentro de los principios generales del Derecho.

Esa garantía, insistimos, solo puede darla el Poder Judicial desde una absoluta independencia, que en gran medida ayudaría a proporcionarle su dotación tanto de medios humanos como materiales que gestionara de forma autónoma y sin dependencia alguna de otros poderes del Estado cumpliéndose así con el que fuera aforismo jurídico ***iura novit curia***; hoy elevado a principio: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 20 de mayo de 1985, esencia básica para que una Democracia fundada en el Estado de Derecho, pueda sustentarse.

