



Control jurisdiccional de la ejecución penal y penitenciaria

Jurisdictional control of penal and penitentiary enforcement

Juan Carlos Vegas Aguilar

Universidad Católica de Valencia "San Vicente Mártir"

jc.vegas@ucv.es

ORCID 0000-0001-9832-1977

Resumen

El debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica del proceso de ejecución penal ha sido muy intenso en nuestra doctrina, sobre todo en lo referente a la ejecución de la pena de prisión. Este trabajo pretende sostener la naturaleza jurisdiccional de la ejecución con base en lo establecido en la propia Constitución Española de 1978. Para ello vamos a examinar las características de la función jurisdiccional —el ejercicio rogado de la ejecución penal, su actuación de modo irrevocable y la existencia de desinterés objetivo en sus resoluciones—, las cuales son plenamente aplicables a las decisiones que adopta el órgano jurisdiccional competente para la ejecución penal.

Palabras clave: Ejecución penal; control jurisdiccional; justicia rogada; desinterés objetivo.

Abstract

The doctrinal debate on the legal nature of the criminal enforcement process has been very intense in our doctrine, especially with regard to the enforcement of prison sentences. This paper aims to uphold the jurisdictional nature of enforcement based on the provisions of the Spanish Constitution of 1978. To do so, we will examine the characteristics of the jurisdictional function - the exercise of criminal enforcement, its irrevocable nature and the existence of objective disinterest in its decisions - which are fully applicable to the decisions adopted by the court competent for criminal enforcement.

Key words: Criminal enforcement; jurisdictional control; rogatory justice; objective disinterest.

1. Introducción

El debate doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal ha sido muy intenso, el cual, como señala ESPARZA LEIBAR, “se ha planteado, fundamentalmente respecto a las penas privativas de libertad”¹ debido a que estas se ejecutan, materialmente, por la Administración Penitenciaria.

Esta Administración tienen como funciones, según el artículo primero de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP):

- Reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad;
- Retención y custodia de detenidos, presos y penados;
- Y la asistencia y ayuda de los internos y liberados.

Así, la importante labor de estos órganos administrativos en la ejecución penal ha suscitado este debate, surgiendo una serie de teorías al respecto.

2. Diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica de la ejecución penal

En torno a la cuestión de la naturaleza jurídica de la ejecución existen tres posturas doctrinales diferentes las *administrativistas*, las *jurisdiccionalista* y las *mixtas*².

2.1. Teoría administrativista

La idea común que une a los partidarios de la teoría administrativista se centra en

considerar que la ejecución de la pena privativa de libertad es una actividad puramente administrativa y no jurisdiccional³.

Entre los defensores de estas tesis se encuentran diversos procesalistas italianos, de los que podemos citar a SANTORO. Este autor afirma que:

“La sentenza, atto processuale, riconosce il diritto materiale e lo presidia. Dopo di essa, l’attività processuale ha termine, e viene in considerazione nuovamente il diritto materiale, ma non già come reato, ma come sanzione”, concluyendo que *“L’esecuzione penale, come esecuzione materiale, è l’esecuzione vera e propria”*⁴.

De este modo, asevera que la sentencia es el último acto procesal en la que se reconoce el derecho material que ha presidido el proceso. Una vez dictado este último acto, de naturaleza procesal, se vuelve de nuevo al derecho material, aunque esta vez no como delito sino como sanción. Por esta causa llega a la conclusión de que la ejecución penal verdadera y propia es la ejecución material, cuya naturaleza jurídica es propiamente administrativa.

Así, considera que la ejecución de la sentencia dictada en el proceso penal ya no forma parte de tal proceso, dejando de estar en la jurisdicción para pasar a la administración, que es la encargada de llevar a cabo los pronunciamientos establecidos en la sentencia.

¹ J. F. ETXEBARRÍA GURIDI, S. BARONA VILAR, A. PLANCHADELL GARGALLO, E. MARTINEZ GARCIA, I. ESPARZA LEIBAR, J. L. GÓMEZ COLOMER, *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, 4ª Edición, Valencia, 2024, Tirant lo Blanch, pág. 574.

² C. NAVARRO VILLANUEVA, recoge estas tres teorías en *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, Barcelona, 2002, J. M. Bosch Editor, págs. 74-105.

³ M^a. I. GONZÁLEZ CANO, afirma que “En las construcciones doctrinales que optan por atribuir a la

ejecución penal una naturaleza no jurisdiccional late la idea fundamental de que el proceso penal, como actividad encomendada a la autoridad judicial, finaliza con la sentencia de condena”, en *La Ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, 1994, Tirant lo Blanch, pág. 72.

⁴ A. SANTORO, *Manuale di Diritto Processuale Penale*, Turín, 1954, Unione Tipografico-Editrice, pág. 694.

En la misma línea se pronuncia LEONE, el cual sostiene que la ejecución penal “hunde sus raíces en tres sectores distintos: en lo que respecta a la vinculación de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra en el derecho penal sustancial; en lo que respecta a la vinculación con el título ejecutivo, entra en el derecho procesal penal; y en lo que atañe a la actividad ejecutiva verdadera y propia, entra en el derecho administrativo”⁵. No obstante, el propio autor reconoce la participación del órgano jurisdiccional en la ejecución, aunque considera que dicha intervención no tiene tanta enjundia como para dotarla de carácter jurisdiccional.

Por su parte, CHIOVENDA postula la naturaleza administrativa de la ejecución penal a través de la teoría de la *sustitución*, según la cual el autor afirma que “la función jurisdiccional es la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena”⁶. Dicha sustitución tiene lugar de dos formas diferentes, las cuales corresponden a sendas fases del proceso como son el *conocimiento* y la *ejecución*.

Durante la primera de estas fases “la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual, no solo de las partes, sino de todos los ciudadanos, al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de ley concerniente a las partes”⁷ así, “en la sentencia, el Juez se sustituye para siempre a todos al afirmar existente una obligación de pagar, de dar, de hacer o no hacer, al afirmar existente el derecho a la separación personal o a la resolución de un contrato, o querido por

la ley un castigo”⁸, suponiendo esta labor la función propia de *juzgar*.

Por el contrario, siguiendo con este autor, en la fase de *ejecución*, entendida como “actuación definitiva de la voluntad declarada”, cuando esa voluntad “no puede cumplirse más que por los órganos públicos, esta jurisdicción, en sí misma, no es jurisdicción; así, no es jurisdiccional la ejecución de la sentencia penal”⁹. En cambio, si tal voluntad no se ha de efectuar únicamente por órganos públicos, sino que “se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la sustitución de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida, sea que la actividad pública tenga solo por fin constreñir al obligado a obrar, o que atienda directamente al resultado de la actividad debida”¹⁰.

De este modo, se puede ver que el autor considera la ejecución penal como una actividad administrativa, aduciendo que los únicos órganos con competencia para llevarla a cabo son órganos públicos sin que actúen en sustitución de otra persona. Por el contrario, piensa que la ejecución civil sí es actividad jurisdiccional por cuanto que si el obligado a ejecutar la sentencia civil no lo hace, son los órganos judiciales los que, sustituyendo la voluntad de aquel, le deberán obligar a realizar lo establecido en la sentencia.

CHIOVENDA parte de la base de que del Estado emanan tres poderes, *legislativo, gubernativo o administrativo y judicial*. El poder judicial es desarrollado por los órganos jurisdiccionales, en sustitución de los órganos del Estado, en virtud de la voluntad de una ley. En cambio, en la ejecución penal no es posible

⁵ G. LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1963, III, traducido por Santiago Santis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 472.

⁶ J. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Madrid, 2000, Traducción española de la tercera edición italiana por José Casais y Santaló, Reus S.A, pág. 373.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ibidem*, págs. 373-374.

¹⁰ *Ibidem*.

tal sustitución, puesto que se trata de una tarea que solo puede llevarse a cabo por medio de órganos públicos, por lo que se trata de una actividad administrativa. De esta manera afirma que “la administración es una actividad primaria” y “la jurisdicción es una actividad secundaria”¹¹.

En la doctrina española también hay autores representativos de las teorías administrativistas. Entre ellos se puede citar a GUTIÉRREZ DE CABIEDES, el cual afirma que “la jurisdicción es la función creadora del derecho para el caso concreto, mediante el juicio, por órganos imparciales revestidos de autoridad”. Así, considera procesales todas aquellas normas jurídicas que provocan una actividad jurisdiccional, como las que regulan la acción, la demanda, la prueba, etc. En cambio, señala que la ejecución no tiene carácter procesal porque pertenece a la parcela de la *potestas*¹² y no a la de la *auctoritas*¹³.

Por último, citaremos a GONZÁLEZ NAVARRO, que señala que la creación del Juez de Vigilancia Penitenciaria (JVP) no ha supuesto la judicialización de la ejecución de las penas puesto que esta figura “no pasa de ser un funcionario de la carrera judicial que ostenta

la titularidad de una unidad orgánica de la Administración penitenciaria. Como tal, sus funciones no son judiciales, en el puro y estricto sentido que tiene esta expresión, sino administrativas”¹⁴.

De esta manera –continuando con el citado autor– la sola creación de la figura del JVP no supone la “judicialización de la ejecución de la pena”, ya que, para determinar la naturaleza jurídica de la ejecución penal, no importa que los funcionarios encargados de realizarla provengan de la carrera judicial o de la administrativa. Lo realmente determinante es que al ejecutar la pena se ejerce una potestad y no una autoridad, con lo que “el juez de vigilancia penitenciaria actúa como administrador –ejecutor– de la pena, y no como juez –impartidor de justicia–”¹⁵.

2.2. Teoría jurisdiccionalista

La segunda de las teorías referentes a la naturaleza jurídica de la ejecución penal es la jurisdiccionalista. Estas se centran en considerar que la ejecución penal es una labor propia y exclusiva de la jurisdicción, en la que la actividad administrativa sirve únicamente de apoyo al juez.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Para GUTIÉRREZ DE CABIEDES la *auctoritas* es “la verdad socialmente reconocida”, mientras que la *potestas* es “la fuerza organizada del Estado” en “Concepto de Derecho Procesal” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. III, julio-septiembre, 1970, pág. 46.

¹³ *Ibidem*, pág. 56.

¹⁴ F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder Domesticador del Estado y Derechos del Recluso” en *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Eduardo García De Enterría)*, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 1109. En contra GARCÍA VALDÉS, ponente de la LOGP, que defiende que “ha de quedar diáfana la necesaria separación entre las atribuciones de la Administración penitenciaria y las de los Jueces de Vigilancia, y no puede producirse una invasión de aquéllas por las de éste, (...) sería como venir a reconocer facultades de dirección del establecimiento a toda autoridad judicial” en *Comentarios a la legislación penitenciaria*, Madrid,

1995, reimpresión, Civitas, págs. 243-244. En el mismo sentido, E. RUIZ VADILLO,, señala que “el Juez no debe ser ni el supervisor de la actividad administrativa de las prisiones, ni mucho menos una especie de superdirector de Establecimientos. No debe, pues, presidir juntas carcelarias, ni inmiscuirse en el régimen interior porque, a nuestro juicio, ello le quitaría autoridad e independencia para sus más importantes misiones y en cambio se producirían o se podrían producir roces y perturbaciones contraproducentes” en “La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 32, fascículo 1, año 1979. Asimismo, F. RACIONERO CARMONA, afirmar que el JVP “no es un ‘superdirector’ del Establecimiento Penitenciario, no puede inmiscuirse en la gestión de los Centros ni puede presidir comisiones ni órganos penitenciarios” en *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Madrid, 1999, Dickinson, pág. 74.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 1110.

Al respecto afirmaba CARNELUTTI¹⁶ ya en 1956 que “creer que la condena agote el juicio penal, es una de las peores supersticiones que han oscurecido nuestra ciencia”¹⁷, aseverando a continuación que “si el juicio ha de ser juicio, esto es, conocimiento profundo, todo lo más profundo que sea posible, del delito y del reo, a fin de que la pena sea pena, esto es, adecuada al delito¹⁸, no se puede negar seriamente que la ejecución penal implique, a su vez, la *cognición*”¹⁹.

En palabras del autor citado “el juez, con la sentencia de condena, hace la diagnosis y prescribe la curación: también la curación, pues, es obra de justicia”²⁰. Asimismo, también cree conveniente que el juez ha de intervenir en ese proceso de recuperación, aún incluso modificando el tratamiento para el caso de que compruebe que no es el adecuado para la curación del reo, del mismo modo que el médico actúa cuando observa que el enfermo no admite los medicamentos que le están siendo suministrados²¹.

Con este símil, de la prisión con un hospital, el autor nos traslada la idea de la rehabilitación del condenado y del papel fundamental que el juez ha de jugar en ella, ya que este debe de ser el *médico* bajo cuya responsabilidad se ha de imponer, aplicar, vigilar y, en su caso

corregir, el *tratamiento* que se tiene que seguir para alcanzar el objetivo primordial de la pena, que no es otro que la *curación del enfermo*.

Dentro de la doctrina española se puede citar a FENECH. Este, en la misma línea que CARNELUTTI, mantiene que el proceso de ejecución penal tiene una gran importancia para los procesalistas. Señalando que la función jurisdiccional en el proceso penal no termina al dictar la sentencia, sino que los castigos o penas contenidos en la sentencia se han de llevar a la práctica para que logren alcanzar sus fines perseguidos²².

De este modo, manifiesta que “la función jurisdiccional, en cuanto tiende a garantizar la observancia de la norma jurídico-penal, no cumple su fin con la sola declaración de inocencia o culpabilidad (...) sino que llega a él aplicando al culpable la pena o la medida de seguridad a que se ha hecho acreedor por su acción criminal o por su conducta peligrosa”²³.

Por su parte, FAIRÉN GUILLÉN afirma que “la ejecución procesal no es sino un momento del *iter* satisfactivo-procesal, aquel en que se da eficacia real y práctica a la satisfacción jurídica contenida en la sentencia. Solamente si dejamos de considerar a la ejecución como

¹⁶ Este autor en un principio negaba el carácter jurisdiccional al proceso penal ejecutivo, al que diferenciaba del proceso penal jurisdiccional que sí tenía tal carácter. Tal concepción fue modificada con el paso del tiempo hasta llegar al pensamiento que hemos visto *supra*, en C. NAVARRO VILLANUEVA, *Ejecución de la Pena...*, *op. cit.*, págs. 86-87.

¹⁷ F. CARNELUTTI, *El Problema de la Pena*, Buenos Aires, 1956, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 73.

¹⁸ CARNELUTTI hace una comparación bastante ilustrativa, y que podíamos aplicar a lo que ocurre en nuestros días, asemejando el camposanto a la penitenciaria, donde una vez ingresado el condenado todos se olvidan de él, al igual que ocurre cuando alguien es enterrado que poco a poco se le va olvidando. De este modo propone la idea de que la prisión no sea para el condenado lo que el cementerio para el difunto. Sino que el Centro penitenciario se debería de asemejar a un hospital, con lo que la

sentencia podría ser como el diagnóstico del médico y la prisión el tratamiento para su curación.

¹⁹ F. CARNELUTTI, *El Problema de la Pena*, *op. cit.*, págs. 74-75.

²⁰ F. CARNELUTTI, *Las Miserias del Proceso Penal*, Buenos Aires, 1959, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, pág. 113.

²¹ *Ibidem*.

²² Este autor considera, y estamos de acuerdo con él, que no puede comprenderse la función de la pena, ni determinar si su estructura actual sirve a los fines que se le señalan, sin que se estudie enmarcada en el proceso que tiende a actuarla, en M. FENECH, *Derecho Procesal Penal*, Barcelona-Madrid, 1960, 3ª Edición, V. II, Labor S.A., pág. 1256.

²³ *Ibidem*, págs. 1256-1257.

una parte del proceso (o como un tipo de proceso, según los casos) podría discutirse la existencia del *imperium* en la jurisdicción; más ahí está el ‘haciendo ejecutar lo juzgado’ (...) en tanto que la Administración solo actúa como auxiliar (o debe actuar como tal)”²⁴.

Más recientes, y ya sobre la base de lo establecido en el artículo 117.3 de la CE y en la creación de la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria por la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, *General Penitenciaria* (LOGP), se sitúa ROXIN. Este autor afirma que en España “la ejecución es también una parte del proceso jurisdiccional, competencia de los jueces”²⁵, afirmación que nos lleva a pensar su posicionamiento claro en favor de la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal.

En la misma línea doctrinal se posiciona MORENO CATENA, al plantear que no se puede apartar de la ejecución de la sentencia penal al órgano jurisdiccional que ha dictado en dicha resolución “el derecho estatal de penar en el caso concreto”²⁶, siendo este el exclusivamente competente para hacer que esta decisión se ejecute.

De este modo, el autor entiende que la intervención de la Administración no se debe más que a la falta de los medios necesarios de los tribunales para llevar a cabo los pronunciamientos establecidos en el título ejecutivo. Por este motivo, la participación de la Administración en la ejecución tiene un

carácter *subordinado* e *instrumental* respecto de la actividad jurisdiccional²⁷.

Asimismo, continúa afirmando, el mandato constitucional de *hacer ejecutar lo juzgado* “no puede comprender solo la decisión sobre el principio y el final del cumplimiento de la pena, sino también sobre el modo en que este se efectúa” considerando, de esa manera, que la ejecución penal constituye una función exclusivamente jurisdiccional²⁸.

En el mismo sentido se pronuncia CONDE-PUMPIDO, que tras reconocer la vigencia de la distinción hecha por GÓMEZ ORBANEJA²⁹, defiende que la actividad de la Administración penitenciaria tiene un claro “carácter subordinado e instrumental” a los Juzgados de Vigilancia³⁰.

También RAMOS MÉNDEZ se postula a favor de estas teorías afirmando que “la garantía judicial de tutela efectiva exige no solo el cumplimiento de la sentencia (...) impone también la existencia de un control jurisdiccional sobre toda la fase de ejecución”³¹. De este modo, el mencionado autor defiende que la Administración penitenciaria “aporta el sustrato de apoyo material para que sea visible la privación de libertad (...) pero, por un lado, no puede olvidarse que el recluso sigue siendo una persona humana, rodeada de derechos fundamentales; por otro lado, el propio sistema penitenciario establece todo un

²⁴ Este autor considera que la naturaleza jurisdiccional de la ejecución se establece ya en la Constitución de 1812, perdurando hasta la actualidad en nuestro ordenamiento. V. FAIRÉN GUILLÉN, *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional I*, Madrid, 1983, Editorial Revista de Derecho Privado, pág. 44.

²⁵ C. ROXIN, A. GUNTHER, y T. KLAUS, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho penal Procesal*, Barcelona, 1989, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ariel, S.A., pág. 285.

²⁶ V. MORENO CATENA, V. GIMENO SENDRA, y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1997, 2ª Edición, Colex., pág. 878.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Sobre el pensamiento de GÓMEZ ORBANEJA trataremos al hablar de las teorías mixtas, por lo que ahora simplemente apuntaremos que este autor distinguía entre *ejecución de la sentencia penal* y *ejecución de la pena*, considerando que la primera tiene naturaleza jurisdiccional, mientras la segunda es de naturaleza administrativa.

³⁰ AAVV, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Otras Leyes del Proceso Penal*, (Dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C.), Vol. IV, Valencia, 2004, Tirant lo Blanch, pág. 3800.

³¹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*, Barcelona, 2004, Atelier, págs. 389-390.

conjunto de derechos penitenciarios, cuyo control no puede quedar encomendado exclusivamente a las autoridades administrativas”³².

Asimismo, nos parece de interés el estudio de la profesora PEITEADO MARISCAL, la cual concluye que la ejecución de las penas privativas de libertad tiene naturaleza jurisdiccional. Lo destacable de dicho estudio es que la citada autora analiza tanto el derecho positivo regulador de la ejecución de las penas privativas de libertad, como la concurrencia de los elementos esenciales de la función jurisdiccional en la fase de ejecución de condenas privativas de libertad³³.

Por último, destacar a ESPARZA LEIBAR que tras analizar las normas reguladoras de la ejecución penal –Constitución, LECrim, LOGP, Ley 4/2014, entre otras– afirma que “hoy no podemos sino constatar la naturaleza jurisdiccional de la ejecución”³⁴.

De igual forma, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza jurídica de la ejecución en general y de la penal en particular, y lo ha hecho precisamente a favor de esta postura, atribuyéndole naturaleza jurisdiccional. De este modo, el Tribunal ha establecido que “la ejecución de las sentencias y resoluciones firmes corresponde a los titulares de la potestad jurisdiccional, haciendo ejecutar lo juzgado”³⁵. Asimismo, y en virtud del artículo 117.3 de la CE, también afirma que “la determinación del sentido de un fallo judicial es una función netamente jurisdiccional”³⁶.

En esta misma línea doctrinal, pero esta vez respecto al proceso de ejecución penal, ha establecido que los órganos judiciales penales tienen el cometido constitucional “de hacer ejecutar las condenas en los términos establecidos en las sentencias de acuerdo con la ley”³⁷.

2.3. Teorías mixtas

La última de las posturas que la doctrina ha adoptado con respecto al tema que se está tratando, la encontramos en las denominadas teorías mixtas o eclécticas. Esta corriente se encuentra situada a medio camino entre las teorías administrativistas y las jurisdiccionalistas, intentando conjugar las ideas defendidas por unas y otras. De esta manera, las teorías mixtas sostienen que en la ejecución penal se producen, de forma conjunta, actos de carácter propiamente jurisdiccionales junto con otros de naturaleza netamente administrativa.

Entre los partidarios de este pensamiento es posible citar a GÓMEZ ORBANEJA, el cual pone de manifiesto la diferencia entre *ejecución de la sentencia penal* y *la ejecución de la pena*. El autor considera que la *ejecución de la sentencia penal* se constituye como una actividad estrictamente procesal con naturaleza jurisdiccional, consistente en “los actos de los órganos judiciales competentes destinados a promover la condena conforme a las normas sustantivas que regulan la naturaleza y modalidades de las penas y de acuerdo con las normas procesales que determinan las condiciones y requisitos de la ejecutoriedad de los fallos, así como a la

³² *Ibidem*.

³³ P. PEITEADO MARISCAL, *La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad*, Edersa. La autora considera que la ejecución de las penas privativas de libertad tiene naturaleza jurídica porque en ella se dan los elementos propios de esta actuación a saber: la actuación del Derecho objetivo en el caso concreto; el desinterés objetivo de los órganos judiciales encargados de dicha materia; la imparcialidad e independencia de los órganos que ejecutan y la

determinación irrevocable del Derecho, elementos que analizaremos *supra*.

³⁴ J. F. ETXEBARRÍA GURIDI, S. BARONA VILAR, A. PLANCHADELL GARGALLO, E. MARTINEZ GARCIA, I. ESPARZA LEIBAR, J. L. GÓMEZ COLOMER, *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, *op. cit.*, pág. 574.

³⁵ STC 67/1984 (FJ 2º), de 7 de junio.

³⁶ STC 135/1994 (FJ 2º *in fine*), de 9 de mayo.

³⁷ STC 148/1994 (FJ 4º), de 12 de mayo.

resolución de los incidentes de ejecución y la declaración de las modificaciones o extinciones que sobrevengan a las penas”³⁸.

Por el contrario, la *ejecución de la pena* se conforma por “los actos de otras competencias del Estado que tiene a su cargo la realización material de las penas conforme a las órdenes de ejecución del órgano judicial”, de naturaleza estrictamente administrativa³⁹.

En la misma línea que el anterior se sitúan SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA⁴⁰. Estos autores, tras analizar la legislación vigente en su época, reconocieron que efectivamente dicha normativa seguía un sistema mixto “contemplando la ejecución de las sentencias en su doble aspecto jurisdiccional y administrativo”⁴¹.

Las razones por las que llegaron a tal conclusión se encuentran en el análisis de los artículos 990 de la LECrim y el 1.2º de la *Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870*⁴². El primero de estos preceptos establece en su último párrafo que “los Tribunales ejercerán además las facultades de inspección que las Leyes y Reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplirse las penas”, y el segundo prescribe que “la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, *juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, corresponderá exclusivamente a los Jueces y Tribunales”. La consecuencia que tienen estas dos normas es,

en palabras de los autores, la instauración de un “*sistema intermedio*”⁴³ en el proceso de ejecución penal.

De esta manera, reconociendo la vigencia de la línea marcada por ORBANEJA sobre la distinción entre *ejecución de la sentencia penal* y *ejecución de la pena*, consideraron como válida la idea de que “la primera es propiamente actividad del órgano jurisdiccional”, mientras que por el contrario “la segunda es de órganos administrativos”⁴⁴.

En esta misma línea de pensamiento se encuentra HINOJOSA SEGOVIA que, tras examinar los órganos que intervienen en la ejecución de las penas privativas de libertad, llega a la conclusión de la naturaleza jurisdiccional-administrativa de la institución, aunque, en palabras del autor, “con claro predominio de lo jurisdiccional”⁴⁵. Este autor fundamenta tal supremacía de lo jurisdiccional sobre lo administrativo basándose en dos causas principalmente. La primera de ellas consiste en la actuación directa que los órganos jurisdiccionales tienen encomendada en el proceso de ejecución penal, mientras que la segunda causa reside en el control que estos órganos ejercen sobre la actividad administrativa, en virtud del mandato constitucional del artículo 106.1.

Siguiendo esta misma postura, es posible hallar algunos autores que defienden que, durante el tiempo que dura la ejecución de las penas privativas de libertad la intervención de

³⁸ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947, I, Bosch, págs. 57-58.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Estos autores se podrían haber encuadrado entre los partidarios de que la naturaleza jurídica de la ejecución penal es administrativa, puesto que consideraban que la actividad jurisdiccional debía cesar una vez que se había dictado la sentencia firme de condena, pasando su ejecución a manos de órganos administrativos, más concretamente a las del Ministerio Fiscal en J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, Madrid, 1968, Tomo IV, Volumen III, Santillana, pág. 935.

⁴¹ *Ibidem*, pág. 937.

⁴² Esta Ley fue derogada por la Disposición Derogatoria de la Ley Orgánica, 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial

⁴³ J. SÁEZ JIMÉNEZ y E. LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal*, *op. cit.*, pág. 937.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ R. HINOJOSA SEGOVIA, A. DE LA OLIVA SANTOS, S. ARAGONESES MARTÍNEZ, J. MUERZA ESPARZA, J. A. TOMÉ GARCÍA, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2007, 8ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, pág. 854.

la Administración penitenciaria tiene una gran incidencia debido a la participación de diferentes órganos encargados de controlar al condenado. De esta manera, se produce una combinación de actuaciones de naturaleza administrativa junto con otras superiores de naturaleza procesal⁴⁶.

En este sentido GONZÁLEZ CANO, al estudiar tanto las incidencias jurisdiccionales como las administrativas que se producen a lo largo del proceso de ejecución de las penas privativas de libertad, afirma que ambas esferas confluyen en dicho proceso⁴⁷ apuntando, además, la necesidad de establecer criterios específicos para su diferenciación.

De este modo, la autora establece algunos parámetros a seguir a la hora de determinar qué actuaciones deberían ser jurisdiccionales y cuáles deberían considerarse como administrativas.

En cuanto a los actos con naturaleza jurisdiccional señala que deberían tener dicho carácter todas aquellas actuaciones o decisiones, adoptadas a lo largo del período de cumplimiento de la pena, que puedan suponer alguna modificación de esta, aunque matizando que “no toda modificación del contenido aflictivo de la pena necesita o postula la garantía de la jurisdicción”, sino que se ha de reservar a aquellas modificaciones consideradas sustanciales⁴⁸.

Dicho esto, pone como ejemplos de modificaciones que se han de entender como sustanciales las decisiones sobre la libertad condicional o la aprobación de beneficios penitenciarios, las cuales en la actualidad son competencia de la autoridad jurisdiccional, y la clasificación de los penados o los permisos de salida de menos de dos días, cuya

competencia recae en la autoridad administrativa, siendo únicamente controlable por los órganos jurisdiccionales a través de la vía de recurso.

Por el contrario, las modificaciones del contenido aflictivo del cumplimiento de la pena que no tuviesen tal carácter de sustancial como, por ejemplo, la aplicación del régimen interno de los centros penitenciarios dirigidos a garantizar la convivencia y seguridad en su interior deben tener naturaleza administrativa, reservando únicamente la intervención jurisdiccional para el cumplimiento del mandato constitucional de control de la actividad administrativa⁴⁹.

3. Toma de posición sobre la naturaleza jurisdiccional de la ejecución

Una vez puestas de manifiesto las distintas posiciones doctrinales que existen sobre la naturaleza jurídica de la ejecución penal, se hace necesario pasar a exponer la postura que consideramos más acertada, y que mejor se puede amoldar tanto en nuestra realidad práctica, como en el vigente ordenamiento jurídico.

En primer lugar creemos que, en efecto, el núcleo fundamental de este debate se encuentra centrado en la ejecución de la pena privativa de libertad, por ser en esta en la que la actuación de la Administración tiene una gran relevancia. Pero, la aparición en nuestro ordenamiento de otras penas y medidas de seguridad en las que la intervención de la Administración para su ejecución es fundamental, hace conveniente que dicha discusión se extienda también a ellas.

⁴⁶ J. M^a. RIFÁ SOLER, J. F. VALLS GOMBÁU y M. RICHARD GONZÁLEZ, *El Proceso Penal Práctico*, Madrid, 2005, La Ley, págs. 1976-1977.

⁴⁷ En este sentido la autora afirma que “nuestra ejecución de penas privativas de libertad se configura como de naturaleza mixta, en la que se advierten aspectos puramente administrativos y aspectos

jurisdiccionales, y no solo puntuales intervenciones judiciales sino un seguimiento continuo de la evolución de la pena” en M^a. I. GONZÁLEZ CANO, *La Ejecución de la pena privativa de libertad, op. cit.*, pág. 89.

⁴⁸ *Ibidem*, págs. 94-102.

⁴⁹ *Ibidem*, págs. 102-121.

No obstante, y antes de entrar a fondo en dicho análisis, parece conveniente que se analicen de manera esquemática algunos aspectos referentes a la potestad jurisdiccional, como son:

- A. La *potestas* y la *auctoritas*, entendidas como dos facultades insertadas dentro de la potestad jurisdiccional;
- B. El principio de exclusividad de la jurisdicción;
- C. El ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional;
- D. El concepto de potestad jurisdiccional;
- E. Y las características diferenciadoras de dicha función con respecto a la administrativa.

El objeto de este análisis se centra en establecer las bases sobre las que asentar nuestras conclusiones respecto al tema de la naturaleza jurídica de la ejecución penal.

3.1. La potestad jurisdiccional entendida como la unión de la *potestas* y la *auctoritas*

Para abordar la distinción entre *auctoritas* y *potestas*⁵⁰ en la aplicación del Derecho, es necesario remontarse a la época romana. En la Roma clásica existían dos tipos diferentes de personas encargadas de aplicar el Derecho en el caso concreto. Por un lado estaba el Juez particular y, por otro, el Pretor que pertenecía al sistema burocrático de la época, es decir, estaba enmarcado dentro del organigrama de poder de la época.

La primera de estas personas estaba investida de *auctoritas* pero carecía de *potestas*, su labor consistía en resolver las controversias existentes entre dos partes en conflicto. La segunda persona, por contra, estaba investida de *potestas* como fuerza coactiva para hacer cumplir las resoluciones adoptadas por las primeras, pero carecía de *auctoritas*.

En la época del Imperio Romano esta situación mutó y se unificaron ambas figuras. De este modo surgió el denominado Juez-funcionario, en el que convergieron las dos facultades de *potestas* y *auctoritas*⁵¹. La principal diferencia que existe entre ambas facultades es que mientras en la *potestas* se lleva “ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza”⁵², en la *auctoritas* no se necesita de dicha fuerza coactiva para vincular el comportamiento de los demás, bastando únicamente el reconocimiento social del saber.

La primitiva distinción entre ambas facultades provocaba que la función jurisdiccional fuera ejercida de una manera dual, por un lado el Juez, cuya labor declarativa se sustentaba en la *auctoritas*; y por otro el funcionario o *pretor* que, encargado de ejecutar la decisión del juez, fundamentaba su tarea en la *potestas*⁵³. Pero al unificarse este desdoblamiento de funciones, en una sola persona, la organización política asumió la aplicación de las leyes en el caso concreto como un monopolio.

Como señala el profesor D’ORS, una vez que los gobernantes se apropiaran de este monopolio en que consistía la función

⁵⁰ Siguiendo la definición del profesor D’ORS, consideramos la *potestas* como “el poder socialmente reconocido” y la *auctoritas* como “el saber socialmente reconocido” en D’ORS, A., *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, 1999, Civitas, pág. 38.

⁵¹ D’ORS, A., *Escritos varios sobre el derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, pág. 81 citado en MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1976, Tecnos, pág. 26.

⁵² J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 22ª Edición 201., Tirant lo Blanch, pág. 62.

⁵³ J. CARRERAS LLANSANA, “Inauguración del curso 1964-1964”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1965, Pág. 373, citado por E. MARTÍNEZ GARCÍA, *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Valencia, 2002, Tirant lo Blanch, pág. 89.

jurisdiccional, la actividad judicial como manifestación propia de *auctoritas* centrada en “declarar lo que es justo en cada caso de conflicto”, quedó integrada dentro de la *potestas*, lo que provocó el reforzamiento de “la declaración de autoridad del juez cediendo a este la gestión del proceso y la fuerza coactiva para hacer cumplir las sentencias”. De tal manera, la *judicación* de autoridad, entendida como actividad judicial centrada en declarar lo que es justo en cada conflicto, se convirtió en *jurisdicción* de potestad⁵⁴.

La Constitución Española, siguiendo la teoría de la separación de poderes de Montesquieu, otorga a la función jurisdiccional la consideración de *potestas*⁵⁵, instituyendo el principio de exclusividad e integridad de la jurisdicción en su artículo 117.3, en virtud del cual los únicos que pueden ejercer dicha potestad, consistente en juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado, son los juzgados y tribunales⁵⁶.

Lo determinante de esta *potestad* es que deriva directamente de la soberanía del Estado y, en consecuencia, “la potestad jurisdiccional es una potestad cualificada, de modo que partiendo de la noción general de potestad le añade algo a la misma para distinguirla de las demás”⁵⁷.

De este modo, es posible considerar que en los órganos jurisdiccionales confluyen tanto la *autoridad*, la cual se materializa en la función de juzgar o aplicar el Derecho en el caso concreto, y la *potestad*, cuya externalización se produce cuando se ha de utilizar la fuerza coactiva para hacer ejecutar lo juzgado⁵⁸.

Así, siguiendo al profesor MONTERO, no se puede caracterizar hoy a la jurisdicción con la única nota de la *auctoritas*, sino que también

⁵⁴ A. D'ORS, *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, op. cit., pág. 38.

⁵⁵ Afirma D'ORS que “La división de poderes supone la confusión, propia del Estado, entre la potestad política y la autoridad: absorbida la autoridad por la potestad, el equilibrio que debería producirse por la independencia de la autoridad, o saber socialmente reconocido, frente a la potestad, se busca por una división interna de la misma potestad”, y, continúa el autor, “Un sistema de autoridad independiente solo puede darse si existen órganos de Consejo desprovistos de poder” en *Una Introducción al Estudio del Derecho*, Madrid, 1989, 8ª edición, Ediciones Rialp, SA, pág. 144-145. Con esta afirmación el autor nos traslada la idea de que el verdadero equilibrio del poder no es su división en tres, sino que es la autoridad independiente la que controla verdaderamente al poder. Lo que ocurrió es que, debido a la absorción de aquella por parte de éste, hubo que articular un sistema que equilibrara el ejercicio del poder, siendo la solución su división interna.

⁵⁶ Este principio será tratado en el siguiente apartado.

⁵⁷ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 63.

⁵⁸ El profesor V. FAIRÉN GUILLÉN señalaba, en este sentido, que “quienes detentan la potestad (jurisdiccional) se hallan en situación de supremacía con respecto a los justiciables (...). La «autoridad» de la jurisdicción, se manifiesta en sus elementos

integrantes, con caracteres de «imperium», de «mando»: su potestad se diversifica en las de «conocer» y «sentenciar» («notio» y «judicium»); en la de «ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado» —aquí es donde mejor puede manifestarse la nota de «coerción» clásica del «imperium»; y en la de adoptar medidas para asegurar el «conocimiento», y «la sentencia» y su «ejecución» —medidas cautelares” en *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Barcelona, 1990, Bosch, pág. 102. Por su parte CARRERAS afirmaba que “en la función jurisdiccional cabe distinguir claramente dos vertientes” la potestad y la autoridad. Pero, tras esta afirmación, reconocía que “la autoridad y la potestad de que son titulares los jueces son inseparables, ciertamente, pero no es menos cierto que en ciertos procesos o fases de un proceso predomina la autoridad, y en otros u otras prevalece la potestad” en M. FENECH y J. CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, Bosch, págs. 111 y 119. También VIADA y ARAGONESES afirman que “El contenido de la jurisdicción es no solo cognitivo, sino también ejecutivo” en *Curso de derecho procesal penal*, vol. II, Madrid, 1974, 4ª edición, Prensa Castellana, pág. 275. En esta misma línea, la profesora MARTÍNEZ GARCÍA afirma que “solo desde una concepción romana del *iuris dicere*, preexistente a la asunción de monopolio por la organización política, podría entenderse tales facultades separables”, en *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 89.

“la *potestas*, dimanante de la soberanía del Estado, del *imperium*, es indispensable para que un órgano pueda ser calificado de jurisdiccional”⁵⁹.

En un sentido similar, FAIRÉN afirmaba que “comprende, como jurisdiccional, a la ejecución de las sentencias, incluso las penales –he ahí el *imperium*–, en el «hacer ejecutar lo juzgado»; avance grande en su época (...) en marcha por el moderno camino de reivindicar la ejecución –indebidamente atribuida en ciertos casos a la esfera administrativa– para la jurisdicción; la ejecución no es sino un momento más del «iter» satisfactivo que es el proceso; la fuerza obligatoria de las sentencias no deriva de presunciones, ni de ficciones, ni de relaciones contractuales o cuasi-contractuales; deriva de que se trata de actos de soberanía del Estado, con nota de «imperium», de la coerción”⁶⁰.

Sobre la base de lo dicho es lógico pensar que la potestad jurisdiccional, siendo única, se divide a su vez en dos actividades distintas, por un lado la de *juzgar*, entendida como la aplicación del Derecho en el caso concreto, y la de *ejecutar* lo juzgado, considerada como

una actividad exclusiva de los juzgados y tribunales los cuales, en virtud de esta, pueden hacer uso de la fuerza para vincular el comportamiento del ejecutado a su mandato.

Asimismo, no es descabellado pensar que, al tratarse de actividades diferentes entre sí, a la hora de *juzgar* y de hacer *ejecutar* lo juzgado se requieran, por parte del órgano jurisdiccional, formas de actuar diferentes y, además, procesos y actos procesales y procedimentales distintos en uno y otro proceso. Pero dichas diferencias no debe llevarnos a considerar que una actividad es jurisdiccional y la otra no, ya que ambas forman parte de la misma potestad⁶¹; la potestad jurisdiccional que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las Leyes (art. 117.3 CE).

Dicho esto, y atendiendo a que el concepto de potestad jurisdiccional, tal y como afirma de manera mayoritaria la doctrina, es relativo⁶²; es posible admitir lo señalado por el profesor MONTERO sobre la jurisdicción, la cual es considerada como “la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los juzgados y tribunales,

⁵⁹ J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, op. cit., pág. 28.

⁶⁰ V. FAIRÉN GUILLÉN, “Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 vigente”, en *Geburtstag von Max Guldener, Zürich*. SERRA, por el contrario, consideró que la nota característica del juicio jurisdiccional es el atributo de autoridad. De esta manera, “el juez, desprovisto de *potestad*, continúa desempeñando funciones jurisdiccionales. Por el contrario, si se le priva de *auctoritas*, en realidad deja de ser juez” en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969, Ediciones Ariel, pág. 50.

⁶¹ SANTI ROMANO afirma que *poder* y *potestad* se pueden entender como palabras sinónimas aunque, en palabras del autor, “una más atenta consideración de la terminología legislativa podría acaso hacer pensar que habría que hablar más propiamente de potestades cuando su titular aparece investido de una autoridad, sea ella de derecho público, sea de derecho privado, mientras que cuando falta este elemento de la autoridad y de la consiguiente posición de superioridad y supremacía, se ha usado más frecuentemente la

palabra genérica ‘poder’” en *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín (Ed. Monereo Pérez, J. L.), Granada, 2002, Comares S. L., pág. 247.

⁶² Entre otros, E. PEDRAZ PENALVA, *Constitución, jurisdicción y proceso*, Madrid, 1990, akal/iure, pág. 57; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 2007, 3ª edición, Marcial Pons, págs. 13-15; A. J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción al Derecho Procesal*, Santiago de Compostela, 2008, 1ª edición, Tórculo Edicions, pág. 20. En contra de la relatividad de la jurisdicción se pronunció SERRA, para quien la jurisdicción es “la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica” en *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pág. 50. Así, este autor afirmó que la relatividad no estaba en el concepto, sino que se encontraba en el ámbito de aplicación de la jurisdicción, con lo que –en palabras del autor– “el concepto de Jurisdicción es único y no admite relatividad; relativas son tan solo las concretas manifestaciones de dicha institución” en *Ibidem*, pág. 22.

integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado”⁶³.

La aseveración de que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las Leyes, nos lleva de manera irremediable a tener que tratar el denominado *principio de exclusividad de la jurisdicción*, contenido en esta afirmación.

3.2. Principio de exclusividad de la jurisdicción

El *principio de exclusividad de la jurisdicción* en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado en el artículo 117.3 de la Constitución Española, en virtud del cual solo los juzgados y tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional, cuyo contenido se centra en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*⁶⁴.

Asimismo, el artículo 117.4 de la CE establece que “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

A su vez, la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo segundo, dispone que corresponde en exclusiva a los juzgados y tribunales, determinados en las Leyes y en los tratados internacionales, el “ejercicio de la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”. Además, solo ejercerán dichas funciones “y las demás que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

El análisis de estos preceptos permite inferir que este principio puede ser abordado desde dos perspectivas distintas: una positiva y otra negativa. Desde una perspectiva positiva, se deduce que este principio impide que los otros poderes del Estado, tanto el Ejecutivo como el Legislativo, asuman esta potestad, dado que constituye un monopolio ejercido exclusivamente por los juzgados y tribunales del Poder Judicial.

Por su parte, del análisis desde un punto de vista negativo, el referenciado principio supone que los órganos jurisdiccionales no pueden realizar más función que la jurisdiccional.

Aunque dicha exclusividad en sentido *negativo* no es absoluta, ya que encuentra su límite en la expresión, recogida en la Constitución, “las demás (*funciones*) que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”.

Como ejemplo a citar de este tipo de tareas atribuidas por ley encontramos llamada jurisdicción voluntaria⁶⁵. Sobre este *escape* a la exclusividad, MONTERO afirma, y estamos de acuerdo con él, que “La atribución de otras funciones ha de estar condicionada a que: 1) se haga por medio de ley y 2) se trate de garantizar un derecho. Las dos normas hablan de «cualquier derecho», pero la propia naturaleza del órgano jurisdiccional ha de requerir que o bien se trate de un derecho fundamental (cuya tutela ya está confiada a los tribunales ordinarios por el art. 53.2 de la CE), o bien que la atribución a juzgados y tribunales sea el único o, por lo menos, el mejor medio de garantizar el ejercicio de ese derecho.

⁶³ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 63.

⁶⁴ A estas dos funciones establecidas de manera expresa en el artículo 117.3 de la Constitución se ha de añadir una tercera como es la función cautelar. Sobre este proceso cautelar, tanto la doctrina como la jurisprudencia han admitido unánimemente que supone “un *tertium genus* que se corresponde también

con una subfunción de la jurisdicción” en *Ibidem*, pág. 231. En este sentido también se pronuncian, entre otros, los autos de la Audiencia Provincial de Tarragona de 3 de julio de 2006 —ECLI:ES:APT:2006:670A—, o el del Juzgado de lo Mercantil de Sevilla de 30 de julio de 2015 —ECLI:ES:JMSE:2015:1436A—.

⁶⁵ La jurisdicción voluntaria se encuentra regulada en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la *Jurisdicción Voluntaria*.

Esto es, no cabe realizar una interpretación amplísima de esas normas, pues de hacerlo así podría llegarse a considerar que puede atribuírseles cualquier función relacionada con cualquier derecho”⁶⁶.

Una posible fisura a este principio de exclusividad, son algunas de las funciones que la LOGP atribuye a JVP. Así, la cuestión, es necesario adelantar que la LOGP, en su artículo 77, otorga a los Magistrados de Vigilancia Penitenciaria la posibilidad de dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, con el objeto de formular propuestas sobre distintas materias que afectan al devenir diario de la actividad penitenciaria⁶⁷.

Esta actividad le confiere a los JVP, en palabras de GARCÍA VALDÉS⁶⁸: “naturaleza de órgano consultivo de los Jueces de Vigilancia respecto de determinadas materias que no figuran entre la enumeración de sus competencias específicas”⁶⁹. Pero esta naturaleza consultiva no merma, en absoluto, la naturaleza jurisdiccional de estos órganos, al menos eso es lo que defiende el anterior autor que afirma: “el Título V de la Ley General Penitenciaria se dedica a establecer y regular el control judicial de la ejecución penitenciaria”⁷⁰.

De esta forma, no es descabellado pensar que dicha actividad consultiva se pueda enmarcar

dentro de la excepción al principio de exclusividad judicial, puesto que la Sección de Vigilancia Penitenciaria son órganos jurisdiccionales, encuadrados dentro del orden penal y cuyas funciones jurisdiccionales se encuentran previstas en la LOPJ, las cuales abarcan los siguientes ámbitos (art. 92.1):

- Materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad;
- Emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley;
- Control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias;
- Amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios;
- Y demás que señale la ley.

Lo que ocurre es que una buena parte de la doctrina ha puesto en duda la naturaleza jurisdiccional de los JVP, con base, precisamente, a sus competencias reguladas en la LOGP. Así, existen tres posiciones doctrinales al respecto, la que defiende que los JVP son órganos de naturaleza jurisdiccional⁷¹, la que apoya la idea de que se

⁶⁶ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 87.

⁶⁷ Concretamente el precepto hace referencia a la posibilidad de formular propuestas “referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regiminales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto”.

⁶⁸ Este autor era Director de Instituciones Penitenciarias cuando se aprobó la LOGP y es considerado uno de sus máximos artífices.

⁶⁹ C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, op. cit., pág. 244.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 241.

⁷¹ Esta es la posición mayoritaria de la doctrina actualmente. Como ejemplo es posible citar, sin ánimo de exhaustividad, M^a. I. GONZÁLEZ CANO, *La Ejecución de la pena privativa de libertad*, op. cit., pág. 93; F. BUENO ARÚS, “el juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados” en *Diario La Ley*, Tomo 4, año 1987; F. RACIONERO CARMONA, *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, op. cit., pág. 74; A. ALONSO DE ESCAMILLA, *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid, 1984, Civitas, pág. 34; I. J. SUBIJANA ZUNZUNEGUI, “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad” en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, año 2005, págs. 10-11; F. MARTÍN DIZ, *El juez de vigilancia penitenciaria*.

trata de órganos híbridos, con naturaleza jurisdiccional y administrativa⁷², y los que entienden que es un órgano de naturaleza administrativa⁷³.

Como última excepción al principio de exclusividad, también íntimamente relacionada con el tema objeto de estudio, es la intervención de la Administración penitenciaria en la ejecución de algunas penas o medidas de seguridad. Esta actuación ha llevado a algunos autores a considerar, como ya se analizó *supra*, que la naturaleza jurídica de la ejecución penal es administrativa.

Sin embargo, nuestro posicionamiento se sitúa en defensa de que dicha participación es pura y simplemente una labor de cooperación y colaboración debido a que la Administración posee mayores y mejores medios para llevar a cabo la ejecución. Pero el proceso de ejecución, entendido como llevar a cabo los pronunciamientos emitidos por un órgano jurisdiccional, es una función jurisdiccional tal y como se establece en nuestra carta magna, y como queremos demostrar en este trabajo.

Para llegar a esta conclusión han sido abordadas una serie de cuestiones tales como: el ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional –dónde es posible aplicar dicha potestad a través de la función jurisdiccional realizada por jueces y magistrados–, el

contenido y características de la función jurisdiccional, y la actuación de los órganos jurisdiccionales y administrativos en la ejecución penal; cuestiones que serán expuestas a continuación.

3.3. Ámbito de actuación de la potestad jurisdiccional

Tras analizar la potestad jurisdiccional, desde la unión de dos facultades como son la *potestas* y la *auctoritas*, y después de ver cómo dicha facultad es ejercida de manera exclusiva por los órganos jurisdiccionales, el paso siguiente debe de ser estudiar cuál es el ámbito en el que esta realiza su función.

Asimismo, para determinar dónde actúa la jurisdicción se ha de tener en cuenta su relatividad, en virtud de la cual esta se ha de entender con relación al sistema legal en el que ha de actuar. De esta manera, es necesario examinar nuestro actual sistema legal para, partiendo de él, conocer el ámbito de aplicación de la jurisdicción. Para ello, nos centraremos en estudiar lo dispuesto en la Constitución, por ser esta la norma suprema de nuestro ordenamiento y la base en la que se sustenta nuestro sistema político y jurídico.

La Constitución Española de 1978 establece cinco parcelas de actuación de la jurisdicción, a saber⁷⁴:

Garante de los derechos de los reclusos, Granada, 2002, Comares, págs. 68-69.

⁷² Entre otros, A. MONTES REYES, “administración y jurisdicción en la ejecución de las penas” en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, nº 1, 1982, pág. 91 o J. L. MANZANARES SAMANIEGO, que señala que “la propia denominación de Juez de Vigilancia (...) indica su carácter híbrido y, a la vez, polivalente. No se trata solo de judicializar la ejecución penal, sino también de garantizar los derechos de cuantas personas se encuentran privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios” en “La problemática actual del juez de vigilancia” en *Revista de estudios Penitenciarios*, nº 232-235, año 1981, pág. 10.

⁷³ Partidarios de esta idea podemos encontrar autores como F. GONZÁLEZ NAVARRO, “Poder Domesticador del Estado y Derechos del Recluso”, *op. cit.* o C. NAVARRO VILLANUEVA, la cual afirma que “la

conclusión a la que se ha llegado, conforme a que el Juez de Vigilancia no lleva a cabo una función jurisdiccional, sino una actuación administrativa proviene de la constatación, de acuerdo con el derecho vigente actualmente, que las resoluciones que aquel órgano judicial puede adoptar con relación a la ejecución de la pena privativa de libertad se circunscriben a la ejecución material de ésta. Tales resoluciones no entrañan propiamente la modificación del título ejecutivo y, en consecuencia, debe predicarse el carácter no jurisdiccional de su actuación” en *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, *op. cit.*, pág. 176.

⁷⁴ Entre otros, J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, pág. 64; G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, pág. 17.

- a) Tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas (art. 24.1 CE);
- b) Tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo 2º de la propia Constitución (art. 53.2 CE);
- c) Control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación de la Administración (art. 106 CE);
- d) Control de la constitucionalidad de las leyes y de las disposiciones normativas con fuerza de ley, así como de los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de estas entre sí (art. 161 CE)⁷⁵;
- e) Monopolio en la imposición de sanciones penales (art. 3.1 del CP en relación con el 25 de la CE).

Es precisamente en este último ámbito en el que se enmarca el objeto del presente estudio. De este modo, parece conveniente

hacer alusión a lo que se ha dado en denominar la *garantía jurisdiccional* en la aplicación del Derecho penal, puesto que esta se ha constituido en el elemento indispensable para la aplicación del *ius puniendi* en cualquier Estado considerado de Derecho.

El monopolio en la imposición de sanciones penales se encuentra en manos de los Tribunales de justicia a través del proceso o, lo que es lo mismo, el proceso penal es el único instrumento posible mediante el cual se aplican sanciones penales⁷⁶. A esta conclusión se llega a través de la denominada garantía jurisdiccional, la cual es fruto de los tres monopolios que entran en juego en la aplicación del *ius puniendi*, todos ellos de titularidad estatal.

La doctrina ha entendido que en la aplicación del derecho penal se conjugan tanto el monopolio *estatal*⁷⁷, el *judicial*⁷⁸ y el *procesal*⁷⁹. Ellos, que situados de manera

⁷⁵ Esta función no es ejercida por el poder judicial organización, pero no deja de estar dentro del ámbito de la función jurisdiccional en virtud del artículo 3.1 de la LOPJ que establece que “la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”.

⁷⁶ La idea del proceso como instrumento se puede ver en gran parte de la doctrina, de esta manera, FENECH y CARRERAS afirman que “el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional.”, en FENECH, M. y CARRERAS, J., *Estudios de Derecho Procesal*, op. cit., pág. 45; PEDRAZ PENALVA señala “que dicha potestad (jurisdiccional) ha de ser, y únicamente puede ser, ejercida por ellos (jueces y magistrados), a través del proceso, para juzgar y ejecutar lo juzgado”, de esta manera se puede observar que el autor también considera al *proceso* como un instrumento para ejercer la potestad jurisdiccional, en *Constitución, jurisdicción y proceso*, op. cit., pág. 143; RAMOS MÉNDEZ también afirma que “el verdadero alcance del proceso es servir de instrumento para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción”, *Derecho y Proceso*, Barcelona, 1978, Bosch, pág. 46. Pero, aunque se vea el *proceso* como un instrumento, lo que difiere en la doctrina es el sentido que se le da al concepto instrumento, así vemos como el profesor MONTERO señala que el proceso es un instrumento indispensable para que los órganos

jurisdiccionales cumplan su función constitucional. El proceso es el único instrumento en dos sentidos: 1) La potestad jurisdiccional solo se ejerce a través del proceso, ya que fuera de él no hay jurisdicción. 2) Para que las partes soliciten la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, el proceso es el medio necesario, estableciendo una correlación entre acción y proceso, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit. pág. 226.

⁷⁷ El monopolio estatal supone que ha sido el Estado el que ha asumido con carácter de exclusividad la aplicación del *ius puniendi*, en detrimento de las fórmulas de autotutela como la venganza (aunque aún subsisten algunas como la legítima defensa). Además, este monopolio estatal también ha supuesto que los particulares no puedan disponer sobre si se aplica o no el *ius puniendi*.

⁷⁸ Este monopolio, el cual se encuadra a su vez dentro del estatal, supone que dentro de los diferentes órganos del Estado, son los órganos jurisdiccionales los únicos con competencia para aplicar el Derecho penal, por lo que ni los órganos legislativos ni los administrativos pueden conocer de la aplicación de este Derecho.

⁷⁹ Este monopolio, insertado en los dos anteriores, radica en que el derecho penal es aplicado por órganos

escalonada dan como resultado la garantía jurisdiccional, forman parte del principio de legalidad penal que podemos encontrar articulado en las cuatro garantías previstas en los tres primeros artículos del Código penal:

- Criminal o *nullum crimen sine legge* (art. 1 CP);
- Penal o *nulla poena sine legge* (art. 2 CP);
- Jurisdiccional o *nemo damnetur sine legale iudicium* (art. 3.1 CP);
- De la ejecución o, lo que es igual, la de que las penas solo se ejecutan en el modo previsto por la ley, bajo el control de los jueces y tribunales competentes (art. 3.2 CP).

Por lo tanto, y en cuanto a lo que puede afectar más directamente al presente trabajo, el último de los contenidos de la garantía jurisdiccional establece el modo en que tanto las penas como las medidas de seguridad han de ser ejecutadas, esto es, en la forma que tanto las leyes como sus reglamentos ordenen –*principio de legalidad* que informa el proceso de ejecución penal– y bajo el control de los jueces y tribunales competentes.

Dicho esto, y partiendo del concepto de potestad jurisdiccional visto *supra*, del principio de exclusividad que la informa y de su ámbito de aplicación; es necesario pasar a analizar en qué consiste la función jurisdiccional como modo dinámico de ejercer la potestad jurisdiccional.

3.4. La función jurisdiccional: contenido y características

En primer lugar hay que decir que no se va a tratar, por considerar que supondría desviarse del objeto de este trabajo, las diferentes teorías acerca de la función de la

jurisdicción⁸⁰. De esta manera, en el presente epígrafe, se analizará el contenido y las características propias de la función jurisdiccional, con el objeto de poder diferenciarla de la actividad administrativa.

Pero para ello, se deberá partir de la base de que la función jurisdiccional es la ejercida por los órganos dotados de potestad jurisdiccional que, según establece el artículo 117.3 de la CE, consiste en *juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado*, a las que, como se dijo *supra*, hay que sumar la *cautelar*. Por lo tanto, es posible afirmar que la función jurisdiccional, siendo única, está compuesta de tres pilares, o subfunciones, como son: *juzgar, ejecutar lo juzgado y la cautelar*, que asegura la eficacia de las dos primeras.

Ante esta afirmación se plantean dos cuestiones principalmente. La primera es determinar si cualquier acto realizado por un órgano judicial se puede considerar como jurisdiccional y, la segunda, si cualquier actuación que suponga decir y aplicar el Derecho en el caso concreto es una actuación jurisdiccional.

La respuesta a la primera de las cuestiones es negativa, esta es, no toda actuación de un órgano judicial es actuación jurisdiccional. Pensemos, por ejemplo, en la actividad gubernativa que ejercen tanto las Salas de Gobierno de los distintos órganos judiciales colegiados como los Presidentes de Sala o los Jueces Decanos. Estos órganos tienen, por un lado, atribuida potestad jurisdiccional propia de su cargo y, por otro, actividad administrativa.

De esta manera, cuando ejercen la primera están realizando actos jurisdiccionales, pero cuando asumen sus funciones gubernativas están llevando a cabo funciones administrativas, las cuales se encuentran

estatales y más concretamente por órganos jurisdiccionales del Estado a través del proceso.

⁸⁰ Sobre estas teorías se puede ver, entre otros, F. CORDÓN MORENO, *Introducción al Derecho Procesal*, Asoáin (Navarra), 1998, Eunsa, págs. 38-38; J.

MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, págs. 112-115 o A. J. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, págs. 21-30.

amparadas por las excepciones al principio de exclusividad de la jurisdicción, sobre las que se ha hecho alusión anteriormente.

Asimismo, la respuesta a la segunda cuestión también ha de ser negativa, es decir, no toda aplicación del Derecho en el caso concreto es actividad jurisdiccional, ya que la Administración también, en muchas de sus actuaciones, aplica el Derecho en el caso concreto y ejecuta dichas decisiones sin ser, por ello, actividad jurisdiccional; en virtud del principio de exclusividad de la jurisdicción.

De este modo, con base en que tanto la Administración como la Jurisdicción aplican el Derecho en el caso concreto ejecutando la decisión y, además, los órganos jurisdiccionales pueden dictar tanto actos jurisdiccionales como administrativos, se hace necesario establecer las diferencias entre la actuación jurisdiccional y la administrativa, con el objeto de poder saber cuándo un órgano jurisdiccional⁸¹ ejerce dicha potestad o cuándo, por el contrario, está realizando una actividad administrativa.

Tales diferencias, recogidas por un amplio sector de la doctrina son principalmente las siguientes⁸²:

- La función jurisdiccional solo opera ante el ejercicio de pretensiones y resistencias;
- La función jurisdiccional actúa la ley de modo irrevocable;
- La función jurisdiccional se realiza siempre con desinterés objetivo.

Con respecto a la primera de las diferencias decir que, por regla general, la actuación jurisdiccional no se inicia de oficio, con la salvedad de que haya en juego intereses públicos⁸³, aunque, en tal caso, también hay alguien que solicita la actuación del órgano jurisdiccional⁸⁴.

Dejando de lado este supuesto, la regla general es que el órgano judicial solo aplicará el Derecho en el caso concreto previa solicitud de ello por parte de alguien diferente al tribunal⁸⁵. Esta solicitud es la *pretensión*, entendida como “petición fundada que se

⁸¹ Nos referimos solo a la posible actuación jurisdiccional o administrativa del órgano judicial, puesto que es el único que puede llevar a cabo tales actos de diferente naturaleza, ya que el principio de exclusividad de la jurisdicción (art. 117.3 CE) prohíbe a cualquier órgano que no sea jurisdiccional ejercer dicha potestad.

⁸² J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 115.

⁸³ Una posible fisura en esta regla general de justicia rogada la podemos encontrar en la fase de instrucción del proceso penal. El artículo 303 de la LECrim prevé la posibilidad de que el Juez, en los procedimientos ordinarios por delitos graves, incoe la instrucción de oficio. Lo que ocurre es que esta posibilidad no se recoge para la instrucción de los demás delitos, donde la apertura de la instrucción se deja en manos del MF o, incluso, de la Policía Judicial. El profesor FAIRÉN GUILLÉN afirmó, con respecto a la iniciación del proceso penal de oficio, “en el caso en que se estimase que el Juez ha ejercitado la acción «ante sí mismo», no cabe otra explicación que, la de estimar que por la comisión de un delito de cuyo conocimiento solo participa él (no hay denuncia, ni querrela, ni la policía actúa) , por un

momento «todo el ordenamiento jurídico, en «estado de necesidad» se vuelve hacia el sistema inquisitivo». Pero este «momento», repetimos, es muy corto, ya que «inmediatamente» el citado Juez pondrá en conocimiento del MF la «noticia criminis» y éste habrá de acudir a la acción penal” en *Doctrina General del Derecho Procesal*, op. cit., págs. 88-89. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, al afirmar que “la actividad jurisdiccional no suele iniciarse de oficio, salvo cuando entran en juego intereses públicos y aún entonces el verdadero juicio penal no se inicia sin petición de alguien de que se aplique el derecho objetivo y necesariamente frente a otra persona, siendo uno y otra ajeno el tribunal” en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 115.

⁸⁴ El principio acusatorio que rige en nuestro proceso penal requiere que la acusación se formule por una de las partes en el proceso, ya sea el MF, la acusación particular o la popular. Pero de ningún modo dicha acusación la puede realizar el órgano jurisdiccional, ni siquiera el encargado de la instrucción.

⁸⁵ Así se pronuncian, entre otros, MONTERO AROCA, al afirmar que “el ejercicio de la función jurisdiccional solo

dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de cualquier clase que fuere”⁸⁶. No es menos cierto que la Administración también puede actuar a instancia de parte, pero dicha petición no es una pretensión, esto es, “la ley no actúa frente a dos partes”⁸⁷.

De esta manera, es posible afirmar que cuando un órgano judicial actúa de oficio no está desarrollando función jurisdiccional sino administrativa. Pero esta no es la única diferencia entre una actuación y otra.

La segunda diferencia destacable entre la actuación administrativa y la jurisdiccional es la realización del Derecho, por esta última, de una manera irrevocable. De este modo, la aplicación jurisdiccional del derecho reviste sus resoluciones con la fuerza de la cosa juzgada, en virtud de la cual esta deviene inatacable. Por el contrario, las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito administrativo carecen de dicha fuerza, siendo controlables en última instancia por los órganos detentadores de la función jurisdiccional (art. 106 CE).

El fundamento para dotar de fuerza de cosa juzgada a las resoluciones jurisdiccionales lo encontramos en el artículo 117.1 de la CE, en virtud del cual se somete a los Jueces y Magistrados, integrantes del poder judicial, de manera única al imperio de la Ley, el cual supone un fin para dichos órganos⁸⁸.

Así, en palabras del profesor MONTERO “el juez no adopta decisiones políticas al servicio de los intereses generales; no construye sistemas de regadío, no decide políticamente, y con responsabilidad solo política, si urbanizar los barrios periféricos de la ciudad construye edificios de mero ornato. El juez se limita a aplicar la ley en los casos concretos que le son sometidos mediante la interposición de pretensiones”⁸⁹.

También, como no podía ser de otra forma en un Estado de Derecho, la actuación administrativa se hace con sometimiento a la Ley (art. 9 CE), pero dicha actividad se encamina al servicio del interés general, “mientras que la Jurisdicción la cumple al servicio de intereses individuales y para satisfacer pretensiones y resistencias”⁹⁰. Esta manera diferente⁹¹ de aplicar el Derecho en el

opera ante el ejercicio de pretensión y resistencias” en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 115. En el mismo sentido E. PEDRAZ PENALVA afirma que “los jueces y magistrados, en cuanto tales titulares de la potestad jurisdiccional, precisan ineludiblemente, para actuar la capacidad potencial ínsita en tal potestad, de una petición de tutela jurídica que delimite objetiva y subjetivamente el supuesto concreto en el que han de realizar su jurisdicción” en *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Colex, págs. 28-29.

⁸⁶ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 116. PEDRAZ PENALVA se refiere a la pretensión como “una petición de cualquier persona que afirme un interés jurídico ignorado, negado o violado” en *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 34.

⁸⁷ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, op. cit., pág. 118.

⁸⁸ *Ibidem*, págs. 118-120

⁸⁹ *Ibidem*, pág. 119.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ GUASP afirma que “La cosa juzgada tiene una naturaleza neta y estrictamente jurídica. Es una creación del ordenamiento, que, como tal, tiene solo validez y vigencia dentro del ámbito de Este. —el autor continúa señalando— El ordenamiento procesal no puede renunciar a la institución de la cosa juzgada sin incurrir en una contradicción esencial de sus bases. Cuando el derecho del proceso otorga fuerza a una decisión judicial es porque entiende que con ella la finalidad peculiar del proceso, la satisfacción de pretensiones, ha quedado alcanzada. Si admitiera luego la renovación integral del litigio tendría que destruir este postulado; tendría, en efecto, que reconocer que la pretensión no se halla satisfecha o que, aún satisfecha, puede originar un proceso (sobre el fondo), con lo cual claro está que habría que buscar por otro camino la fijación de la función procesal auténtica. El derecho procesal puede, desde luego, dilatar indefinidamente el momento en que considera que una decisión judicial es inmediatamente atacable,

caso concreto hace que la actuación administrativa sea controlable por la jurisdicción, mientras que la actividad jurisdiccional no puede ser objeto de control por una entidad superior, en virtud del principio de seguridad jurídica⁹². De esta manera, una vez que una resolución judicial alcanza fuerza de cosa juzgada ningún órgano jurisdiccional podrá decidir sobre la controversia resuelta en ella (función negativa de la cosa juzgada)⁹³.

Lo que ocurre es que esta actuación irrevocable del Derecho, esto es la cosa juzgada, tiene una serie de limitaciones, a saber:

1. El primer límite se encuentra en que no es una característica absoluta de las resoluciones judiciales, es decir, existen resoluciones jurisdiccionales que no poseen fuerza de cosa juzgada⁹⁴.
2. El segundo límite de la cosa juzgada se halla en el transcurso del tiempo⁹⁵ y en la modificación de las circunstancias que dieron lugar a la sentencia en cuestión. Ejemplos de dicha modificación es posible encontrarlos en el artículo 761 de la LEC⁹⁶ o el artículo 775 del mismo cuerpo legal, que prevé la modificación de las medidas definitivas adoptadas en los procesos de nulidad, separación o divorcio; “siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas”.
3. El tercer límite de la cosa juzgada al que se hará referencia es la posibilidad, prevista en nuestro ordenamiento jurídico de su posterior revisión. El proceso de revisión se fundamenta “en la mera posibilidad de que la sentencia firme sea ilegal o

prolongando a su arbitrio la cadena de los recursos; pero una vez que declara la existencia de una cierta sentencia firme, en un proceso ordinario, se ve obligado a cerrar toda discusión ulterior sobre la materia antes controvertida. La cosa juzgada no es, por ello, un mero refinamiento artificial del proceso, sino una consecuencia imprescindible del sentido de la institución” en “Los límites temporales de la cosa juzgada” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, nº 2, año 1948, págs. 438-440.

⁹² En palabras de GUASP: “el valor seguridad postula la existencia de la cosa juzgada, por cuanto sin ella las situaciones jurídicas materiales nunca quedarían aclaradas y sí en trance de perpetua revisión. Así, pues, es lógico afirmar que la cosa juzgada es una de tantas concesiones como la justicia hace a la seguridad para la mejor obtención del bien común” en GUASP, J., “Los límites temporales de la cosa juzgada”, *op. cit.*, págs. 438-439.

⁹³ SERRA afirma que el único criterio diferenciador entre la actividad jurisdiccional y la administrativa es la cosa juzgada que se da en las resoluciones primeras, pero no en las segundas. Asimismo, este autor considera que en ambas actividades el Derecho es objeto y límite de las actuaciones en *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, pág. 44 y 60.

⁹⁴ Nos estamos refiriendo concretamente a las sentencias dictadas en los juicios sumarios, a las que de

manera expresa el legislador les impide dichos efectos (art. 447.2, 3 y 4 LEC.). Nos parece de interés sobre este asunto el artículo del profesor V. FAIRÉN GUILLÉN, “La desaparición de la fuerza de cosa juzgada material de las sentencias dictadas en los juicios sumarios (artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000)”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 7, año, 2003. En este artículo el profesor FAIRÉN critica la eliminación de la cosa juzgada en las sentencias de los juicios sumarios afirmando que se “han inutilizado” ya que, si la resolución que pone fin al juicio sumario no tiene fuerza de cosa juzgada, la parte vencida en dicho juicio podrá incumplir lo allí dispuesto, obligando al vencedor a acudir a un juicio plenario para defender sus intereses, pág. 7.

⁹⁵ Sobre la influencia del tiempo en la santidad de la cosa juzgada es de interés J. GUASP, “Los límites temporales de la cosa juzgada”, *op. cit.* También es de interés, sin ánimo de exhaustividad, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la Cosa Juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Madrid, 1991, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A, págs. 81-102.

⁹⁶ En este precepto se regula la revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas mediante sentencia.

errónea⁹⁷, motivo por el cual si “la actividad de las partes o del tribunal en un proceso, ha estado condicionada por una serie de circunstancias que pudieron hacer que se dictara una sentencia con contenido posiblemente distinto del que hubiera tenido de no concurrir aquellas influencias anómalas, la ley concede a las partes la posibilidad de incoar otro proceso para lograr la rescisión de aquella sentencia”⁹⁸.

Por lo tanto la santidad de la cosa juzgada puede ser atacada, primando el valor justicia sobre el de seguridad jurídica, si se conocen nuevas circunstancias o nuevos hechos que, de haberse conocido en el momento del juicio, podrían haber dado como resultado una resolución diferente. Es decir, el proceso de revisión, como consecuencia de nuevos hechos o circunstancias, no necesariamente va a suponer que se dicte una resolución contraria a la atacada, sino que lo determinante es que el órgano judicial considere que, de haberse dado las circunstancias ahora conocidas, la decisión del asunto, ya resuelto, podría haber sido diferente al que en realidad fue⁹⁹.

La última diferencia entre la actividad jurisdiccional y la administrativa se centra en la manera en el que en uno y otro supuesto se dice el Derecho. Cuando la Administración aplica el Derecho lo hace para llevar a cabo las competencias que legalmente tiene encomendadas, es decir, la Administración

juzga sirviéndose de la *autotutela*, en pos de los intereses generales. De esta manera, se convierte en *Juez y parte* de la decisión.

Así, aunque la persona o el órgano administrativo que han de tomar la decisión correspondiente han de ser necesariamente imparciales –desinterés subjetivo– el asunto que se resuelve es propio de la actividad administrativa, con lo que se produce un interés objetivo en la sustanciación de la controversia.

Es cierto que en muchas ocasiones la Administración procede resolviendo litigios existentes entre dos personas, pero en ese caso también actúa buscando un interés general, con lo que el interés objetivo sigue existiendo.

En cambio, cuando los órganos jurisdiccionales dicen el Derecho lo hacen a través de un sistema de *heterotutela*, es decir, actúan en asuntos *ajenos*. Por este motivo no existe, ni debe existir, intereses subjetivos u objetivos.

Lo que hay es, en palabras del profesor DE LA OLIVA, un *desinterés objetivo* en su labor¹⁰⁰. Se puede argumentar que la jurisdicción resuelve también sobre actos dictados por los propios órganos jurisdiccionales, pero en estos casos se están aplicando normas “en función de un derecho o interés ajeno o del interés público de tutelar el ordenamiento jurídico”¹⁰¹, con lo que el desinterés objetivo perdura.

⁹⁷ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR., *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27ª edición, Tirant lo Blanch, pág. 512.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ En nuestro ordenamiento jurídico la revisión de sentencias firmes se encuentra regulado en todas las leyes procesales de todos los órdenes jurisdiccionales (art. 509 y ss de la LEC, art. 954 y ss de la LECrim, art. 236 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social* o el art. 102 de la Ley 29/1998, de

13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*).

¹⁰⁰ A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal, Introducción*, Madrid, 2004, 3ª edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, pág. 25. En el mismo sentido, sin ánimo de ser exhaustivos, G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, pág. 19; J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I... op. cit.*, págs. 120-121.

¹⁰¹ A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, y J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal, Introducción*, *op.*

Una vez analizadas estas tres diferencias fundamentales entre la actuación administrativa y la jurisdiccional, y para recapitular, es posible afirmar que esta última será aquella que, originada por la pretensión del interesado, desarrolle el órgano jurisdiccional aplicando el Derecho con desinterés objetivo y dé como resultado una resolución que, en su caso, tendrá fuerza de cosa juzgada. Circunstancias que, como veremos, se dan en las actuaciones de los órganos judiciales con competencia en la ejecución penal.

3.5. La naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal con base en las características de la función jurisdiccional en las actuaciones de los órganos sentenciadores

En primer lugar, es preciso reconocer que parece lógico que aquellos autores que defienden que la naturaleza jurídica de la ejecución penal es administrativa, a su vez consideren que las actuaciones de los órganos jurisdiccionales, tendentes a hacer ejecutar una sentencia penal, sean también administrativas y no jurisdiccionales.

Dicho esto, es necesario señalar que estas ideas, que por otro lado en nuestra doctrina son casi inexistentes, se encuentran en contradicción con el artículo 117.3 de la CE cuando prescribe que una de las *subfunciones* del “ejercicio de la potestad jurisdiccional” es, precisamente, hacer “ejecutar lo juzgado”. Por ello no es descabellado afirmar, que conferirle naturaleza jurídica administrativa a esta clase de actuaciones choca frontalmente con lo establecido por nuestra carta magna.

En segundo lugar dejando de lado la naturaleza jurisdiccional conferida por la Constitución, algo por otro lado nada baladí, consideramos que las actuaciones de los órganos sentenciadores, en lo que a hacer ejecutar se refiere, se encuentran revestidas de las características propias del ejercicio de la función jurisdiccional —operar ante el ejercicio de pretensiones y resistencias; actuar la ley de modo irrevocable; existencia de desinterés objetivo—; lo que a nuestro entender le confiere naturaleza jurisdiccional.

Analicemos pues cada una de estas características por separado, con el propósito de comprobar cómo se manifiestan en el proceso de ejecución objeto de análisis.

3.5.1. Ejercicio rogado de la ejecución penal

Afirmar que el proceso de ejecución penal se inicia como consecuencia de la petición de una de las partes, esto es, que dicho proceso se activa a raíz de una pretensión, es posible que pueda parecer del todo ilógico e inconsistente, toda vez que la propia LECrim establece que las sentencias penales de condena serán inmediatamente ejecutadas una vez que estas alcancen firmeza. Por lo tanto, parece que entra en contradicción la ejecución de oficio con el ejercicio rogado de la misma, aunque es posible encontrar argumentos que sostienen lo contrario.

Es innegable que las partes, en principio, no solicitan al juez la incoación del proceso de ejecución una vez que la sentencia de condena ha alcanzado su firmeza. Pero esto no quiere decir que dicha petición no se haya efectuado con anterioridad¹⁰². A nuestro parecer, la solicitud de ejecución de la pena se

cit, pág. 26. Este autor considera que íntimamente ligadas al *desinterés objetivo* también se encuentran dos notas que diferencian la actividad administrativa de la jurisdiccional como son la *imparcialidad* y la *independencia*. Así, en virtud de la primera los órganos que ejercen la jurisdicción se sitúan en una posición trascendente “respecto de los sujetos jurídicos afectados por dicho ejercicio”. Por su parte la *independencia* se propugna de cada órgano

jurisdiccional, sin que ninguno de ellos dependa de otro a la hora de aplicar el Derecho.

¹⁰² Como afirma el profesor MONTERO, en la petición penal se puede distinguir un objeto inmediato, la petición de que el órgano judicial condene, y un objeto mediato, la imposición de una pena, lo cual —en nuestra opinión— debe conllevar su necesaria ejecución en *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Valencia 1997, Tirant lo Blanch, pág. 124.

encuentra implícita desde el momento mismo en el que las partes acusadoras solicitan al juez o tribunal que imponga una pena a una o varias personas por considerarlas culpables de la comisión de hecho delictivo –Principio acusatorio–.

Por consiguiente, la petición de ejecución es posible encontrarla en el escrito de calificación definitiva¹⁰³, en el que tras la práctica de la prueba en la vista se exponen, entre otros extremos, la calificación jurídico-penal de los hechos, la identidad del acusado o el grado de participación en tales hechos (art. 732 en conexión con el 650, ambos de la LECrim).

De esta manera, la efectiva petición de ejecución de la pena se realiza a través del escrito de calificación definitiva o, incluso, en los informes finales, ya que es aquí donde los acusadores van a solicitar la aplicación de la correspondiente condena al acusado. No tendría sentido reclamar que se imponga una sanción penal, por la comisión de un hecho delictivo, si una vez impuesta no se tiene la intención de que esta sea ejecutada.

Por lo tanto, no es descabellado pensar que la solicitud de ejecución existe –aunque esta se produzca antes incluso de que se sepa si el proceso de ejecución se va a incoar, puesto que se desconoce el sentido de la resolución judicial–, por lo que estaremos ante una petición implícita de ejecución.

Además, en el caso de que el órgano judicial, por cualquier circunstancia, no inste dicho proceso de ejecución, las partes acusadoras se

encuentran legitimadas para realizar dicha solicitud. Tal legitimación se encuentra prevista en diversas normas de nuestro ordenamiento. Así, el MF encuentra legitimación para solicitar la ejecución de las sentencias penales en normas tales como la CE (art. 124) o el artículo 3.1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*¹⁰⁴.

No obstante, con el objeto “de potenciar la intervención del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución penal, dinamizando sus trámites procesales y promoviendo el cumplimiento íntegro de los pronunciamientos judiciales de la sentencia de la que trae causa”, la FGE dictó la Instrucción 1/2010 de la FGE relativa a las *funciones del Ministerio Fiscal en la fase de ejecución de los procesos penales*, prueba de que el proceso de ejecución penal ha estado un tanto olvidado por parte del Ministerio Público¹⁰⁵.

Asimismo, en el caso de que en el proceso haya habido acusación popular o particular, estas también poseen legitimación para pedir al tribunal la iniciación del proceso de ejecución. En este sentido es de interés el Auto del TC 373/1989 de 3 de julio¹⁰⁶.

En esta resolución el Máximo Intérprete de la Constitución afirma que la intervención en el proceso penal, tanto de la acusación particular como de la popular, se limita: “a ‘excitar’ al órgano judicial competente a fin de que reconozca el derecho estatal de castigar y a que, una vez declarado el mismo, tal

¹⁰³ En realidad, la solicitud de ejecución se encuentra ya implícita en el escrito de calificación provisional para el proceso ordinario o en el escrito de acusación para el procedimiento abreviado. Lo que ocurre es que cabe la posibilidad de que, tras la práctica de la prueba en la vista, sea retirada la acusación, con lo que dicha petición de ejecución quedaría a su vez sin efecto.

¹⁰⁴ “corresponde al Ministerio Fiscal: Velar por que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ellas señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes”.

¹⁰⁵ La Instrucción señala que en el caso de que los pronunciamientos de la sentencia no se hagan efectivos se estaría mermando la función jurisdiccional prevista en el artículo 117.3 de la CE. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=FIS-I-2010-00001>

¹⁰⁶ <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/14285>

declaración tenga efectividad, esto es, se ejecute, se ordene por el juzgador el ingreso en prisión del condenado”.

De esta manera, el TC reconoce legitimación de la acusación, particular o popular, para *solicitar* al órgano judicial competente que la condena penal, una vez firme, tenga efectividad a través del proceso de ejecución.

Con base en lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que, sea de forma mediata o de manera directa, el proceso de ejecución penal se insta a través de una pretensión de la parte acusadora, la cual activa el inicio de todo el proceso.

Por otro lado, en el proceso de ejecución también hay posibilidad de que el ejecutado se resista, en el caso de que considere que dicha ejecución no se ajusta a lo establecido en la sentencia de condena. Es doctrina consolidada del TC que la ejecución de las sentencias en sus propios términos “es parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1)”¹⁰⁷. Por lo tanto, si el condenado considera que la ejecución se desvía de los propios términos establecidos en la sentencia, se encuentra legitimado para resistirse a la actuación del órgano jurisdiccional.

La intervención de las partes en el inicio del proceso de ejecución penal viene reconocida en el artículo 988 bis de la LECrim, introducido en virtud de la Ley Orgánica 1/2025, el cual prescribe que el juez o tribunal dará traslado del auto de incoación de la ejecutoria a la representación de cada uno de los condenados para que, en el plazo de diez días, se pronuncien en un mismo escrito sobre las siguientes circunstancias:

- a) Cuando hubieran sido impuestas penas privativas de libertad susceptibles de ser suspendidas y la sentencia no se hubiera pronunciado acerca de la suspensión, sobre la

modalidad o modalidades de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que solicite.

- b) Para el caso de haber sido impuestas responsabilidades pecuniarias, sobre la forma de cumplimiento y, en particular, si solicita su aplazamiento y en qué términos, así como el plazo máximo para su cumplimiento.
- c) Cualquier otra solicitud relativa a la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia, incluida la sustitución de la pena en los casos en que proceda.

Una vez presentado dicho escrito, al que deberán acompañarse los informes o la documentación en que se funden las peticiones, el juez o tribunal realizará, en su caso, las comprobaciones necesarias sobre la concurrencia de los requisitos de la suspensión y del resto de peticiones realizadas, tras lo cual dará traslado de la solicitud y de lo practicado al MF, a las partes acusadoras personadas y víctimas, directamente afectadas por la decisión, para que, en el plazo de diez días, formulen alegaciones. Transcurrido el plazo el órgano competente, en el término de cinco días, resolverá mediante auto sobre todas las peticiones.

Si nos centramos en el proceso de refundición de condenas (Art. 988 LECrim), es posible encontrar un argumento contrario a nuestra postura referente a que los órganos sentenciadores actúen, en lo que respecta a hacer ejecutar la pena, a través de pretensiones y resistencias. En efecto, el art. 988 de la LECrim prevé que el órgano judicial, que hubiera dictado la última sentencia, pueda incoar el proceso de oficio. Por lo tanto, siendo esto así, se estará ante una actuación del órgano sentenciador que ha sido iniciada por él mismo, con lo que se debería dudar

¹⁰⁷ Entre otras, STC 145/2006, de 8 mayo, y 110/2009, de 11 de mayo.

sobre la verdadera naturaleza de la actuación judicial en este proceso.

No obstante, a pesar de que la norma prevea la posibilidad de la incoación de oficio, consideramos que existen motivos suficientes para entender que dicha situación es muy difícil que se produzca por dos razones fundamentalmente.

La primera de estas carece de base científica pero, en nuestra opinión, sí tiene una base lógica muy sólida. El proceso de acumulación data del año 1967, el cual se articuló ante la preocupación del legislador de la época por la casi nula aplicación de la regla del cumplimiento máximo de penas, sobre todo en aquellos casos donde había sentencias dictadas por órganos judiciales diferentes. La legitimación para activar dicho proceso se otorgó, y así sigue en la actualidad, al órgano que dictó la última sentencia de condena, al MF y al condenado.

Centrándonos en el inicio de oficio hay que poner de manifiesto que para que este se diera, el órgano sentenciador debía de tener conocimiento de que el reo había sido condenado con anterioridad a otras penas. No es descabellado pensar que este órgano rara vez podría tener conocimiento de dichas circunstancias.

No en vano, en la actualidad una de las mayores preocupaciones y lastres de los órganos jurisdiccionales es la descoordinación entre ellos, lo que hace suponer que a mediados del siglo XX dicha descoordinación también existiera en mayor medida¹⁰⁸. Por ello, lo más lógico es que fuera el propio reo, como principal interesado en que se limitase el tiempo de cumplimiento de las penas, el que solicitara al órgano judicial la refundición de las condenas.

En la segunda razón sí es posible hallar una razón científica consistente. El TS ha declarado que la refundición de condenas se ha de hacer mediante un proceso contradictorio¹⁰⁹. Su consideración como *proceso* tiene consecuencias fundamentales para la postura en pos de la naturaleza jurisdiccional de la ejecución penal.

La primera de ellas es que el *proceso* es entendido como el medio o instrumento que utilizan los órganos jurisdiccionales para ejercer su función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; el cual está compuesto por una serie de actividades que se suceden entre sí a lo largo de un período de tiempo, siendo cada una de ellas “consecuencia de la anterior y presupuesto de la siguiente”¹¹⁰.

Pero, si hay algo que lo caracteriza es que se trata del único *instrumento*¹¹¹ puesto en

¹⁰⁸ Esta descoordinación e incomunicación entre órganos judiciales ha obligado a dictar normas como el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo*. Este texto legal hace hincapié en garantizar la prestación del servicio público de Justicia por medios digitales equivalentes, interoperables y con niveles de calidad equiparables, que aseguren en todo el territorio del Estado, al menos, la itineración de expedientes electrónicos y la transmisión de documentos electrónicos entre cualesquiera órganos y oficinas judiciales, fiscalía europea, u oficinas fiscales, así como la interoperabilidad de datos entre cualesquiera órganos judiciales o fiscales, a los fines previstos en las leyes. Sobre esta norma es de interés S. CALAZA LÓPEZ, y I. ORDEÑANA GEZURAGA, (Dires.), *Next Generation*

Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial, 2024, La Ley.

¹⁰⁹ A título de ejemplo, sentencia de 16 de mayo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:2563.

¹¹⁰ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.* pág. 226.

¹¹¹ La idea del proceso como instrumento se puede ver en gran parte de la doctrina, de esta manera, FENECH y CARRERAS afirman que “el proceso es el instrumento de la actividad jurisdiccional.”, en *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, pág. 45; PEDRAZ PENALVA señala “que dicha potestad (jurisdiccional) ha de ser, y únicamente puede ser, ejercida por ellos (jueces y magistrados), a través del proceso, para juzgar y ejecutar lo juzgado”, de esta manera se puede observar que el autor también considera al *proceso* como un instrumento para ejercer la potestad jurisdiccional, en

manos de la *jurisdicción* para que esta lleve a cabo su labor, hasta el punto de llegar a afirmar que *jurisdicción* y *proceso* son conceptos correlativos, lo que supone que la supresión del segundo provocaría la desaparición del primero¹¹².

Esta concepción instrumental del *proceso* tiene dos consecuencias directas. La primera es que la *jurisdicción* solo puede actuar por medio del proceso, y la segunda es que las partes únicamente disponen de dicho instrumento para solicitar de los órganos jurisdiccionales que desempeñen su labor constitucional¹¹³.

La segunda consecuencia de que estemos ante un proceso es que se han de dar los elementos básicos para su conformación, como son, la concurrencia de dos partes, en este caso MF y condenado, y la existencia de un tercero imparcial como es el órgano judicial. Asimismo, dicho proceso ha de estar presidido por los principios de contradicción y de igualdad de armas, de lo contrario se estaría violando el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la CE¹¹⁴.

De esta manera, aplicando la doctrina y la jurisprudencia que establecen la refundición de condenas –proceso incardinado en el de ejecución penal– como un proceso acorde con los principios constitucionales, al situarse el órgano judicial como un tercero imparcial su

única obligación es resolver la controversia, planteada por alguna de las partes, absteniéndose de actuar de oficio, aunque así lo establezca la norma procesal.

Puestos de manifiesto los motivos por los que consideramos que la actuación de oficio del órgano sentenciador es altamente difícil que se produzca, es posible argüir un motivo de peso que justifique dicho proceder, sin que ello deteriore la naturaleza jurisdiccional que propugnamos.

Este argumento se encuentra en el fundamento de la aplicación de los límites penales previstos en el artículo 76 del CP y, además, en los derechos que en dicho proceso se hallan en juego; que no son otros que la socialización del penado (art. 25.2 CE) y el derecho a no ser privado de libertad “sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley” (art. 17.1 CE).

En este sentido, el TS ha declarado que las previsiones, tanto del art. 988 de la LECrim como del art. 76 del CP, “se orientan a reconocer la necesidad de evitar con carácter general que una excesiva prolongación de la privación de libertad pueda producir el efecto de desocializar al penado y profundizar su marginación, es decir, justamente el contrario a los que señala el artículo 25.2 de la CE”¹¹⁵.

Constitución, jurisdicción y proceso, op. cit., pág. 143; RAMOS MÉNDEZ también afirma que “el verdadero alcance del proceso es servir de instrumento para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción”, en *Derecho y Proceso, op. cit.*, pág. 46. Pero, aunque se vea el *proceso* como un instrumento, lo que difiere en la doctrina es el sentido que se le da al concepto instrumento, así vemos como el profesor MONTERO señala que la doctrina tradicional lo considera instrumento en tanto en cuanto que las normas procesales sirven para aplicar las normas sustantivas, en cambio este autor defiende que como los órganos jurisdiccionales son los encargados de llevar a cabo la potestad jurisdiccional, y esta labor no es posible que se desarrolle de forma automática (requiere un período de tiempo más o menos prolongado), es necesario que se ponga en manos de estos órganos una herramienta con la que realizar su labor jurisdiccional, siendo este utensilio el *proceso*,

idea que compartimos plenamente, en J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.* pág. 226.

¹¹² J. MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Madrid, 1979, Tecnos, pág. 196.

¹¹³ J. MONTERO AROCA, J. L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, A. y S. BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional I...*, *op. cit.*, pág. 226.

¹¹⁴ En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2024, ECLI:ES:TS:2024:2563.

¹¹⁵ Entre otras, Sentencia del Tribunal supremo de 10 de marzo de 2015, ECLI:ES:TS:2015:821.

Por su parte, el TC considera que “la ejecución de una sentencia penal con inobservancia de las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del Código penal respecto al cumplimiento sucesivo o, en su caso, refundido de las distintas condenas de pérdida de libertad que pudieran reducir el tiempo de permanencia en la prisión del condenado”, puede suponer una violación del derecho reconocido en el art. 17.1 de la CE por cuanto que constituye “un alargamiento ilegítimo de esa permanencia, y, por ende, de la pérdida de la libertad”, asimismo, “la inobservancia de tales disposiciones en la ejecución de las correspondientes sentencias podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución”¹¹⁶.

Por consiguiente, los importantes derechos involucrados, en la aplicación de las normas relativas a los límites de cumplimiento de penas, puede ser fundamento suficiente para que el órgano que dictó la última sentencia condenatoria, susceptible de ser acumulada, pueda iniciar el proceso de oficio, eso sí, poniendo en conocimiento a la mayor urgencia al Letrado o Letrada de la Administración de Justicia, al MF y al propio afectado para que continúen dicho proceso por los trámites previstos, situándose el juez o tribunal en su posición de tercero imparcial¹¹⁷.

3.5.2. Actuación de modo irrevocable

Otra característica propia de la actuación jurisdiccional es la actuación del derecho de modo irrevocable, lo que confería a dichas actuaciones la fuerza de cosa juzgada.

Para tratar este asunto podemos elegir cualquiera de las posibles decisiones que, durante el proceso de ejecución, adoptan los órganos sentenciadores. La primera de estas es la declaración, mediante auto, de la firmeza de la sentencia. En puridad esta es la resolución con la que da comienzo el proceso de ejecución penal, ya que no es posible

ejecutar ninguna pena sino en virtud de sentencia de condena firme (art. 988 LECrim).

Para la adopción de esta resolución el órgano judicial ha de esperar a que se cumpla el plazo estipulado para la interposición de los recursos correspondientes. Una vez transcurrido este deberá dictar auto de firmeza de la sentencia, el cual es recurrible en reforma. Asimismo, si dicho recurso no se insta o si se hiciera fuera desestimado, el auto de firmeza será irrecurable; tendrá fuerza de cosa juzgada, lo que conlleva la necesaria ejecución de la misma.

Es cierto que durante el proceso de ejecución se adoptan multitud de resoluciones tendentes a llevar a cabo la ejecución de la sanción penal –suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, libertad condicional, refundición de condenas, etc.–. Sin embargo, todas esas resoluciones alcanzan fuerza de cosa juzgada y solo son modificadas si cambian las circunstancias que dieron lugar a su adopción.

Como ejemplo citar lo previsto en el artículo 85 del CP, el cual establece que “Durante el tiempo de suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas”.

Así, solo se alzarán, modificarán o sustituirán las medidas acordadas en la suspensión de la pena privativa de libertad “a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas”. Con lo que a *sensu contrario*, si las circunstancias que se valoraron no se

¹¹⁶ SSTC 147/1988, de 14 julio, y 57/2008, de 28 de abril.

¹¹⁷ Ya vimos cómo en la Instrucción se justificaba la iniciación de oficio por los intereses en juego, pero el

órgano judicial debía remitir inmediatamente las actuaciones al MF para que fuese éste el que sustentara la petición.

modifican, la resolución adoptada seguirá gozando de fuerza de cosa juzgada.

3.5.3. Existencia de desinterés objetivo

La tercera característica de las actuaciones jurisdiccionales es que actúan con desinterés objetivo.

Para ver esta característica de una manera más clara, es conveniente acudir de nuevo al proceso de refundición de condenas y ver si se produce. En efecto, ya se vio anteriormente que este incidente se resuelve a través de un proceso contradictorio, en el que el órgano judicial se sitúa suprapartes y adopta una decisión motivada, basada en la comprobación de que concurren las circunstancias para dicha refundición y aplicando la normativa vigente en cada caso.

Se dijo, al tratar sobre el desinterés objetivo, que los órganos jurisdiccionales actúan resolviendo asuntos ajenos a ellos. En el proceso de refundición de condenas se puede apreciar cómo el órgano resuelve una cuestión que afecta directamente a la persona condenada, con el objetivo de una mejor resocialización y reeducación del condenado (art. 25.2 CE).

De este modo, en su actuación no busca un interés general¹¹⁸ –aunque estén en juego derechos tales como la prohibición de ser privado de libertad si no se observa lo establecido en la Ley (art. 17.1 CE) o el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)–, sino que se resuelve una controversia que afecta únicamente a la persona condenada, con el objeto de que el

condenado no permanezca un tiempo excesivo cumpliendo una sanción penal, ya que esto entorpecería su reeducación y reinserción social. Así, es lógico pensar que la actuación del órgano judicial solo interesa al sujeto pasivo de la ejecución, con lo que el órgano actúa con desinterés objetivo en su resolución.

Por lo tanto, y, para resumir, se ha visto cómo el órgano judicial cuando actúa con el objeto de *hacer ejecutar lo juzgado*, se detectan las características propias de una actuación jurisdiccional, con lo que podemos concluir que la naturaleza jurídica de dicha labor es jurisdiccional y no administrativa.

Referencias

- AAVV (2004). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Otras Leyes del Proceso Penal*, (Dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C.), Vol. IV, Tirant lo Blanch.
- ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina (1984). *El juez de vigilancia penitenciaria*, Civitas.
- BUENO ARÚS, Francisco (1987). “el juez de vigilancia penitenciaria y los derechos de los penados” en *Diario La Ley*, Tomo 4.
- CALAZA LÓPEZ, Sonia y ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (Dires.) (2024), *Next Generation Justice: Digitalización e Inteligencia Artificial*, La Ley.
- CARNELUTTI, Francesco (1956). *El Problema de la Pena*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América.

¹¹⁸ Es necesario matizar que el proceso penal en general se encuentra impregnado de un interés general en la persecución del delito y la aplicación del *ius puniendi*. Pero ese interés general pasa a un segundo plano cuando se trata de un proceso penal en particular, donde lo que prima es la aplicación del Derecho penal con todas las garantías. En este sentido el profesor MONTERO AROCA señala –y estamos completamente de acuerdo con él– que el proceso penal, más que ser el instrumento del que se sirve el Estado para aplicar el Derecho penal, es el límite y la garantía que tienen los ciudadanos en la aplicación del *ius puniendi* por parte

del Estado, en *Proceso y Garantía Civil y Penal. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Valencia, 2006, Tirant lo Blanch. En un sentido parecido se pronunciaba LEONE al afirmar que “El Estado-Administración, que es titular del derecho subjetivo de castigar se autolimita, sometiendo al examen del poder jurisdiccional la decisión acerca de la existencia de un delito, de la conexas responsabilidad penal y consiguientemente del derecho a castigar.”, en *Tratado de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 478.

- CARNELUTTI, Francesco (1959). *Las Miserias del Proceso Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CHIOVENDA, José (2000). *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*, Traducción española de la tercera edición italiana por José Casais y Santaló, Reus.
- CORDÓN MORENO, Faustino (1998). *Introducción al Derecho Procesal*, Eunsa.
- D'ORS, Álvaro (1989). *Una Introducción al Estudio del Derecho*, 8ª edición, Ediciones Rialp, SA.
- D'ORS, Álvaro (1999). *Nueva Introducción al Estudio del Derecho*, Civitas.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio y VEGAS TORRES, Jaime (2004). *Derecho Procesal, Introducción*, 3ª edición, Universitaria Ramón Areces.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (1991). *Sobre la Cosa Juzgada civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- ETXEBARRÍA GURIDI, José Francisco, BARONA VILAR, Silvia, PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, MARTINEZ GARCIA, Elena, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, GÓMEZ COLOMER, José Luís (2024). *Procesal Penal. Derecho Procesal III*, 4ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (2003). “La desaparición de la fuerza de cosa juzgada material de las sentencias dictadas en los juicios sumarios (artículo 447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000)”, en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, nº 7.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1973). “Algunos conceptos y principios fundamentales de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 vigente”, en *Geburtstag von Max Guldener, Zürich*.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1983). *Estudios de derecho procesal civil, penal y constitucional I*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor (1990). *Doctrina General del Derecho Procesal. Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales*, Bosch.
- FENECH, Miguel (1960). *Derecho Procesal Penal*, 3ª Edición, V. II, Labor S.A.
- FENECH, Miguel y CARRERAS, Jorge (1962). *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos (1995). *Comentarios a la legislación penitenciaria*, reimpresión, Civitas.
- GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (1947). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel (1994). *La Ejecución de la pena privativa de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco (1991). “Poder Domesticador del Estado y Derechos del Recluso”, *Estudios sobre la Constitución Española (homenaje al profesor Eduardo García De Enterría)*, Tomo II.
- GUASP, Jaime (1948). “Los límites temporales de la cosa juzgada” en *Anuario de derecho civil*, Vol. 1, nº 2.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo (1970). “Concepto de Derecho Procesal” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, núm. III, julio-septiembre.
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara, MUERZA ESPARZA, Julio, TOMÉ GARCÍA, José Antonio (2007). *Derecho Procesal Penal*, 8ª edición, Universitaria Ramón Areces.
- LEGANÉS GÓMEZ, Santiago. (2023). Las víctimas del delito en la ejecución penitenciaria». Cuadernos de RES PUBLICA en derecho y criminología, n.º 1 (mayo):25-40. <https://doi.org/10.46661/respublica.8041>.
- LEONE, Giovanni (1963). *Tratado de Derecho Procesal Penal*, III, traducido por

- Santiago Santis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luís (1981). “La problemática actual del juez de vigilancia” en *Revista de estudios Penitenciarios*, nº 232-235.
- MARTÍN DIZ, Fernando (2002). *El juez de vigilancia penitenciaria. Garante de los derechos de los reclusos*, Comares.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2002), *El Arbitraje en el Marco de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan (2006). *Proceso y Garantía Civil y Penal. El proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, José Luía, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Sílvia (2019). *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 27ª edición, Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan (1979). *Introducción al Derecho Procesal*, 2ª edición, Tecnos.
- MONTERO AROCA, Juan (1976). *Introducción al Derecho Procesal*, Tecnos.
- MONTERO AROCA, Juan, GÓMEZ COLOMER, José Luía, MONTÓN REDONDO, Alberto y BARONA VILAR, Sílvia (2014). *Derecho Jurisdiccional I, Parte General*, 22ª Edición, Tirant lo Blanch.
- MONTERO AROCA, Juan (1997). *Principios del proceso penal, una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch.
- MONTES REYES, Amalia (1982). “administración y jurisdicción en la ejecución de las penas” en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, nº 1.
- MORENO CATENA, Víctor, GIMENO SENDRA, Vicente, y CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín (1997). *Derecho Procesal Penal*, 2ª Edición, Colex.
- NAVARRO VILLANUEVA, Carmen (2002). *Ejecución de la Pena Privativa de Libertad*, Barcelona, J. M. Bosch Editor.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo (2007). *Introducción al Derecho Procesal*, 3ª edición, Marcial Pons.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto (2000). *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Colex.
- PEDRAZ PENALVA, Ernesto (1990). *Constitución, jurisdicción y proceso*, akal/iure.
- PEITEADO MARISCAL, Pilar (2006). *La ejecución jurisdiccional de las penas privativas de libertad*, Edersa.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús (2008). *Introducción al Derecho Procesal*, 1ª edición, Tórculo Edicions.
- RACIONERO CARMONA, Francisco (1999). *Derecho penitenciario y privación de libertad. Una perspectiva judicial*, Dickinson.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco (1978). *Derecho y Proceso*, Bosch.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco (2004). *Enjuiciamiento Criminal. Séptima lectura constitucional*, Atelier.
- RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBÁU, José Francisco y RICHARD GONZÁLEZ, Manuel (2005). *El Proceso Penal Práctico*, La Ley.
- ROMANO, Santi (2002). *Fragments de un Diccionario Jurídico*, Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Comares S. L.
- ROXIN, Claus, GUNTHER, Arzt y KLAUS, Tiedemann (1989). *Introducción al Derecho Penal y al Derecho penal Procesal*, Versión española, notas y comentarios de los profesores Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gómez Colomer, Ariel, S.A.
- RUIZ VADILLO, Enrique (1979). *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 32, fascículo 1.
- SÁEZ JIMÉNEZ, Jesús y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, Epifanio (1968). *Compendio de Derecho Procesal*

Civil y Penal, Tomo IV, Volumen III,
Santillana.

SANTORO, Arturo (1954). *Manuale di Diritto
Processuale Penale*, Unione Tipografico-
Editrice.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel (1969).
Estudios de Derecho Procesal, Ediciones
Ariel.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José
(2005). “El juez en la ejecución de las penas
privativas de libertad” en *Revista
electrónica de ciencia penal y criminología*,
nº 7.

VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, Carlos y
ARAGONESES ALONSO, Pedro (1974).
Curso de derecho procesal penal, vol. II, 4ª
edición, Prensa Castellana.