



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Consultas

DOCUMENTO ANALIZADO

Consulta n.º 3/1989, de 12 de mayo, *sobre el órgano judicial competente para fijar el límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas por delitos conexos enjuiciados en distintos procesos (art.70,2.º del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)*.

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Artículo 70,2.º del CP (1973) y artículo 988,3.º de la LECRM y artículo 76,2.a) de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 10/1995, de 22 de noviembre, por el que se aprueba el nuevo CP y queda derogado expresamente el texto refundido anterior. El Art. 70,2.º queda modificado y la nueva regulación la recoge el art. 76 del nuevo CP.

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

STS 18 de mayo de 1995; STS 98/2012 de 24 de febrero, confirma el criterio de la Consulta.

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

La cuestión básica que se plantea en la Consulta es el alcance de los artículos 76.2.a) de la Ley General Penitenciaria y 988 párrafo tercero de la LECRM en relación con el artículo 70.2.º del Código Penal (1973), en aras a determinar el órgano judicial competente para fijar el límite de cumplimiento a las penas privativas de libertad impuestas por delitos conexos enjuiciados en distintos procesos. La Consulta sostiene que esta materia es

competencia de los Tribunales sentenciadores por cuanto pertenece al ámbito de aplicación de la pena y no al de ejecución.

El criterio de la Consulta no se ha visto modificado por ulteriores reformas que han respetado el tenor del artículo 988.3.º de la LECRM en consonancia con la línea jurisprudencial marcada por el TS.

Ficha elaborada por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

TEXTO DE LA CONSULTA ANALIZADA

Consulta n.º 3/1989, de 12 de mayo, sobre el órgano judicial competente para fijar el límite de cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas por delitos conexos enjuiciados en distintos procesos (art.70,2.ª) del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Se somete a Consulta el siguiente hecho:

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

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

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

La cuestión básica a tratar es el contenido y alcance de los arts. 76.2, a) de la Ley General Penitenciaria y 988 párrafo tercero de la LECr en relación con el art. 70.2.ª del Código Penal:

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

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

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

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

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

5. En consecuencia, no parece claro que la aplicación del art. 70.2.º pertenezca a las llamadas «potestades declarativas» en materia penal o exclusivas del Juez o Tribunal que juzga -puede ser aplicado en un momento posterior a la sentencia-, pues de ser así no se entendería que pudiera privarse de ellas a los Jueces y Tribunales sentenciadores en favor de uno de ellos, el que dictó la última sentencia. Por otra parte, la reflexión jurídica sobre los hechos declarados probados en las sentencias para saber si hay o no conexidad no tiene trascendencia sobre los hechos probados al tratarse sólo de una valoración sobre la existencia o no de una condición impuesta por la Ley, lo que no impide pueda ser llevada a cabo por un Juez de Vigilancia. Sin que, además, deba olvidarse que este nuevo órgano jurisdiccional entra a valorar las sentencias condenatorias en numerosos casos (naturaleza de los hechos, duración de las penas) para incidir sustancialmente en la pena o en las modalidades de cumplimiento (permisos, redenciones, clasificaciones, libertad condicional); de ahí que ante la imposibilidad de que puedan intervenir todos los que dictaron alguna de las sentencias afectadas por el art. 70.2.º, puestos a elegir nada impide que el legislador, por la vía del art. 76 de la Ley General Penitenciaria, lo haya atribuido al Juez de Vigilancia.

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

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

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

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

La interpretación extensiva del art. 76 tampoco puede justificarse desde la mayor eficacia como criterio teleológico, porque la asunción de esa competencia por los Jueces de Vigilancia no presupone una mayor garantía de eficacia, pues en la mayor parte de las provincias es menos gravoso conocer de esta materia por los tribunales o Jueces ordinarios que por los Jueces de Vigilancia servidos por Magistrados en régimen de compatibilidad con sus funciones judiciales. Y la posible mayor eficacia tampoco se justifica por la inmediación del interno al Juez de Vigilancia, pues éste, a su vez, habrá de dirigirse siempre a los Juzgados o Tribunales sentenciadores.

3. La determinación de la competencia en favor del último órgano sentenciador hecha por el art. 988 de la LECr no tiene, efectivamente, otro fundamento que la seguridad jurídica. Igualmente podría haberse determinado en favor de cualquiera otro de los Tribunales sentenciadores. Tampoco existe cuestión en que el art. 70.2.^o puede

aplicarse fuera de la sentencia, pero esta razón no justifica la atribución de la competencia al Juzgado de Vigilancia por cuanto que la aplicación de aquel precepto entra plenamente en la función «de juzgar» que corresponde a los Juzgados y Tribunales ordinarios, y no en la de «hacer ejecutar lo juzgado», ámbito en el que se desenvuelve la competencia de los Juzgados de Vigilancia.

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

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

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

- Se eliminaría la garantía del recurso de casación por infracción de ley previsto en el párrafo último del art. 988 de la LECr explícitamente definido como expresión del derecho de defensa del penado en la sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1987.
- El control de la decisión del Juez de Vigilancia correspondería por ser materia de ejecución de penas al órgano jurisdiccional sentenciador, pero habiendo varios cabe preguntarse cuál es el Tribunal *ad quem*, pues no parece lógico retomar el art. 988 para atribuir al último la competencia en alzada cuando se le ha sustraído en instancia.

El presupuesto de que parte la Consulta, en un orden material, es simple y su solución pacífica. En efecto, la limitación del cumplimiento de la condena establecida en el art. 70.2.^a del Código Penal, se aplica tanto a los delitos conexos enjuiciados en un sólo sumario, como a los que fueron objeto de procedimientos separados terminados por distintas sentencias, pero que conforme a los arts. 17 y 300 de la LECr pudieron ser enjuiciados en un solo sumario. En el primer supuesto sólo existe una sentencia, y en su texto, por regla general, se contiene de modo expreso la limitación. En la segunda hipótesis se dictan varias sentencias, y, lógicamente, en ellas no figura el límite, sino que, a tenor del art. 988, párrafo tercero, de la LECr, la limitación del cumplimiento de la condena se decidirá en auto por el Juez o Tribunal que hubiere dictado la última sentencia; y la iniciación del expediente de refundición de condenas se hará de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal o del condenado. Esto último es lo que se extrae de los hechos que la Consulta proporciona: un interno condenado en varias sentencias, unas dictadas por Juzgados de Instrucción y otras por Audiencias Provinciales, solicita la acumulación de condenas. Se dirige al Juez de Vigilancia Penitenciaria del lugar en que extingue la condena por entender que es el competente. Este aspecto procesal es, precisamente, lo que se discute: si el órgano

competente para decidir si todos los hechos punibles debieron ser objeto de un sólo proceso -con la consiguiente aplicación del art. 70.2 del Código Penal- es el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria o el Juzgado de Instrucción o Audiencia Provincial que dictaron la última sentencia condenatoria.

El art. 988, párrafo tercero, de la LECr no ofrecía especiales problemas en su interpretación antes de promulgarse la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979. Pero acontece que ésta, al crear la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, entre otras variadas funciones, le atribuyó la de adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad, se lleven a cabo, «asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores» (art. 76.2, a).

¿Estas funciones sustituyen a las que -referidas siempre a la aplicación del art. 70.2 del Código Penal- en el art. 988 de la LECr eran privativas de los Jueces y Tribunales que hubieran dictado la última sentencia? El tema al no estar resuelto de modo explícito en disposiciones legales es lógico que divida a los intérpretes. Se han expuesto ya los criterios, realmente discordantes, mantenidos por el Fiscal de Lérida y la Audiencia Territorial de Barcelona. Esta oposición se aprecia también en otros niveles. Excluido el doctrinal, que aquí no interesa directamente, es de significar que así como los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en sus reuniones de 1982 y 1983 entendieron que se hallaba en la esfera de su competencia la refundición de condenas derivadas de diversos procesos, en un informe de 16 de febrero de 1987 del Consejo General del Poder Judicial (publicado en su Boletín de Información núm. 57, abril de 1987), resolviendo Consulta de un Juez de Vigilancia Penitenciaria, se sostuvo que esta materia era competencia de los Tribunales sentenciadores por cuanto pertenecía al ámbito de la aplicación de la pena y no al de su ejecución. En particular, se resuelve «que lo que en ningún caso se extienden las competencias de Juez de Vigilancia Penitenciaria es... a las potestades declarativas en materia penal; es decir, el Juez de Vigilancia Penitenciaria opera en el ámbito de la potestad de ejecución sobre la base de una condena pronunciada por otro Tribunal... pero en ningún caso extiende sus competencias al enjuiciamiento, contemplación o valoración de los hechos que determinaron la condena a penas privativas de libertad, para extraer de los mismos consecuencias jurídicas de naturaleza penal. En ningún caso las potestades de ejecución comprenden la valoración jurídica, a efectos penales, de los hechos que motivaron la condena». Tras estas consideraciones, se concluye que «la aplicación de la regla del art. 70.2 del Código Penal no se configura como una potestad de ejecución, sino que participa de la potestad declarativa de juzgar. El art. 70.2 forma parte del Capítulo IV del Título III del Libro I del Código Penal, relativo a la aplicación de las penas, distinto y bien diferenciado del Capítulo V, relativo a su ejecución. Por otra parte, y como dato esencial para la calificación de la potestad del art. 70.2, como de enjuiciamiento o como de ejecución, debe tenerse en cuenta que para que proceda o no la limitación de las penas previstas en el primer párrafo de dicha regla, lo relevante será que los hechos que determinan la imposición de las distintas condenas pudieran haberse enjuiciado por su conexión, en un solo proceso. Se trata, por tanto, para la aplicación del art. 70.2.^a de formular un juicio sobre la conexidad de los hechos que están en la base de las distintas condenas penales; y la regulación de los supuestos de conexidad en el art. 17 de la LECr implica a la hora de apreciar su concurrencia, la necesidad de valorar circunstancias directamente afectantes a aspectos objetivos o subjetivos de los hechos en cuestión, como pueden ser su finalidad en relación con otro distintos, el previo concierto para la comisión de hechos

delictivos o la simple relación entre unos hechos y otros. Todo ello es materia propia de la potestad de enjuiciar y excede del marco de las funciones puramente ejecutivas atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria».

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

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

En el Código Civil la teoría de la derogación de las normas jurídicas se desarrolla el art. 2.2.º que por hallarse en el título preliminar es aplicable a todas las que componen el ordenamiento jurídico cualesquiera sean su naturaleza y contenido, y no sólo a las de carácter jurídico-privado. Se recogen en el citado art. 2 dos principios: uno es el de la derogación en sentido formal, y otro el de la derogación en sentido material. Dado que, como antes se dijo, la derogación expresa en sus dos formas está ausente en la Ley General Penitenciaria nos referimos a la derogación tácita. El art. 2.2 del Código Civil afirma que la derogación «se extenderá siempre a todo aquello que en la Ley nueva sobre, la misma materia, sea incompatible con la anterior». La *voluntas abrogandi* presupone la incompatibilidad entre el contenido de la disposición nueva y la anterior siempre que exista igualdad de materias tratadas en ambas leyes e identidad de destinatarios. Si es cierto que la Ley General Penitenciaria y el art. 988 de la LECr se hallan en la doble relación de Ley especial-Ley general y de Ley posterior-Ley anterior, y que las específicas normas sometidas a interpretación (arts. 988, párrafo tercero de la LECr y 76.2 de la LGP) están formalmente en el ámbito de la ejecución, no lo es menos que es imposible deducir una *voluntas abrogandi* cuando los preceptos contemplados presentan un radio diverso, pues no en vano el art. 988 se relaciona con una norma a aplicar que es sustantiva, como el art. 70.2.º del Código Penal y el art. 76 de la LGP no desborda los límites de la efectiva ejecución; de otro lado el art. 988, párrafo tercero, va referido a la acumulación, mediante auto, de las penas impuestas en distintos procesos, y el art. 76 a la ejecución de sentencias.

2. Los Jueces de Vigilancia Penitenciaria tienen atribuidas funciones jurisdiccionales ejecutivas. Así lo dice expresamente el art. 76.1 de la LGP. Y el art. 94.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial declara que los Jueces de Vigilancia Penitenciaria «tendrán las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad». ¿Pero la refundición o el hecho de establecer el límite de cumplimiento pertenece al campo de la ejecución de las penas o al de su aplicación? Excede de las funciones ejecutivas la aplicación de la regla 2.ª del art. 70 del Código Penal a que se refiere el art. 988, párrafo tercero, de la LECr. Y ello cualesquiera sea el momento procesal en que nos situemos. La regla 2.ª del art. 70 puede tener efectividad en dos momentos y ambos son ajenos a la fase de ejecución. Uno es el de la existencia de conexión

y pluralidad inicial entre los objetos punibles manifestada en el sumario, y se resuelve en la sentencia. Y otro cuando median conexión y pluralidad sucesiva mediante la acumulación de causas o procedimientos resolviéndose su aplicación en auto.

No representa un argumento en contra el texto del art. 76.2, a) de la LGP. Precisamente el arma utilizada para rebatirle es la misma empleada en su defensa: el elemento gramatical. Quienes se sienten inclinados a extender la competencia de los Jueces de Vigilancia a los hechos objeto de la Consulta se fijan en el último inciso del art. 76.2, a): «asumiendo -los Jueces de Vigilancia- las funciones que corresponden a los Jueces y Tribunales sentenciadores». Esta frase, sin embargo, no puede desvincularse de la inmediatamente anterior. El Juez de Vigilancia, es cierto, asume esas funciones, pero no se predicán de modo abstracto o general, sino que están relacionadas con pronunciamientos ya existentes de los Juzgados y Tribunales; al Juez de Vigilancia, dice el art. 76.2 a) antes del inciso antes reproducido, corresponde «adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones, en orden a las penas privativas de libertad, se lleven a cabo». Resulta evidente que los pronunciamientos sobre las penas privativas de libertad han de estar contenidos en decisiones de otros -ajenas al Juez de Vigilancia- que sean competentes para imponer penas privativas de libertad. Si ésta es, indudablemente, una facultad extraña a los Jueces de Vigilancia todos los pronunciamientos a ejecutar han de proceder de otros órganos jurisdiccionales. Asumen, pues, los cometidos de ejecución que corresponderían a otros, pero no las funciones todas que correspondan a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

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

3. Al hacerse aplicación del art. 988, párrafo tercero, de la LECr, están en fase de ejecución las respectivas sentencias. Pero el contenido del auto resolutorio del incidente de acumulación de las penas impuestas en distintos procesos es efecto de una potestad de declaración o de aplicación de normas penales. Si, abstractamente, los autos dictados en período de ejecución de sentencias no tienen acceso a la casación, el auto dictado al amparo del art. 988, párrafo tercero, es recurrible por infracción de Ley, no pudiendo ser otro el precepto sustantivo violado que el art. 70.2.º del Código Penal. Quien lo aplique está realizando, pues, función de juzgar, en la que, sobre todo, debe valorar se la conexión entre los hechos de los distintos procesos. Y esta función no compete a los Jueces de Vigilancia. Conexión y penalidad se hallan en relación inmediata, generadora no sólo de efectos procesales (el enjuiciamiento conjunto de los hechos conexos) sino también de efectos sustantivos (menor consecuencia punitiva) estando éstos subordinados al examen de si existen o no los nexos entre los distintos hechos que se describen en el art. 17 de la LECr particularmente si el vínculo es de medio a fin (art. 17.3 y 4) o de analogía o relación entre los hechos (art. 17.5). De terminar si la relación de

conexidad es de medio a fin o no y concretar sí hay analogía delictual o relación delictual entre los distintos hechos, no es algo automático sino que está en función de la forma de ejecución delictiva, de la peculiar naturaleza de los hechos o del carácter del bien jurídico violado, lo que excede obviamente de las funciones atribuidas a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria de «hacer cumplir la pena impuesta» (art. 76.1 LGP), para lo que en tanto se dictan las normas sobre procedimientos de su actuación se atenderán, dice la Disposición transitoria 1.^a de la LGP a los arts. 985, 987 y 990 de la LECr que son precisamente los situados en la propia fase de ejecución.

4. En este mismo sentido se ha pronunciado el auto de 7 de abril de 1989, dictado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, resolviendo cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción número 11 de Barcelona y el de Vigilancia Penitenciaria de Bilbao, en que tan sólo se cuestionaba que órgano debía conocer del expediente sobre refundición de condenas derivado de la aplicación de los arts. 70.2.º del Código Penal y 988, párrafo tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Previamente el Fiscal ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en razonado informe, sostuvo también que la competencia para el incidente de refundición de penas en orden a la aplicación, si procede, del art. 79.2.^a del Código Penal, debe atribuirse no al Juez de Vigilancia Penitenciaria, sino a alguno de los órganos decisores que haya dictado la última sentencia.

