



Roj: **STS 4621/2022 - ECLI:ES:TS:2022:4621**

Id Cendoj: **28079120012022100935**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/12/2022**

Nº de Recurso: **20191/2022**

Nº de Resolución: **965/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAP, Barcelona, Sección 21ª, 20-01-2022 (rec. 1896/2021),
STS 4621/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 965/2022

Fecha de sentencia: 15/12/2022

Tipo de procedimiento: R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA

Número del procedimiento: 20191/2022

Fallo/Acuerto:

Fecha de Votación y Fallo: 27/09/2022

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, SECCION 21ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

Transcrito por: HPP

Nota:

R.CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA núm.: 20191/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Dolores De Haro Lopez-Villalta

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 965/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco



D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 15 de diciembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de Casación **núm. 20191/2022** por infracción de ley, interpuesto por el Ministerio Fiscal PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN MATERIA DE VIGILANCIA PENITENCIARIA contra el Auto nº 119/2022, de 20 de enero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21^a, en el Rollo de Apelación nº 1896/21, respecto del interno Felipe .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria 2 de Catalunya, dictó en la causa E.P. 45423 referente al interno D. Felipe auto en fecha 19 de noviembre de 2021, que contiene los siguientes Hechos y Parte Dispositiva:

HECHOS

"PRIMERO. - Que por el Ministerio Fiscal se ha interpuesto recurso de alzada contra la progresión en tercer grado del interno Felipe ; y en Otrosí Digo de su escrito de recurso se ha interesado la suspensión cautelar del tercer grado por extensión interpretativa analógica de la Disposición Adicional Quinta, apartado 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en lo relativo al efecto suspensivo del auto objeto de recurso de apelación, al tratarse de una pena grave que pueda representar la excarcelación del penado, solicitando así mismo que se dé al recurso una tramitación preferente y urgente.

SEGUNDO. Abierta la correspondiente pieza separada para la tramitación de la medida cautelar interesada, se dio traslado a la letrada del interno por plazo de tres días para alegaciones, no habiendo evacuado el trámite conferido al efecto".

PARTE DISPOSITIVA

"No ha lugar a la suspensión cautelar de los efectos de la resolución de la Secretaría de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima de fecha 6 de octubre de 2021 estándose al pronunciamiento definitivo del recurso contra la clasificación en tercer grado.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio fiscal, al interno a través del Centro Penitenciario y a éste mediante testimonio, haciéndoles saber que contra la misma puede interponerse recurso de reforma en el plazo de tres días (artículo 211 Ley de Criminal), o de apelación que se admitirá en un solo efecto y podrá reponerse, bien en forma subsidiaria en el mismo plazo, bien directamente en el plazo de cinco días de acuerdo con lo establecido en el art. 766 del texto legal citado, mediante escrito con firma de letrado y si no lo tuviera se le designará de oficio. El recurso debe presentarse en este Juzgado.

La presente resolución es ejecutable."

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal interpuso recurso de apelación contra el auto anterior, siendo resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21^a en el Rollo de Apelación 1896/21-G mediante auto de fecha 20 de enero de 2022 (con voto particular), en el que consta los siguientes Hechos y Parte Dispositiva:

-HECHOS-

"PRIMERO . En fecha 19/11/21 el Ministerio fiscal interpone recurso frente a la resolución de la Secretaria de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima de fecha 6/10/21 por la que se acuerda la progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario al interno DON Felipe interesando mediante OTROSI DIGO I que se procediera a la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa impugnada, con base en los argumentos que contiene en su escrito, solicitando así mismo que se dé al recurso una tramitación preferente y urgente.

SEGUNDO . Incoada pieza separada, se dio traslado a la representación del mencionado interno por plazo de una audiencia para alegaciones.

TERCERO . Precluido el plazo para la presentación de alegaciones por la representación letrada del interno quedaron las actuaciones para su resolución. Ha sido designado ponente Ricardo Rodríguez Ruiz, quien expresa el parecer del Tribunal"

-PARTE DISPOSITIVA-



"No ha lugar a acordar la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución de la Secretaria de Medidas Penales, reinserción y Atención a la Víctima de fecha 6 de octubre de 2021 respecto del interno DON Felipe interesada por el Ministerio Público mediante OTROSI DIGO I de su escrito de recurso frente a la progresión a tercer grado del referido interno.

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe interponer recurso de reforma y/o apelación conforme a lo establecido en la Disposición Adicional 5 a LOPJ, y en un solo efecto. El recurso de reforma en plazo de tres días ante este Juzgado; el recurso de apelación en plazo de cinco días ante este Juzgado para ante el órgano sentenciador".

TERCERO.- Notificado el auto a las partes, con fecha 3 de febrero de 2022 se presentó en el Registro General de la Audiencia Provincial de Barcelona escrito del **Ministerio Fiscal** interponiendo recurso de casación para unificación de doctrina, que autoriza la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ en su apartado Octavo, en relación con los artículos 749.1º, 855, 859, 873, 874, 879 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

CUARTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el Ministerio Fiscal formalizó el recurso alegando los siguientes motivos de casación:

Motivo Único.- Por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, de la LOPJ.

QUINTO.- Conferido traslado para instrucción, no ha comparecido el penado; el Ministerio Fiscal conforme a lo dispuesto en el artículo 882 de la LECr, emite informe el 29 de marzo de 2022 dándose por instruido y reiterando el informe de formalización del recurso emitido en fecha 22 de febrero.

SEXTO.- Por providencia de 14 de junio de 2022 se acordó señalar para deliberación y fallo, el día 27 de septiembre de 2022, lo que se llevó a efecto, continuándose la deliberación hasta el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interpone el Ministerio Fiscal recurso de casación para unificación de doctrina en materia de vigilancia penitenciaria, contra el Auto nº 119/22, de 20 de enero, dictado por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona -rollo de apelación nº 1896/21-, por el que se acordó desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal y denegar efecto suspensivo al recurso.

En el referido Auto, se disponía la clasificación en tercer grado de tratamiento al interno Felipe, condenado a pena de 20 años y 1 día de prisión por un delito de **asesinato** y que en el momento en que se le progresó a tercer grado por parte de la *Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Victima*, la mitad de la condena no estaba aún cumplida.

Al denegar el efecto suspensivo, indica el recurrente, la Audiencia se aparta del del criterio de otros autos de contraste, produciéndose una disparidad interpretativa puesto que en los Autos de contraste se reconoce efecto suspensivo en tales supuestos.

El recurso se contrae a un solo motivo, por infracción de Ley al amparo del art. 849.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación de la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, de la LOPJ.

SEGUNDO.- El recurso de casación para la unificación de doctrina en materia penitenciaria, introducido en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2003, de 27 de mayo, y en el Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2004 (ya recogido en la STS 1097/2004, de 30 de septiembre), tiene como finalidad, concorde reiterada jurisprudencia de esta Sala Segunda (SSTS 660/2021, de 8 de septiembre; ó 73/2021, de 28 de enero y todas que a su vez cita), procurar la unidad del orden normativo jurídico-penal, en la referida materia, supervisando la aplicación de las normas con el propósito de cimentar el derecho a la igualdad de todos los ciudadanos frente a las mismas. Las partes en conflicto han tenido ya la oportunidad de agotar en defensa de sus pretensiones una previa doble instancia judicial, teniendo allí ocasión de depurar todos aquellos aspectos fácticos y jurídicos que configuran la controversia, de modo que en este trance casacional únicamente será dable someter a la consideración de este Tribunal la corrección de la doctrina legal aplicable, resolviendo esta Sala Casacional las discrepancias interpretativas entre los diversos órganos jurisdiccionales a quienes corresponda resolver tales materias. Por eso, exige este recurso la concurrencia de dos requisitos: identidad de supuesto legal de hecho y contradicción de doctrina legal aplicada.

El primero de ellos, --identidad de supuesto legal de hecho y de fundamentación jurídica--, supone la comprobación inicial de que se trata de supuestos sustancialmente iguales, que, por consiguiente, debieron haber merecido la misma respuesta judicial y que, sin embargo, ésta fue diversa, en función de una diferente



interpretación de un mismo precepto legal, que debe ser corregida o unificada por esta Sala. En definitiva, lo que se pretende salvaguardar con este requisito es el principio de igualdad en la aplicación de la ley, y consiguientemente, el de seguridad jurídica. El principio de identidad de la norma se traduce en la identidad de supuesto de hecho (en el sentido de la descripción de aquellos elementos fácticos que conforman su previsión normativa) y el de consecuencia jurídica derivada de la concurrencia de tal supuesto de hecho. Por otro lado, también es evidente que, si las particularidades fácticas del caso sometido a la valoración jurídica de uno u otro tribunal, son distintas, o si la norma jurídica permite una cierta discrecionalidad en su aplicación, el recurso no podrá prosperar, porque no se habrá producido desigualdad alguna de criterio, sino la aplicación de unos parámetros interpretativos diversos que se justifican en una sustancial falta de igualdad, o son, en otro caso, fruto de la corrección en la respuesta jurídica que faculta aquella discrecionalidad. Finalmente, cuando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas.

El segundo requisito se refiere a la existencia cierta de una contradicción en la aplicación normativa, o lo que es lo mismo, a la comprobación de que con anterioridad un órgano judicial, incluido este propio Tribunal Supremo, se haya pronunciado de forma diversa a la resolución impugnada. Este requisito justifica que no puedan acceder directamente ante esta Sala todo tipo de discrepancias con la interpretación que se ha realizado en el supuesto concreto enjuiciado, a modo de un recurso de casación directo, sino que es precisa la previa discrepancia de criterios aplicativos de la norma jurídica con respecto a la de contraste.

Deberán alegarse en consecuencia, al menos, dos resoluciones judiciales: una, la impugnada, que podrá ser objeto de corrección por este Tribunal Supremo; y otra, la de contraste (una o varias), que evidencie, a juicio del recurrente, que el derecho penitenciario se aplicó de forma diferente ante otro supuesto sustancialmente idéntico al que resuelve la sentencia impugnada. Recapitulando: las características de este recurso de casación serán las siguientes: a) identidad de supuesto legal de hecho; b) identidad de la norma jurídica aplicada; c) contradicción entre las diversas interpretaciones de la misma; d) relevancia de la contradicción en la decisión de la resolución objeto del recurso.

Desde el plano negativo, –igualmente como advierte la resolución ya citada–, nunca podrá convertirse este recurso en una tercera instancia jurisdiccional, pues la subsunción jurídica llevada a cabo en la resolución impugnada no puede ser objeto de nuevo control casacional por esta Sala, ni pueden ser revisados los contornos fácticos del supuesto de hecho previsto por la norma, tal y como han quedado diseñados por el Tribunal "a quo"; ni puede finalmente considerarse infringida la doctrina legal cuando su aplicación dependa de comportamientos individualizados de conductas o informes de pronóstico o diagnóstico personal.

En coherencia con todo ello, al formalizarse el recurso ante esta Sala, en puridad, no se satisface únicamente en motivos vinculados a la estricta infracción de ley ni en el quebrantamiento de forma, sino que precisa la infracción de doctrina jurisprudencial o contradicción en la aplicada por distintos órganos jurisdiccionales. La infracción constitucional que siempre es alegable como motivo casacional, únicamente tendrá relevancia en este recurso como manifestación del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica.

Como expresa el propio recurrente en seguimiento de esta jurisprudencia, el fin perseguido en este recurso penitenciario -por todas, SSTS 105/2016, de 18 de febrero, y 541/2016, de 17 de junio-, no es otro que cumplir con un cometido nomofiláctico de la norma jurídica para, en última y superior instancia, proporcionar un trato igualitario a los internos. Es decir, velar por la lineal interpretación y aplicación de la normativa penitenciaria con el objetivo de evitar, frente a idénticas situaciones, que se llegue a conclusiones dispares.

TERCERO.- El recurso del Ministerio Fiscal, cumplimenta esas exigencias:

1. Expone que el recurso trae causa y, se explica por la necesidad de establecer unas pautas. estables, y para todo el territorio nacional, sobre si la interposición de recurso contra la clasificación en tercer grado de condenados por delitos graves tiene efecto suspensivo por aplicación de la Disposición Adicional Quinta apartado 5 de la LOPJ y, por tanto, la interpretación que se ha de dar a tal precepto, con determinación de con qué significado se utiliza el término "excarcelación", así como si el efecto suspensivo se predica única y exclusivamente del recurso interpuesto contra las resoluciones judiciales o también respecto del recurso inicial contra la resolución administrativa.

2. Enumera los antecedentes procesales

i) Con fecha 6/10/21 la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima, pese a la previa propuesta desfavorable de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario de Brians 2 de fecha 29/4/21,



acordó la progresión a tercer grado prevista en el art. 74.2º y 82 del Reglamento Penitenciario al interno Felipe , condenado a pena de 20 años y 1 día de prisión por un delito de **asesinato**, pena que tiene la consideración de grave conforme a lo establecido por el art. 33 del C.P.

ii) Dicho penado tenía previsto el cumplimiento de las 3/4 partes de la condena para el 31/10/26 y el licenciamiento definitivo l 30/10/31, habiendo cumplido 1/2 de la condena el 1/11/21, por lo que en el momento en que se le progresó a tercer grado por parte de la Secretaria de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima la mitad de la condena no estaba cumplida.

iii) El Fiscal recurrió dicha clasificación, interesando en el Otrosí I), de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ, que se procediera a la suspensión de la ejecución de la resolución administrativa que se impugnaba.

iv) Por parte del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Catalunya se incoó expediente penitenciario, registrado como Expediente del interno nº 45.423, y tras admitir a trámite el recurso se incoo pieza separada dándose traslado a la representación del interno, para posteriormente mediante Auto de 19/11/21 denegar la suspensión de la ejecutividad del tercer grado recurrido.

v) Contra tal Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2, acordando denegar el efecto suspensivo, se interpuso por parte del Ministerio Fiscal recurso de apelación.

vi) Mediante el Auto nº 119/22, de 20 de enero de 2022 - rollo de apelación nº 1896/21- dictado por la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona se acordó desestimar el recurso de apelación del Ministerio Fiscal. Auto que cuenta con un voto particular.

3. Es precisamente contra este último Auto 119/2022, contra el que se recurre para unificación de doctrina, resolución que argumenta así, para desestimar el recurso de apelación:

"la conexión que pretende hacer el Ministerio Fiscal entre los nº 2º y 5º para entender que la resolución a la que se refiere el nº 5 es la resolución de la Administración penitenciaria (y no la judicial dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) frente a la que se interpone el recurso de "apelación" entendiéndose alzada, queja, reforma) y que, concurriendo los presupuestos señalados anteriormente, producen efecto suspensivo, encuentra su quiebra en que dicho nº 5º no puede estar refiriéndose a resoluciones administrativas pues si bien es cierto que en el caso de la clasificación si se dicta una resolución por la Administración penitenciaria susceptible de recurso (ex art. 76.2.f LOGP), en el caso de la libertad condicional no existe tal resolución sino que la Administración eleva propuesta al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (ex. art. 76.2.b LOGP), es decir, no existe posibilidad de interponer "alzada, queja, reforma o apelación" o ninguna impugnación frente a ello porque no es una resolución lo que dicta la Administración penitenciaria, sino una propuesta, siendo el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria el que sí dicta resolución aprobando o no la propuesta elevada y por tanto, frente a este resolución judicial), sí cabe recurso de apelación con efecto suspensivo al que se refiere el referido nº 5.

4. A su vez, aporta cuatro Autos de contraste, donde se admite el efecto suspensivo que el Auto recurrido deniega:

i) Auto nº 368/2021, de 7 de enero de 2021, de la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona, rollo de apelación 1432/2020, que cuenta con un voto particular.

Auto de instancia de fecha 9 de octubre de 2020, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Catalunya, expediente 31848, interno Avelino .

ii) Auto nº 476/2021, de 18 de febrero de 2021, de la Sección 21ª de la A.P. de Barcelona, rollo de apelación 156/2021 dictado por unanimidad.

Auto de instancia de fecha 5 de enero de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Catalunya, expediente 32061, interno Borja .

iii) Auto nº 496/2021, de 13 de agosto de 2021, de la Sala de Vacaciones de la A.P. de Girona, rollo de apelación 640/2021.

Auto de instancia de fecha 8 de julio de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 2 de Catalunya, expediente 43462, interno Constantino .

iv) Auto nº 411/21, de 7 de octubre de 2021, de la Sección 1ª de la A.P. de Guadalajara, rollo de apelación 605/2021.

Auto de instancia de fecha 27 de agosto de 2021, del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 5 de Catalunya, expediente 33279, interno Domingo .



5. Efectivamente, de la lectura de todos ellos, resulta:

i) La identidad del supuesto legal de hecho.

Así el interno, implicado en la resolución controvertida se hallaba en una situación legal de hecho idéntica a las de los otros internos a los que se refieren las resoluciones de contraste, puesto que se trata de un interno condenado por delito grave (está condenado a una pena de 20 años y 1 día de prisión por la comisión de un delito de **asesinato**) al que se le concede el tercer grado y al que, a diferencia de lo establecido en las resoluciones de contraste, no se le declara el efecto suspensivo del recurso interpuesto contra la clasificación y ello a pesar de que las normas jurídicas aplicadas fueron siempre las mismas, concretamente el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ.

Así como que, además, en ninguno de los casos se valora ninguna circunstancia, dato, reseña o informe, de carácter particular, personal o individual en los respectivos asuntos penitenciarios, sino que en todas ellas se parte de un dato objetivo, la clasificación en tercer grado de un interno condenado por delito grave, no teniéndose en cuenta ninguna otra circunstancia particular del mismo.

ii) Identidad de la norma jurídica aplicada.

La norma aplicada en el Auto recurrido y en las resoluciones de contraste es siempre la misma, el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ:

Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión.

Los recursos de apelación a que se refiere el párrafo anterior se tramitarán con carácter preferente y urgente.

iii) La relevancia de la contradicción para la decisión de la resolución recurrida.

De donde resulta imprescindible, determinar la interpretación que se ha de dar a la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, de la LOPJ, a fin de asegurar la unidad del orden normativo jurídico penal, en materia penitenciaria, para tutelar una aplicación de las normas que garantice el derecho fundamental de igualdad del art. 14 de la CE.

CUARTO.- En el desarrollo argumentativo, el Ministerio Fiscal, resalta como cuestiones nucleares a resolver: a) el significado que debe darse al término "excarcelación" recogido en el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ; y b) si, cuando dicha disposición se refiere al efecto suspensivo del recurso de apelación, debe considerarse que dicho efecto suspensivo alcanza únicamente al recurso de apelación contra la resolución judicial o si alcanza también al previo recurso interpuesto contra la resolución administrativa de clasificación en tercer grado.

La cuestión hemos de advertir, no presenta una fácil solución, como otras tantas que suscita la Disposición Adicional Quinta; señalado incluso con reiteración por el propio Tribunal Constitucional (SSTC 54/1992 ó 169/1996).

Indica el recurrente que, aunque aparentemente la cuestión primordial resulta esclarecer la locución "resolución objeto del recurso de *apelación*"; el alcance del término " *excarcelación*", coadyuva a desentrañar el anterior, e integra su sentido.

1. El auto recurrido, entiende que , "...ese efecto suspensivo derivado de la presentación del recurso por el Ministerio público establecido en el nº 5º DA 5ª sí puede impedir la puesta en libertad del penado que ocasionaría la resolución judicial dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria siempre que se tratara de delitos graves y supusiera excarcelación, lo que no sucede si se entendiera que el citado apartado se está refiriendo a "resolución administrativa", de un lado, porque la resolución administrativa penitenciaria de clasificación o progresión a tercer grado es inmediatamente ejecutiva (ex arts. 38 y 39 Ley 39/2015, de 1 de octubre en relación ,con arts. 103 y 106 RP) por lo que el interno pasa al nuevo grado de forma inmediata sin tener que esperar a la notificación al Ministerio Fiscal, de suerte que cuando éste quisiera, en su caso, recurrir la "excarcelación" ésta ya se habría producido hace días; de otro lado, porque en el caso de la libertad condicional, como se ha señalado, la Administración penitenciaria no dicta resolución alguna, sino que formula sólo una propuesta, por lo que no se produce excarcelación alguna derivada de dicha propuesta, y así la libertad condicional no podrá ejecutarse hasta que no sea, en su caso, aprobada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria a través de la oportuna resolución judicial (que sí puede ser objeto de impugnación)".

Es decir, que el efecto suspensivo sólo operaría cuando como consecuencia de la resolución recurrida se produzca la excarcelación del penado en sentido "físico" y no cuando la excarcelación se ha producido con



anterioridad, de lo que se deriva que tal efecto suspensivo sólo puede referirse al supuesto en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, vía estimación del recurso del interno, acordare la progresión a tercer grado y en caso de la libertad condicional cuando esta última es aprobada judicialmente.

2. Sin embargo, esta Sala Segunda, ya se ha expresado en sentido contrario, si bien no en un recurso de casación, sino como Tribunal de ejecución, al haber dictado sentencia en primera y única instancia en procedimiento contra aforados, Causa Espacial 20907/2017, en cuyo curso dictamos el Auto de 22 de julio de 2020, donde en relación con la aplicación del régimen flexible del artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario, decíamos:

Nuestro acuerdo de Pleno de fecha 28 de junio de 2002, que interpretaba el art. 82.1 3º LOPJ (en su redacción procedente de la LO 7/1988, de 28 de diciembre), en relación con la Disposición adicional 5ª, apartado 2, de la LOPJ y el artículo 72.1º de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), señala: "Las resoluciones del juez de vigilancia penitenciaria relativas a la clasificación de los penados son recurribles en apelación (y queja) ante el tribunal sentenciador encargado de la ejecución de la condena".

Por su parte, el artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario dispone: "No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad".

Se trata de una disposición que permite flexibilizar el modelo de ejecución de la pena al prever la combinación de elementos de los distintos grados de clasificación en relación -añade el precepto- a cada penado individualmente considerado. Es una fórmula que permite modular el grado en el que se halle el penado, mediante la introducción de elementos que no son propios de ese grado, cuando sea merecedor de la aplicación de este principio de flexibilización.

No es preciso determinar ahora si estamos ante un grado diferente de los previstos en el artículo 72 LOGP. Lo relevante es fijar si la facultad que recoge el precepto puede ser considerada o no una actividad de clasificación. Ello determinará el régimen de recursos aplicable.

El artículo 100.2 RP se enmarca en el ámbito de la "clasificación de los penados", que es la rúbrica del capítulo II del título IV del RP, y parte de una premisa: supone un modelo de ejecución que combina aspectos de cada uno de los grados indicados en el número 1 del artículo 100 RP (primero, segundo y tercero). Si la combinación de grados es elemento nuclear, no cabe sostener que el precepto sea ajeno a la actividad de clasificación. No hay duda alguna de que valorar la inclusión de un interno en uno de esos tres grados es una actividad de clasificación ("tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados", dice el artículo 100.1 del RP), con lo cual valorar si procede o no "combinar aspectos característicos" de esos tres grados (artículo 100.2 CP) también será, por coherencia sistemática, una actividad que incide en la clasificación.

La referencia del artículo 100.2 del RP a "que siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado" no obstaculiza esta conclusión. La previsión del artículo 100.2 del RP va más allá de la aprobación de un programa individualizado de tratamiento y afecta, aunque se considerase que esa afectación es indirecta, a la clasificación del penado, quien inicia a través de su aplicación una "cierta progresión" tras valorar que la evolución de su tratamiento, como prevé el párrafo cuarto del artículo 72 de la LOGP, le hace merecedor de ello.

Desde esta perspectiva, y como resaltaba el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria de 12 de marzo de 2020, el artículo 100.2 del RP afecta al modelo de ejecución de la pena -como lo hacen las clasificaciones en grado- y, en consecuencia, los recursos de apelación contra las resoluciones que a él se refieran, al tratarse de una materia atinente -reiteramos- a la ejecución de la pena, deben ser examinados por el órgano sentenciador.

Este examen por parte del órgano sentenciador minimiza, por otro lado, el riesgo de que la indeterminación del precepto a la hora de fijar las condiciones de aplicación del art. 100.2 del RP pueda fomentar su utilización para progresiones de grado arbitrarias o no ajustadas a derecho, que pretendan eludir fraudulentamente el control que incumbe al órgano jurisdiccional que valoró y enjuició los hechos sobre los que se fundamenta la condena. Y, lo que resulta más llamativo, hacerlo con la excusa de que al no tratarse de una materia sobre la clasificación de los penados, no le corresponde su revisión en apelación. El principio de flexibilidad que proclama el art. 100.2 del RP, de tanta importancia para hacer realidad el fin constitucional de resocialización del penado, no convierte a las Juntas de Tratamiento en una última instancia llamada a corregir los desacuerdos de los funcionarios que las integran con el desenlace de un determinado proceso. Tampoco permite el traslado injustificado de un



penado a otro centro penitenciario si esa decisión está estratégicamente dirigida a rectificar la competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, fijada en atención al ámbito territorial en el que se asiente la prisión.

En conclusión, esta Sala es competente para conocer del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 28 de abril de 2020, dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 3 de Lleida. La decisión que ahora adoptamos proyecta un doble efecto. De una parte, decide con carácter definitivo qué órgano jurisdiccional ha de asumir la competencia funcional para resolver los recursos que se susciten -o se hayan suscitado- respecto de la aplicación del art. 100.2 del RP. Por otro lado, **provoca la aplicación del efecto suspensivo** que el apartado 5º de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ proclama para aquellos casos en los que *"... la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno"*

3. Resulta relevante porque la aplicación del régimen del art. 100.2 del RP deriva de una propuesta de la Junta de Tratamiento; propuesta que si bien necesita de la ulterior aprobación por parte del Juez de Vigilancia correspondiente al igual que la libertad condicional, a diferencia de esta última la propuesta es inmediatamente ejecutiva, como su propio tenor establece; es decir, aunque necesaria la ulterior aprobación por el Juez de Vigilancia correspondiente, lo es, *" sin perjuicio de su inmediata ejecutividad"*, de modo que la excarcelación "física" es consecuencia de la propuesta de la Junta de Tratamiento y no del auto del Juzgado de Vigilancia que aprueba su aplicación y que fue objeto de recurso, habiéndose por tanto producido la excarcelación con anterioridad, pero ello no impide y así lo establece la Sala, que la interposición del recurso de apelación tenga efecto suspensivo.

La expresión *excarcelación*, en el apartado 5º de la DA Quinta, referida a los recursos en materia de clasificación, pretende excluir el efecto suspensivo del recurso cuando de clasificación en primer o segundo grado; pero sistemática y teleológicamente pretende mantener ese efecto suspensivo, cuando la resolución conlleve la posibilidad de salir de prisión, como sucede con la clasificación en tercer grado o con la resolución de libertad condicional.

QUINTO.- Resta aún por determinar si el efecto suspensivo respecto a la excarcelación, entendida como consecuencia propia del tercer grado, materialmente se haya llevado a cabo o no, únicamente se proyecta sobre el recurso interpuesto contra la resolución judicial (el examinado por el transcrito Auto de 22 de julio de 2020 de esta Sala de lo Penal) o también al recurso inicial que se interpone contra la resolución administrativa de clasificación.

1. El sentido literal de la norma: *cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo...*, depende del sentido que el legislador otorga en la norma al vocablo "apelación"; que precisamente en este caso, desentraña una necesaria interpretación sistemática; y así, desde el examen de los diversos apartados de la DA 5ª, resulta indubitado que el legislador, también denomina recurso de apelación al recurso que se interpone contra la resolución administrativa de clasificación.

Concretamente el apartado 2 de la DA 5ª, expresa que *las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en materia de ejecución de penas serán recurribles en apelación y queja ante el tribunal sentenciador, excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa que no se refiera a la clasificación del penado. En directa alusión al recurso interpuesto por el interno contra la resolución administrativa que le sanciona [art. 76.2.e) LOGP]*

Del mismo modo en el apartado 3 de la DA 5ª, reitera: *las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente al régimen penitenciario y demás materias no comprendidas en el apartado anterior serán recurribles en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa.*

Y también el apartado 6: *cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria, tanto en materia de ejecución de penas como de régimen penitenciario y demás materias, la competencia para conocer del recurso de apelación y queja, siempre que no se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa, corresponderá a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.*

Por tanto, la DA 5ª, LOPJ emplea el término "recurso de apelación" con dos significados distintos. Así lo utiliza en sentido "propio" cuando se refiere a las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia o por el Juzgado Central de Vigilancia y en sentido "impropio" cuando establece "excepto cuando se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa".



La doctrina con frecuencia, en vez de utilizar esa denominación para el recurso contra resolución administrativa, que conoce el Juez de Vigilancia Penitenciaria, usan diversas denominaciones, e incluso el propio Tribunal Constitucional, lo denomina recurso de alzada (SSTC 167/2003, 77/2008, 10/2009, 20/2009, 156/2009, 59/2011, 107/2012, 230/2012, 161/2016 ó 18/2020, entre otras muchas).

Esa interpretación lingüística comprensiva de su doble significado procesal, resulta refrendada, por la propia finalidad de la norma, evitar el vaciamiento del contenido del resultado del recurso, a través de una excarcelación cuestionada, decidida sin intervención del Tribunal de ejecución.

A ello no obsta, que existan otras posibilidades de excarcelación, donde el recurso contra su adopción carezca de efecto suspensivo alguno, como los permisos concedidos por la administración penitenciaria, de hasta dos días (arts. 47 LOGP y 154 y 161 RP) y los concedidos por el Juez de Vigilancia por tiempo superior; en cuanto no se trata de materia propia de ejecución como la clasificación (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 28-06-2002 y STS 671/2002, de 9 de julio) sino de régimen (SSTC 129/1996, 169/1996, 155/2007, etc.); y en segundo lugar, por cuanto el término de excarcelación, no lo hemos identificado con una mera externalización del recinto penitenciario, sino con una situación jurídica que posibilite su continuidad y mantenimiento fuera de prisión, en los términos más o menos amplios que se fijen.

2. Abunda en el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que modifica la referida DA 5ª:

Se introduce un nuevo apartado en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional "ad quem", en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

No se desconoce con esta previsión la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las resoluciones que acuerdan la libertad provisional. Sin embargo, el supuesto normado es distinto, pues no se parte de una situación de libertad que ha quedado interrumpida por una decisión judicial que no ha recaído sobre el fondo, sino de una situación de cumplimiento de pena por resolución judicial de condena que puede verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena. La diferencia es que en este caso la falta de libertad es la consecuencia inherente a la pena impuesta y la libertad supone una excarcelación anticipada como consecuencia de una progresión de grado o un acuerdo de libertad condicional. Por otro lado, con el fin de asegurar que el efecto suspensivo del recurso dure lo menos posible, se prevé que el órgano "ad quem" pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente.

3. La parte recurrente, el Ministerio Público, en su muy meritada argumentación, añade otra razón en pro de la conclusión del efecto suspensivo, cual es que si acompaña a la impugnación del Ministerio Fiscal respecto de una resolución judicial, carece de sentido que no se realice una comprensión de la norma con la inclusión de dicho efecto frente a la resolución administrativa que otorga el tercer grado de clasificación penitenciaria; tal como concluyeron, por unanimidad, los Fiscales especialistas de Vigilancia Penitenciaria en las Jornadas de 2011, donde al motivar su vigésimo quinta conclusión razonaron:

si conforme al apartado 5º de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ el recurso de apelación del Fiscal contra el auto del Juez de Vigilancia produce efectos suspensivos e impide la puesta en libertad del sentenciado, la interposición antecedente del propio recurso debe producirlo.

SEXTO.- En definitiva, la interpretación de la norma realizada por las resoluciones de contraste, otorgándose el efecto suspensivo cuando concurren los requisitos establecidos en la propia ley (clasificación, excarcelación y delito grave), es la adecuada; la que mejor se ajusta a su enunciado. No implica interpretación extensiva o analógica, sino que desentraña su esencia con criterios sistemáticos y teleológicos, que a su vez desde una integradora lectura, también posibilita el criterio literal; no sólo por la polisemia con que legislador abraza esas dos impugnaciones o recursos, sino por su sentido integrador derivado de la funcionalidad y finalidad de la norma.

No requiere esa conclusión suspensiva, complementación de normas procedentes de otras jurisdicciones o diversa institucionalidad; la jurisdicción de vigilancia penitenciaria, inserta en la jurisdicción penal y el Juzgado de Vigilancia en materia de ejecución, aunque con jurisdicción propia actúa en lugar del Tribunal sentenciador, no cabe remisión a normativa propia de otras jurisdicciones, si resulta suficiente con atender a su específica regulación, la Disposición Adicional Quinta, que no contiene ninguna remisión a la normativa administrativa, sino que en su apartado 8, recoge que "el recurso de apelación al que se refiere esta disposición se tramitará conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento para el procedimiento abreviado" y la LECrim dispone en



sus arts. 217 y 766.1 que los recursos sólo tendrán efectos suspensivos cuando, expresamente lo establezca la ley, con lo que "a priori" el derecho procesal penal establece de forma objetiva qué recursos tienen virtualidad suspensiva, recogiendo expresamente en la Disposición Adicional Quinta, apartado 5, que el recurso tendrá efecto suspensivo cuando se refiera a materia de clasificación o concesión de libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre que se trate de condenado por delitos graves.

Mientras que la mayor objeción a esta intelección de la norma, como es que resta en manos del Ministerio Fiscal, sin control judicial, la capacidad de postergar una excarcelación, debe ser matizada desde varias perspectivas, la primera que la privación de libertad del penado se ha producido por un título legítimo previo cual es la imposición de una Sentencia penal condenatoria a privación de libertad; y en su consecuencia la potencial afectación a la libertad, que no vulneración, se inserta en los supuestos en que la Constitución española permite la afectación del valor superior "libertad" y por ello "reconducible" a los supuestos constitucionalmente lícitos de evitación de la excarcelación (STC 167/2003, FJ 5º, en relación con los permisos de salida, pero que comparte *eadem ratio* con otras limitaciones de libertad del penado). Especialmente en cuanto existe riesgo de que la ejecución de la pena reste vaciada, eludiendo la exclusiva competencia del tribunal sentenciador, ex 117.3 CE.

Además, la consecuencia de la suspensión es un efecto previsto en la ley, no en la voluntad del Ministerio Fiscal; y sobre todo y muy especialmente porque los recursos que producen efecto suspensivo se tramitarán con carácter preferente y urgente, por lo que la dilación en el tiempo debe ser lo más breve posible y así lo establece expresamente la Ley; y además, el último inciso del párrafo primero del apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta de la LOPJ establece que el efecto suspensivo impedirá la libertad de condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión, que lógicamente puede ser en cualquier momento con anterioridad a la decisión sobre el fondo.

Es decir, una vez interpuesto recurso contra la clasificación en tercer grado del interno condenado por delito grave en el que, por aplicación de la Disposición Adicional Quinta 5, se solicitara el efecto suspensivo, el órgano a "quo" formará pieza separada, y sin esperar a la tramitación completa del recurso remitirá tal pieza separada al órgano "ad quem" a fin de que se pronuncie sobre la necesidad de mantener o alzar la suspensión acordada, no produciéndose dilaciones en la puesta en libertad del interno, ya que si la tramitación del recurso tiene carácter preferente y urgente según lo dispuesto por el apartado 5 de la Disposición Adicional Quinta, el pronunciamiento por el órgano "ad quem" sobre si se mantiene o no la suspensión gozará de mayor preferencia aún, atendiendo a tal envío inmediato de la pieza separada, cumpliéndose así la voluntad del legislador manifestada en la reforma de que la puesta en libertad de condenados peligrosos no se produzca sin la intervención del Tribunal sentenciador.

Tramitación que los Jueces de Vigilancia, han aprobado en sus criterios establecidos en este 2022, en todos los casos en que el efecto suspensivo en los recursos contra sus resoluciones se haya adoptado; incluso con las condenas por delito no grave, donde no resulta preceptivo, por entender, que debe ser el criterio general, con excepción de los casos en que la inmediata ejecución de lo resuelto prive de virtualidad al recurso o puede alterar o distorsionar una línea de tratamiento.

Y que en el caso de la apelación (alzada) contra las resoluciones administrativas de clasificación en tercer grado, dada la sencillez de trámite e inmediatez con que deben resolver los jueces de vigilancia, la remisión de la pieza de suspensión, tras la formulación del eventual recurso de apelación contra fallo que mantenga esa clasificación, no debe demorar significativamente el tiempo de tramitación a si el recurso fuere interpuesto contra resolución inicial de clasificación por parte del Juez de Vigilancia.

Recurso, que sería siempre interpuesto por el Ministerio Fiscal, el interno en principio, carecería de gravamen para recurrir estas resoluciones en el apartado que posibilita su excarcelación y en ningún caso, la acusación particular ni las víctimas en general, resultarían legitimadas para su interposición (vid. art. 13 del Estatuto de la Víctima)

SÉPTIMO.- La interpretación apegada a una literalidad ajena a la interpretación sistemática y teleológica de la norma, conlleva grietas sistemáticas en su aplicación, soluciones divergentes para supuestos donde la fundamentación es idéntica, distorsiona su finalidad y resta en mera desconfianza de las resoluciones judiciales ante una supuesta bondad apriorística de la administración.

Esa interpretación denominada "literal", pese a que incluso lingüísticamente, cupieren diversos significados, supondría diversas e injustificadas soluciones sobre el efecto suspensivo del recurso, según los diversos avatares procedimentales, en materia de clasificación de condenados por delitos graves, que pudiera dar lugar a la libertad del interno (con excepción de condena a pena de prisión permanente revisable, donde el art. 92 CP, deja al margen al JVP), principalmente pues, la clasificación en tercer grado.



Así, no solo ya en relación con el recurso contra la resolución administrativa, sino también, respecto de los recursos contra las propias resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria; conllevaría que, si la decisión del Juez de Vigilancia de mantener o clasificar al penado en tercer grado, es recurrida en reforma conforme el criterio que se proclama estrictamente literal del apartado quinto de la DA 5ª, no tendría efecto suspensivo; incluso con este criterio sería cuestionable si se formula reforma y subsidiariamente apelación, que el efecto suspensivo operara desde el inicio y no desde que, desestimada la reforma, se formularan las alegaciones de apelación; y solo operaría claramente dicho efecto suspensivo cuando se recurriera en apelación contra la denegación de reforma o se planteara, como es habitual, directamente apelación.

OCTAVO.- En cuya consecuencia debe estimarse el recurso formulado por el Ministerio Fiscal y establecer como doctrina legal unificada que *en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, haya sido adoptada por el órgano administrativo o por el JVP, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano ad quem, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.*

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1º) Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal para unificación de doctrina en materia de Vigilancia Penitenciaria contra el Auto nº 119/2022, de 20 de enero, dictado por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21ª, en el Rollo de Apelación 1896/21.

2º) Establecer como doctrina legal unificada que en el caso de delitos graves, la decisión de progresión a clasificación que faculte la excarcelación del interno, como sucede con el tercer grado, adoptada ya sea por el órgano administrativo ya sea por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, cuando sea recurrida por el Fiscal, dicho recurso producirá efecto suspensivo, que se mantendrá hasta la resolución por el órgano *ad quem*, Tribunal sentenciador, con carácter preferente y urgente, bien del referido efecto o bien del fondo de la cuestión.

3º) Declarar de oficio las costas ocasionadas en el presente recurso de casación para unificación de doctrina

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULAN LOS MAGISTRADOS EXCMO. SR. DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y EXCMA. SRA. DOÑA CARMEN LAMELA DÍAZ A LA SENTENCIA Nº 965/22 de 15 de DICIEMBRE

I.-

Estamos persuadidos de enfrentarnos a una cuestión oscura necesitada de aclaración legislativa. El criterio de la mayoría no puede ser tachado, ni de lejos, de infundado. Antes bien, cuenta con poderosos argumentos a su favor. Son expuestos brillantemente en la resolución que firmamos y asumimos para lo sucesivo como tesis mayoritaria. Nos decantamos en la deliberación, no obstante, por la solución opuesta: entendemos más robustas las razones que avalan la otra opción interpretativa a la que empuja, por otra parte, el principio *pro libertate*, pauta que invita a inclinarse por la solución menos restrictiva de derechos de las varias posibles razonables y fundadas en derecho, cuando otras herramientas exegéticas no son concluyentes.

El tema implicado está bien expuesto tanto en la resolución mayoritaria, como en el muy elaborado recurso del Fiscal, que se nutre del no menos exhaustivo informe elevado desde la Fiscalía de procedencia, así como en el auto impugnado y los de contraste que se aportan.

II.-

La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio añadió a la DA 5.ª LOPJ esta previsión (nºm 5):

"Cuando la resolución objeto del recurso de apelación se refiera a materia de clasificación de penados o concesión de la libertad condicional y pueda dar lugar a la excarcelación del interno, siempre y cuando se trate de condenados por delitos graves, el recurso tendrá efecto suspensivo que impedirá la puesta en libertad del condenado hasta la resolución del recurso o, en su caso, hasta que la Audiencia Provincial o la Audiencia Nacional se haya pronunciado sobre la suspensión".

La regulación es tan fragmentaria como confusa. Se focaliza en un único punto; ignorando la riqueza de la problemática, proliza y variopinta en matices, supuestos y encrucijadas. La innovación legislativa



probablemente estuvo condicionada por objetivos demasiado coyunturales. Eso lastra su interpretación. La norma, justamente por ello, provoca más dudas de las que resuelve; y las que resuelve, las resuelve de forma nada clara:

- a) Al tratarse de la única previsión expresa sobre el efecto suspensivo de los recursos sugiere que es el único caso en que procedería. Sería un craso error llegar a esa conclusión.
- b) No especifica si la apelación aludida es la que se interpone contra la resolución del juez de vigilancia o abarca también los recursos frente a decisiones de la Administración Penitenciaria. El contexto coyuntural en que se produjo la reforma hace pensar que venía animada por cierta, aunque sin duda injusta, desconfianza no hacia la Administración Penitenciaria, sino hacia las decisiones de órganos unipersonales de la jurisdicción penitenciaria.
- c) La locución "*pueda dar lugar a la excarcelación*" es oscura: ¿y si se ha producido ya la excarcelación? ¿qué es excarcelación?

III.-

La eventual eficacia suspensiva del recurso contra una resolución del juez de Vigilancia o un recurso ante él no debe rechazarse con base en una interpretación literal de los arts. 217 o 766.1 LECrim.

La norma analizada (DA 5ª:5) podría operar como argumento *a contrario* avalando esa disfuncional tesis restrictiva. Anudar o no a un recurso el efecto suspensivo, empero, debe confiarse al buen criterio del Juzgador. Al resolver sobre la admisión deberá decidir sobre este punto, sin que sea conveniente por vía de principio establecer criterios tasados apriorísticos. En principio, si la ejecución inmediata de la decisión impugnada vaciaría de contenido e interés la eventual estimación del recurso, hay que convenir que será factible la suspensión, previa evaluación provisionalísima de su prosperabilidad.

Tratándose de un acuerdo de la Administración parece lógico acudir a la normativa de la jurisdicción contenciosa como supletoria.

Sería deseable una previsión legal global. La muy puntual que ha provocado la disparidad de criterios entre los órganos de esa singular jurisdicción, disparidad que zanja esta sentencia, no basta. Es manifiestamente insuficiente y, aparentemente, demasiado rígida.

Su lectura da a entender, en el reverso, que no puede acordarse la suspensión de la ejecución si se trata de delitos menos graves o en otras materias, como permisos. La respuesta a esos casos, se ve condicionada por esa extraña regulación: no se encaran de igual forma si la laguna fuese total, que con la presencia de esa norma que alienta el entendimiento de que el contemplado será el único supuesto en que sería admisible el efecto suspensivo. Es perturbador llegar a esa conclusión.

IV.-

En ese marasmo de dudas y perplejidades se trata ahora de dilucidar si esa previsión impone la suspensión automática de acuerdos de la Administración Penitenciaria de progresión al tercer grado por virtud de su impugnación ante el Juez de Vigilancia.

Las opiniones han sido dispares. Se ha sostenido que carece de eficacia suspensiva automática el recurso del Fiscal contra el acuerdo de clasificación o progresión al tercer grado. El Fiscal podría solicitar del JVP la suspensión, pero la decisión queda a criterio del juzgador (Conclusiones 24 y 25 de las Jornadas de Fiscales de vigilancia penitenciaria de 2011 trasladadas a las Conclusiones sistematizadas -2011/2018- 7ª y 8ª).

Una suspensión imperativa, sin posibilidad de revisión hasta que se decida el recurso, por más que en la mayoría de casos no tendría por qué dilatarse en exceso, no es de recibo. Pone en manos del Ministerio Fiscal, sin control judicial, la capacidad de postergar una excarcelación (o, mejor, *salida*: luego veremos), algo que nuestro Tribunal Constitucional en el caso de una privación de libertad preventiva consideró disconforme con la Constitución. Somos conscientes de que aquí se trata de cumplimiento de una pena de prisión impuesta judicialmente. Es un factor diferencial de fuste como enfatiza la sentencia mayoritaria. No pueden asimilarse plenamente ambas situaciones. De cualquier forma, el paralelismo entre el supuesto que contemplaba la STC 71/1994 y un sistema de suspensión de la *excarcelación* indiscriminado, inmune a la revisión judicial, no puede ocultarse. Genera alguna duda de constitucionalidad. La sentencia mayoritaria trata de disiparla.

El automatismo en la suspensión de una decisión que implica la libertad (o una considerable relajación de la privación de libertad) ante la mera interposición de un recurso suscita recelo. La eficacia de la salida de prisión no debiera quedar al albur del criterio de una parte, que en la actualidad, además, puede ser una acusación particular, según se desprende del art. 13 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito (solo para la libertad condicional).



Esa decisión ha de estar supervisada por un órgano judicial. Es ésta, premisa irrenunciable. Debe ser el órgano judicial quien, al tener conocimiento del recurso y decidir sobre su admisión a trámite, pueda acordar, si se le ha solicitado, la suspensión de la eficacia del acuerdo administrativo. Consideramos no proyectable a este momento el apriorismo que ha cristalizado en el núm. 5 de la citada Disposición Adicional 5ª que entendemos opera solo frente a recursos contra resoluciones del JdV.

Cosa diferente es que el Juez pueda acordar la suspensión de la eficacia de la decisión administrativa si estima que concurren razones fundadas para ello. Debe decidir un órgano judicial; y ha de hacerlo contando con ciertos márgenes y sin quedar atado por la actuación de una parte, aunque se trate de una parte imparcial como es el Fiscal cuya actuación se guía por intereses públicos.

Otra regla puede derivar indirectamente en un efecto colateral perverso. No se prevé que el recurrente pueda renunciar a la eficacia suspensiva. Eventualmente puede generar retraimiento en el Fiscal cuando su pronóstico sobre la prosperabilidad de su recurso es dudoso. La desmedida eficacia anudada a la mera interposición del recurso le invitaría a abstenerse de impugnar.

V.-

Una decisión de la Administración Penitenciaria recurrida ante la Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria no es lo que contempla esa norma. Piensa en exclusiva en decisiones del Juez de vigilancia y, más en concreto, en acuerdos de libertad condicional, únicos que imponen la excarcelación en sentido estricto:

a) La resolución de la Administración -clasificación en tercer grado- no comporta una *excarcelación* en sentido legal. Ni siquiera, aunque eso exigiría mayores razonamientos que ahora estarían fuera de lugar, en el caso del art. 86.4 RP. Los arts 17.3 LOGP y 24 RP abonan esta idea.

En la normativa penitenciaria el término *excarcelación* se reserva para la salida del recinto carcelario con visos de permanencia (vid arts. 23, 86 o 199 RP). El clasificado en tercer grado continúa siendo un *interno*, que está ingresado en un centro penitenciario, aunque con un régimen dulcificado. El articulado del RP sobre tercer grado habla reiteradamente de *salidas*, vocablo que solo tiene sentido referido a quien se considera ingresado. Solo puede *salir* quien está *dentro*. En rigor no puede hablarse de *excarcelación* cuando se aplica un tercer grado. Es un problema conceptual; no de cuántas horas se está dentro y cuántas fuera.

Es verdad que esta afirmación provoca alguna perplejidad en relación a la mención a la materia de clasificación, al lado de la libertad condicional. Pero es obvio que el precepto no se caracteriza por el rigor.

b) Las referencias a la Audiencia provincial o Audiencia Nacional evidencian que se está pensando solo en recursos contra decisiones del Juez de Vigilancia Penitenciaria, aunque puede convenirse con la mayoría que el término *apelación* no es determinante en ese sentido.

c) No es incoherente, ceñida la previsión a la excarcelación en sentido estricto, que el efecto suspensivo juegue solo en caso de decisiones del Juez de Vigilancia.

d) Además, la suspensión *ope legis* podrá ser levantada en brevísimo plazo (hay mecanismos procedimentales) por el Tribunal llamado a resolver el fondo.

Estas razones nos hicieron inclinarnos por la interpretación restrictiva que postulamos en cordial discrepancia con nuestros colegas.

Antonio del Moral García Carmen Lamela Díaz.