

resolución administrativa que le sanciona y los recursos interpuestos por el interno o por el Ministerio Fiscal contra las resoluciones administrativas en materia de clasificación. Lo que sucede es que a dichos recursos se les ha llamado por los operadores jurídicos de distintas formas, recurso de alzada, recurso de reforma o recurso de apelación, siendo todas estas denominaciones impropias, pues realmente no se trata de un recurso de alzada, ni de un recurso de reforma, ni tampoco, de un recurso de apelación. Pese a ello, cuando el legislador señala "excepto cuando se haya dictado resolviendo un recurso de apelación contra resolución administrativa", lo que evidentemente sucede es que optó por denominar a esos recursos innominados del art. 76 de la LOGP, como hacen parte de los operadores jurídicos, recursos de apelación.

Idéntico uso impropio del término recurso de apelación se hace en el apartado 3 de la DA 5ª al establecer que "Las resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria en lo referente a 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.", siendo nuevamente evidente que es imposible que un Juez de Vigilancia resuelva un recurso de apelación contra una resolución administrativa.

Este uso impropio del término recurso de apelación también se hace en el apartado 6 de la D.A. 5ª que establece "Cuando quien haya dictado la resolución recurrida sea un Juzgado Central de Vigilancia, 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, corresponde a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional", precepto en el que también se utiliza el término recurso de apelación en sentido impropio, puesto que no es factible que el Juzgado Central de Vigilancia resuelva un recurso de apelación contra una resolución administrativa.

Por lo tanto, el legislador, en los apartados 2, 3, y 6 de la DA 5ª de la 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".

A esta utilización impropia del término "recurso de apelación" en la DA 5ª de la LOGP hacen referencia varias sentencias del Tribunal

Constitucional tanto anteriores como posteriores a la reforma operada por la LO 5/2003 (recordemos que la reforma no alteró la redacción de los apartados 2 párrafo primero y 3 a los que se ha hecho referencia) y así partiendo de lo recogido en la Sentencia 54/92, la Sentencia 169/96 establece en su Fundamento Jurídico Segundo "El régimen de recursos contra resoluciones de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria está regulado por la DA 5a de la LOPJ, que, como reconoce unánimemente la doctrina y también este Tribunal ha señalado en alguna ocasión (STC 54/92), plantea algunos problemas interpretativos, particularmente en relación con los supuestos en que procede la interposición contra las mismas de los recursos de apelación y de queja. Sin embargo, tales problemas no se dan en igual medida en el supuesto que aquí nos ocupa de las sanciones disciplinarias, y al que, por tanto, resultaría aplicable el régimen de recursos previsto en el art. 3 de dicha disposición, conforme al cual queda excluido el recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria que sean, a su vez, resolutorias de un recurso de apelación (poralzada) contra una resolución administrativa, como es aquí el caso".

Por lo tanto el propio Tribunal Constitucional en la Sentencia mencionada al aplicar el apartado 3 de la DA 5a sustituye el término apelación, por alzada, al ser un recurso contra una resolución administrativa que resuelve el Juez de Vigilancia Penitenciaria, criterio que mantiene en otras sentencias como la Sentencia 167/03 o la Sentencia 20/09 recogiendo esta última en su Fundamento de Derecho Cuarto "La indefensión en que quedó el recurrente se acentúa al indicar la disposición adicional quinta, 3 LOPJ, que estas resoluciones del Juez de Vigilancia Penitenciaria sólo serán recurribles después en apelación o queja siempre que no se hayan dictado resolviendo un recurso de apelación (por alzada) contra resolución administrativa."

Establecido lo anterior, es decir, que el legislador en los apartados 2, 3 y 6 de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ denomina a los recursos que se interponen ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria contra las resoluciones administrativas, recursos de apelación (el Tribunal Constitucional los denomina alzada), hay que concluir, por la más elemental de las lógicas, que cuando en el apartado 5 de dicha Disposición Adicional vuelve a utilizar el término recurso de apelación lo hace con el mismo significado que en el apartado 2, 3 y 6, incluyendo tanto el sentido propio como impropio, porque cuando el legislador ha querido diferenciar el recurso "propio" del "impropio", utiliza dos veces el término recurso de apelación, por lo que siguiendo la coherencia del redactado de la DA 5ª de la LOPJ, debería de haber añadido, como hace

en los apartados 2, 3 y 6, una frase similar a las que en tales apartados anteriores se utiliza, como por ejemplo "excepto que se trate de recurso de apelación contra resolución administrativa".

En este sentido resulta meridianamente clara la exposición de motivos de la Ley 7/ 2003, de 30 de junio, que modifica la citada DA 5ª, que al respecto dice: "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".

2) Además si el fin del efecto suspensivo del recurso del Ministerio Fiscal, es evitar, cuanto antes, que presos condenados a penas graves queden excarcelados, por el evidente riesgo de fuga, (recordemos que la reforma legislativa que así lo estableció tuvo mucho que ver con presos altamente peligrosos de la banda terrorista ETA), carecería de toda lógica que dicho efecto suspensivo se pospusiera al recurso de apelación propiamente dicho y no se refiriera al recurso de apelación" que inicialmente se interpone contra la resolución administrativa, pues por mucha prisa que el Juez de Vigilancia Penitenciaria se diese por resolver dicha "apelación", el excarcelado tendría tiempo de sobra para huir a cualquier lugar del mundo, dejando, pues, completamente ineficaz el fin pretendido.

3) Por otra parte, si se otorga efecto suspensivo a la impugnación del Ministerio Fiscal respecto de una resolución judicial, carece de sentido que no se realice una interpretación que extienda dicho efecto frente a la resolución administrativa que otorga el tercer grado de clasificación penitenciaria, pues si el recurso de apelación suspende la ejecutividad de la resolución judicial que se impugna, con cuánta más razón el recurso de "apelación" debe ser suspensivo respecto de una simple resolución administrativa. Si frente a la resolución de la autoridad judicial, que es la encargada de revisar la resolución administrativa, el recurso es suspensivo, necesariamente el recurso frente a la administración también debe considerarse suspensivo.

En este sentido se manifestaron de forma unánime los fiscales especialistas de vigilancia penitenciaria en las jornadas de 2011, donde

tras acordar en su Conclusión 24^a que "La interposición del recurso contra el acuerdo de clasificación o progresión al tercer grado por parte del Ministerio Fiscal no produce en sí mismo efectos suspensivos" se añadió la Conclusión 25^a que dice "No obstante lo anterior, el Fiscal podrá solicitar al Juzgado en el acto de interposición del recurso que se adopte la decisión de suspensión del tercer grado en los casos por condenas por delitos graves. Motivación. Si conforme al apartado 5º de la Disposición Adicional 5ª 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".

También este es uno de los argumentos recogidos en los Autos de la Sección 21^a de la AP de Barcelona (especialista en Vigilancia Penitenciaria) de 7/1/21 y 18/2/21 que estiman el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que denegaba el efecto suspensivo al recurso interpuesto contra el acuerdo de clasificación de la Secretaría de Mesures Penals, Reinserció i Atenció a la Víctima, recogándose en sus fundamentos jurídicos "Pero la citada norma tampoco niega tal efecto para el caso de autos, y ...ello no implica que las resoluciones administrativas en materia de clasificación penitenciaria que comporten un régimen como el tercer grado, deban quedar excluidas del efecto suspensivo cuando son impugnadas ante el JVP. Y si tal efecto se halla previsto para el caso de los recursos de apelación interpuestos contra los autos judiciales que controlan la legalidad de los acuerdos de la Administración Penitenciaria, la ejecución inmediata de los acuerdos que conllevan la excarcelación en caso de delitos graves, mientras pende la sustanciación del recurso interpuesto ante el JVP, comportaría un régimen normativo procesal privilegiado".

4) Por último añadir que esta tesis ha sido acogida por la Sección 21^a de la AP de Barcelona, Sala especialista en Vigilancia Penitenciaria, en sus recientes autos de 7 de enero de 2021 (Auto que contaba con un voto particular) y 18 de febrero de 2021 (ya dictado por unanimidad), si bien posteriormente tal criterio ha sido modificado, habiendo sido también acogida la tesis del Ministerio Fiscal la A.P. de Girona (Sala de vacaciones) de 13 de agosto de 2021 y por la Sección la de la A.P. de Guadalajara en virtud de 7/10/21, por los que se estima el recurso del Ministerio Fiscal contra el auto que deniega el efecto suspensivo del acuerdo de clasificación en tercer grado mientras pende la resolución del recurso interpuesto.

Entiende, pues, el Ministerio Fiscal que la DA 5ª apartado 5 de la LOPJ

trata de los recursos en materia de clasificación, y el legislador al utilizar la palabra "excarcelación" lo que pretende es excluir el efecto suspensivo del recurso en los supuestos de clasificación en primer grado y segundo grado, pues la clasificación en tercer grado es la única que supone excarcelación.

No debemos olvidar que la interpretación de las normas jurídicas es una actividad dirigida a la búsqueda del sentido o significado de las mismas, recogándose en el art. 3.1 del CC las reglas de la interpretación, estableciendo tal precepto que "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y la finalidad de aquellas."

Esto no supone una interpretación extensiva analógica, sino atendiendo a que no es posible realizar una interpretación literal, puesto que tal y como señalan las Sentencias del Tribunal Constitucional 54/92, recogida por la Sentencia 169/96 "El régimen de recursos contra las resoluciones de los Jueces de Vigilancia está regulado por la DA 5ª de la LOPJ, que como reconoce unánimemente la doctrina y también este Tribunal ha señalado en alguna ocasión, plantea algunos problemas interpretativos..", debiéndose por ello acudir a los criterios de interpretación de las normas recogidos en el art. 3 del CC, habiéndose acudido fundamentalmente al criterio sistemático, puesto que se ha hecho una interpretación conjunta de la DA 5ª de la LOPJ y no exclusiva del apartado 5.

Tal y como recoge el Auto de la Sección 21ª de la AP de Barcelona de 7/1/21 que establece el carácter suspensivo del recurso contra la resolución administrativa de clasificación si se trata de delitos graves, "Así pues, debernos convenir que una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la DA 511.5 LOPJ. impide la exclusión del efecto suspensivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, contra el acuerdo de la Administración Penitenciaria que, ante la ausencia de impugnación, conlleva la inmediata ejecución del tercer grado, siendo en cambio que la resolución jurisdiccional controladora de su legalidad sí puede ser suspendida mediante la interposición de un recurso de apelación. Asimismo, estimamos que el ordenamiento jurídico es único, pleno, coherente y carente de antinomias, de manera que las lagunas que puedan existir en el ordenamiento deben ser colmadas mediante una labor interpretativa y analógica. Una interpretación integradora y teleológica, no constituye una manifestación de analogía prohibida o in

malam partem, proscrita por el principio de legalidad, pues las leyes orgánicas y procesales arriba expuestas no tienen naturaleza penal... En consecuencia, el principio de taxatividad o de legalidad penal no impide una labor interpretativa que vaya más allá de la literalidad de las normas procesales, y permite adentrarse en una exégesis más acorde a lo dispuesto en el Título Preliminar del CC, concretamente en sus artículos 3 y 4 aplicables a todo el ordenamiento jurídico".

5) Esta argumentación ha sido recogida por la STS 965/2022, de 15 de diciembre:

"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.

El auto recurrido, entiende que, "...ese efecto suspensivo derivado de la presentación del recurso por el Ministerio público establecido en el 1105" DA 5" 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.

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 adoptarnos 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 50 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"

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 50 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.

...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.

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 5", 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) LOGPJ

Del mismo modo en el apartado 3 de la DA 5", 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 5", 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 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 28-062002 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.

Abunda en el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, que modifica la referida DA 5'1:

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 quema», 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 quema» pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente.

La parte recurrente, el Ministerio Público, en su muy mentada 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:

sí conforme al apartado 5º de la Disposición Adicional Quinta de la LOPI 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.

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".

Por lo expuesto, interesa se dicte Auto acordando la suspensión de la ejecutividad del tercer grado concedido en tanto en cuanto se resuelva el recurso presentado.

En MADRID, a veintiocho de diciembre de dos mil veintidos.

EL FISCAL

Fdo: 