



**JUZGADO DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº. 5
DE CATALUÑA.
GRAN VIA CORTS CATALANES, 111, PLTA.11 EDIF.I
BARCELONA**

E.P. 27933

INTERNO: CUIXART NAVARRO, JORDI

**RAMO: PIEZA SUSPENSIÓN EJECUCIÓN 3r GRADO- R.35 nº71/21- NOT. AUTO
24-02-21**

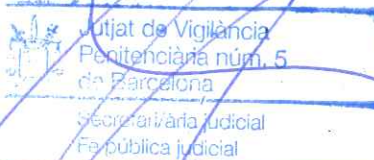
ABOGADO: MARINA ROIG ALTOZANO

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN

De conformidad con el artículo 166.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de acuerdo con lo establecido en los artículos 169 y siguientes de dicha Ley, procedo a notificar al **Procurador de los Tribunales Sr/a D/Dª JORDI-ENRIC RIBAS FERRE** resolución procesal cuya copia literal se adjunta.

Barcelona, veinticuatro de febrero de dos mil veintiuno .

LETRADO DE LA ADM. DE JUSTICIA



ANEXO: Copia de la resolución de fecha 24/02/2021.

NOTIFICACIÓN

El día.....notifico al **Procurador/a de los Tribunales D./Dª. JORDI-ENRIC RIBAS FERRE** la resolución indicada en la cédula anterior y le entrego una copia. Se da por enterado/a y firma conmigo.

El/La agente judicial





**JUZGADO DE
VIGILANCIA PENITENCIARIA Nº 5
CATALUNYA**

**C.P. LLEDONERS
E.P. 27933**

ÉS CÒPIA

AUTO

En Barcelona, a 24 de febrero de dos mil veintiuno.

HECHOS

PRIMERO. – En fecha 15 de febrero de 2021 el Ministerio fiscal interpone recurso frente a la resolución de la Secretaria de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima de fecha 28/1/2021 por la que se acuerda la progresión a tercer grado de tratamiento penitenciario al interno **DON JORDI CUIXART NAVARRO** 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.- En fecha 23 de febrero se presentan alegaciones por la representación letrada del interno oponiéndose a la suspensión interesada por el Ministerio Público.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Interesa el Ilmo. Ministerio fiscal la suspensión cautelar de la resolución impugnada con base en lo establecido en la Disposición Adicional 5ª LOPJ que, según señala en su escrito de recurso, configura el carácter suspensivo del recurso de apelación en materia de clasificación cuando se trate de condenados por delitos graves y dé lugar a la excarcelación, entendiendo que lo es la clasificación en tercer grado.

Sustenta su petición el Ministerio fiscal sobre la base de una interpretación conjunta de los nº 2º y 5º de la DA 5ª LOPJ, señalando que el nº 2º menciona entre las resoluciones apelables las resoluciones dictadas en “apelación” contra una resolución administrativa referida a clasificación; de suerte que en el nº 5º se está refiriendo precisamente a ese recurso de



“apelación” con el consiguiente efecto suspensivo de la resolución administrativa impugnada.

En apoyo de dicha interpretación trae a colación la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que introdujo dicho nº 5 DA 5ª y que señala *“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”*.

Señala que con ello se trata de evitar la puesta en libertad del penado por el evidente riesgo de fuga, de modo que carece de lógica que el efecto suspensivo del recurso quede dilatado, no al momento de la resolución administrativa, sino al de interposición de recurso de apelación frente a la resolución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria pues ello habría implicado el transcurso de plazo bastante para que el penado hubiese huido. De igual forma, argumenta, que, si se otorga efecto suspensivo a la impugnación respecto de una resolución judicial, carece de sentido que no se realice una interpretación que extienda dicho efecto suspensivo frente a la resolución administrativa: así, si frente a la resolución de la autoridad judicial el recurso es suspensivo, necesariamente el recurso frente a resolución administrativa también debe considerarse suspensivo. Señala que en ese sentido se pronunciaron los Fiscales especialistas de Vigilancia Penitenciaria en la conclusión 25ª de sus Jornadas celebradas en 2011 e igualmente que la Sección 21ª de la Audiencia provincial de Barcelona en resolución de 7 de enero de 2021 acoge dicha interpretación. Finalmente, que, en la anterior progresión acordada, se efectuó tal interpretación.

La Ilte. Letrada del interno se opone a lo interesado por el Ilmo. Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 23 de febrero en el que se ratificaba en las alegaciones que *ad cautelam* ya había presentado en fecha 1 de febrero sobre esta cuestión. Señalaba en dicho escrito que el Tribunal Supremo no se pronunció sobre la suspensión de la resolución de suspensión de tercer grado aplicada en la anterior ocasión, por lo que a falta de pronunciamiento expreso sobre ello invoca la doctrina mantenida por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre esta materia que rechaza la suspensión de la resolución administrativa cuando se interponía recurso de alzada (así Auto 112/2009, de 5 de febrero); entiende la parte que la DA 5ª LOPJ regula los recursos frente a resoluciones judiciales y no frente a resoluciones administrativas, y así la DA 5ª apartado 5º sólo se refiere al efecto suspensivo en caso de recurso de apelación frente al Auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, de modo que si el legislador no lo estableció, no se puede efectuar ahora una interpretación analógica extensiva de la norma contraria a reo. Alega las Jornadas de escales de vigilancia penitenciaria de 2011, la



conclusión número 24ª. En las efectuadas en fecha 23 de febrero ampliaba argumentación haciendo referencia a la necesidad de urgencia de la medida para evitar que la ejecución de la resolución haga perder su finalidad legítima al recurso, lo que no sucede en el presente caso, dado que el Ministerio fiscal no lo ha considerado urgente, habiendo tardado 15 días en presentar el recurso por motivos de oportunidad y siendo de contenido sustancialmente igual que el anteriormente presentado. Reitera las alegaciones ya realizadas sobre que la DA 5ª LOPJ regula los recursos frente a resoluciones judiciales realizando una interpretación que vulnera el derecho a la legalidad penal y desconociendo el principio de inmediata ejecutividad de las resoluciones administrativas. Realiza manifestaciones sobre la resolución invocada por el Ministerio Público sobre esta cuestión, el reciente Auto de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que supone un cambio de criterio no explicado y que contiene un voto particular. Por todo ello, solicita que no se acuerde la suspensión de la ejecutividad de la resolución de 28 de enero de 2021 de la Secretaria de Medidas Penales, Reinserción y Atención a la Víctima por la que se acordaba la progresión a tercer grado penitenciario de su representado.

SEGUNDO.- De los argumentos expuestos por el Ilmo. Ministerio público y de la Iltr. representación letrada del interno se extrae que la controversia interpretativa entorno a la DA 5ª LOPJ se centra en determinar si el efecto suspensivo del recurso a que se refiere su apartado 5º (siempre concurriendo tres presupuestos: 1º) que se trate de materia clasificatoria o libertad condicional; 2º) que pueda dar lugar a la excarcelación del penado; 3º) se trate de delito grave) está referido al recurso “de apelación” (entiéndase equivalente a alzada, queja o reforma) que el Ministerio público puede interponer frente a la resolución administrativa penitenciaria (de modo que dejaría en suspenso la eficacia de dicha resolución administrativa) o bien se está refiriendo al recurso de apelación “ordinario” o “judicial” frente al auto dictado por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente (de modo que quedaría en suspenso dicha resolución judicial).

Establece la DA 5ª nº 5 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”.

Y así, vistos los referidos argumentos y transcrita la disposición controvertida, no puede acogerse la solicitud del Ministerio Público de suspensión cautelar de la resolución administrativa.

La Disposición Adicional 5ª LOPJ a la que se ha referido el Tribunal Constitucional como “poco clara e insatisfactoria” (STC 54/1992, de 8 de abril),



ha sido criticada de forma extensa por la doctrina, señalando algún prestigioso autor que *abusa de reiteraciones y utiliza fórmulas alambicadas para expresar lo que podía haberse dicho con sencillez*; y específicamente, respecto del recurso de apelación, advierte de los *retruécanos presentes en la norma que realiza un diseño apoyándose en excepciones, contraexcepciones y reiteraciones*.

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 5º es la resolución de la Administración penitenciaria (y no la judicial dictada por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) frente a la que interpone el recurso de “apelación” (entiéndase alzada, queja, reforma) y que, concurriendo los presupuestos señalados anteriormente, producen ese 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 sí 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, 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 esta resolución (judicial), sí cabe el recurso de apelación con efecto suspensivo al que se refiere el referido nº 5.

Efectivamente, ese efecto suspensivo derivado de la presentación de 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 la 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 hacía 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 a través de la oportuna resolución judicial (que sí puede ser objeto de impugnación).

Así, el Ministerio fiscal invoca la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2003 para apoyar su interpretación de que la resolución susceptible de suspensión es la administrativa, más, sin embargo, la lectura de dicho párrafo (recogido de forma literal anteriormente) lleva a concluir que la



resolución a que se está refiriendo es la judicial, pues sólo se puede entender así si se pretende evitar la "excarcelación" del interno sin intervención del órgano *ad quem* (es decir, sin la intervención del órgano sentenciador, no del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria) dado que, como se ha señalado en el párrafo anterior, la resolución administrativa de clasificación/progresión ya habría producido la "excarcelación" con anterioridad (y por tanto sólo podría referirse al supuesto de que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, vía estimación del recurso del interno, acordase la progresión a tercer grado) y en el caso de la libertad condicional, no existe resolución administrativa ejecutable sino únicamente propuesta al Juez de Vigilancia Penitenciaria, de modo que sólo puede referirse al supuesto en que el Juez de Vigilancia Penitenciaria sí aprobase la propuesta de libertad condicional (y sólo en el caso de delito grave).

En consecuencia, sólo puede entenderse que el recurso de apelación mencionado en el apartado 5º DA 5ª LOPJ está referido a las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

Señala el art. 3.2 del Código penal que *"Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes"*. Sin lugar a duda el principio de legalidad en su garantía de ejecución ha de comprender el sistema de recursos frente a la ejecución de la pena y sus incidencias y por tanto no puede darse virtualidad al pretendido recurso de apelación frente a la resolución administrativa penitenciaria con el efecto suspensivo interesado. En este sentido, conforme se desprende de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 172/2016, constituye doctrina reiterada de dicho Tribunal la de reconocer también como modalidad de vulneración del derecho al recurso (artículo 24.1 de la Constitución), no solamente la inadmisión indebida de éste, sino también, acordar su admisión cuando la misma no resultaba procedente.

Cierto que por el Ministerio público se invoca el reciente Auto de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 7 de enero de 2021 que acoge la interpretación de la DA 5ª que sustenta dicha Iltre. parte, señalando tal Auto en su Fundamento Jurídico 4º, párrafo 2º, *"Así pues, debemos convenir que una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la DA 5ª.5 LOPJ..."* permitiría aplicar la referida disposición conforme a lo interesado por el Ministerio fiscal, rechazando que se trate de una manifestación de analogía prohibida o *in malam partem*, sino que sostiene que se trata de una interpretación integradora y teleológica. Más, sin embargo, precisamente, realizando una interpretación lógica, sistemática y teleológica de la referida disposición (conforme se ha explicitado en los párrafos anteriores) se debe llegar a la conclusión contraria, entendiendo que, de lo contrario, sí que se está realizando una aplicación analógica (y precisamente en contra del reo) y no una mera labor interpretativa pues mientras que ésta busca el significado y contenido de la norma dentro de los supuestos posibles previstos



en la misma, en la analogía se extiende a un supuesto no contemplado en ella (ex art. 4.1 Código Civil), lo que debe rechazarse en el ámbito en el que nos encontramos pues aun siendo cierto que el art. 4.1 del Código penal establece la taxatividad únicamente respecto de las normas sustantivas penales (no respecto de las procesales, como viene a señalar también el Auto referido), no se puede dejar de desconocer que la interpretación que de la norma procesal se efectúe produce afectación directa a derechos fundamentales por lo que lo procedente es realizar una interpretación más ponderada y conforme a la eficacia y esencia de los mismos (STC 20/1990, de 15 de febrero).

No obstante, este silencio normativo no significa que esté vedada la posibilidad de articular un incidente que posibilite a la parte recurrente solicitar la suspensión de los efectos de la resolución administrativa, pero no a través de la controvertida Disposición Adicional 5ª LOPJ que, como hemos señalado, está referida a la regulación de los recursos de las resoluciones judiciales, sino acudiendo a normas de derecho supletorio.

Lo expuesto no es obstáculo para que tal suspensión pueda plantearse como incidente durante la tramitación del recurso, dado que, el principio de la efectividad de la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española exige que el control jurisdiccional se proyecte sobre la ejecutividad del acto administrativo, aun cuando se formule recurso en su contra y ello a pesar del principio de eficacia establecido en el artículo 103.1 de la Constitución y la ejecutividad de la que gozan los actos administrativos reconocida en el artículo 38 de la Ley 39/2015. Como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en su sentencia 148/1993, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva queda adecuadamente satisfecha con la posibilidad de que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometido a control judicial, sin que el resultado de dicho control deba ser necesariamente el otorgamiento de la suspensión pedida.

Por otro lado, el artículo 130 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dispone que únicamente podrán adoptarse medidas cautelares y entre ellas, la suspensión del acto administrativo cuando la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso o causar al recurrente perjuicios de imposible o difícil reparación, previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto ("periculum in mora", o apariencia de buen derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa ("fumus bonis iuris").

Pero lo cierto es que no se cursa la impugnación del Ministerio Fiscal a través de dicha eventual normativa supletoria, sino que se acude a una interpretación analógica del apartado 5º de la Disposición Adicional 5ª de la LOPJ, que choca con la interpretación más restrictiva que debe darse a normas que, en definitiva, producen afectación a derechos fundamentales.

En atención a lo anteriormente expuesto,



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 28 de enero de 2021 respecto del interno **DON JORDI CUIXART NAVARRO** 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 5ª 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.

Así lo dispone, manda y firma el Ilmo. Sr. D. MARIANO DAVID GARCÍA ESTEBAN Magistrado-Juez en sustitución del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº5 de Cataluña.

