

COPIA PARA ENTREGAR ALLA  
PROCURADORIA SR./SRA.

## A U T O N° 121/2011

Ilmo. Sr. Presidente:

**D. AURELIO VILA DUPLÁ**

Ilmos. Sres. Magistrados:

**D. JESÚS SANTIAGO DELGADO CRUCES**

**D. ILDEFONSO PRIETO GARCÍA-NIETO**

En Pamplona, a 16 de  
junio de 2011.

28 JUN 2011 REC

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción N° 2 de Pamplona en los autos de *Juicio Rápido* n° 2293/2011 dictó auto con fecha 28 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

*"Ejecútese la pena de ocho meses de prisión impuesta al penado [REDACTED] en sentencia firme de esta misma fecha en tanto se materializa su expulsión del territorio nacional acordada en dicha resolución, a cuyo efecto se notificará la presente resolución a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Jefatura Superior de Policía de Navarra. Librénsese los oficios necesarios para llevar a efecto lo acordado. Contra la presente resolución cabe interponer recurso de reforma en el plazo de tres días o de apelación en el cinco días, ninguno de los cuales suspenderá la ejecución de lo ahora acordado".*

**SEGUNDO.-** El citado auto fue recurrido en apelación por la representación procesal de [REDACTED].

El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, interesó la desestimación del recurso.

**TERCERO.-** Remitidas las actuaciones a la Audiencia Provincial, previo reparto, correspondieron a esta Sección en donde se incoó el **Rollo Penal de Sala nº 123/2011**, en el que se designó ponente al Ilmo. Sr.. Magistrado **D. AURELIO HERMINIO VILA DUPLA**, habiéndose producido su deliberación con fecha 14 de junio de 2011.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** a) Recurre el condenado el auto de 28 de mayo de 2011, resolución ésta que acordó ejecutar la pena de ocho meses de prisión "*en tanto se materializa*" su expulsión del territorio nacional acordada en la sentencia.

Basa su decisión el juez de instrucción en la disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre.

b) En el recurso se alega, por un lado, que antes de la entrada en vigor de la reforma del art. 89 CP, efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, nada se preveía sobre "*qué hacer con un extranjero condenado y cuya pena era sustituida por expulsión*", razón por la cual se dictó la disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, para asegurar la expulsión mediante el inicio de la ejecución de la sentencia, lo que aseguraba la persona del condenado, "*aunque esta solución no estaba de ninguna manera exenta de críticas*", habiendo venido a solucionar esa "*laguna legal*" la citada reforma al permitir que el juez acuerde el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, que no tiene carácter penitenciario, en tanto se ejecuta la efectiva expulsión; por otro, que la misma reforma ha suprimido la prohibición, "*igualmente criticada*", de que el extranjero no pudiera acceder a los beneficios de la suspensión de la condena, previstos en los arts. 80 y s. CP, por lo que la disposición Adicional decimoséptima "*no sirve*" para justificar la ejecución de la condena privativa de libertad sin motivación alguna ni haberse pronunciado antes el juez sobre las "*posibilidades*" de suspensión de la pena privativa de libertad, lo que supone "*una*

*discriminación inadmisibles en nuestra legislación*", conforme a la sentencia de Tribunal Supremo de 8 de julio de 2004 (RJ 2004, 4291).

**SEGUNDO:** El recurso no puede estimarse por las razones que se pasan a exponer.

1. El párrafo 2º de la disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003 de 23 de Diciembre de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que *"la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión"* y a *"estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial"*.

Por su parte la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/06, de 27 de Julio, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, señala que la regla general será el inmediato ingreso en prisión del extranjero salvo el supuesto excepcional de reo en libertad provisional durante la tramitación del procedimiento, condenado a penas de corta duración que ordinariamente no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando ofrezca garantías de que va a abandonar el territorio nacional, resultando en tal caso procedente otorgar un plazo no inferior a 72 horas.

Es cierto que el condenado, ahora recurrente, se hallaba en situación de libertad provisional y fue condenado a una pena de 8 meses de prisión, pero no ha ofrecido garantía alguna de proceder voluntariamente al cumplimiento de la expulsión.

2. Como se ha indicado el motivo de oposición es otro.

Considera la defensa del recurrente que tras la reforma del art. 89 CP, operada por la Ley Orgánica 5/2010, no puede acordarse la ejecución de la pena privativa de libertad sin motivación, debiendo, además, el juez

pronunciarse antes sobre si es procedente la suspensión prevista en los arts. 80 y s. CP.

El Tribunal no comparte esta tesis en vista de los términos en que está redactado el apartado 6 del art. 89, introducido por la citada Ley:

*"Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros..."*.

Y si no pudiera llevarse a efecto la expulsión, *"se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código"*.

Al hacer mención el párrafo 1º del apartado 6 del art. 89 CP que el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros podrá acordarse *"cuando el extranjero no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta"*, cabe concluir que la reforma no afecta al especial régimen previsto en la disposición Adicional decimoséptima, pues precisamente la situación prevista se producirá por aplicación de la citada disposición Adicional, estando reservado el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros a los supuestos en que la sentencia no contenga pena privativa de libertad.

Y lo mismo cabe decir del párrafo 2º del apartado 6 del art. 89 CP.

Está previsto para el supuesto de que no pueda llevarse a efecto la expulsión, pero antes se aplica la disposición Adicional tantas veces citada.

3. Para apreciar la vulneración del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley la doctrina constitucional (SSTC 78/1984, de 9 de julio [RTC 1984, 78]; 55/1988, de 24 de marzo [RTC 1988, 55]; 34/1995, 34/1995,

de 6 de febrero [RTC 1995, 34], 81/1997, de 22 de abril [RTC 1997, 81]; 89/1998, de 21 de abril [RTC 1998, 89]; 62/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 62]; 102/1999, de 31 de mayo [RTC 1999, 102]); 186/2000, de 10 de julio [RTC 2000, 186]; 37/2001, de 12 de febrero [RTC 2001, 37]; 111/2001, 111/2001, de 7 de mayo [RTC 2001, 111]; 74/2002, de 8 de abril [RTC 2002, 74]), exige entre otros requisitos que los supuestos que constituyen el término de comparación sean esencialmente iguales, pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno sea igual a la del otro.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado conduce a entender que carece de fundamento la afirmada lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley.

El régimen establecido en la disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, no discrimina a los extranjeros por regular una situación especial.

Y la sentencia citada en el recurso, que alude a la nulidad de la expulsión por falta de trámite de audiencia, es ajena a la cuestión suscitada.

**TERCERO:** Se imponen al apelante las costas procesales del recurso, ex art. 901 LEcrim.

## **PARTE DISPOSITIVA**

La Sala acuerda **desestimar el recurso de apelación** interpuesto contra el auto de fecha 28 de mayo de 2011 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona, juicio Rápido 2293/2011, imponiendo al apelante las costas procesales del recurso.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por este nuestro Auto, que es firme, lo pronunciamos, mandamos  
y firmamos.