

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA PENA SUSTITUIDA POR EXPULSIÓN O DERECHO A LA LIBERTAD DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN PREVENTIVA

Rodrigo González López*

RESUMEN

Desde la perspectiva de un caso real ligado al ejercicio profesional de la abogacía, se analizará la situación de un extranjero a partir de su ingreso en prisión provisional hasta su expulsión, con especial énfasis en las razones que podrían justificar la ejecución provisional de una pena privativa de libertad sustituida en sentencia por la expulsión del territorio nacional, cuando el foráneo no ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia ni se ha adherido al recurso presentado por otro condenado, en este caso, ciudadano comunitario. Y, acto seguido, se abordará el supuesto por el cual, si el condenado permanece en prisión preventiva sin ejecutarse la expulsión acordada en la pertinente resolución judicial, procederá irremediamente su inmediata puesta en libertad.

PALABRAS CLAVE: ejecución provisional, prisión provisional, expulsión, libertad y sustitución.

ABSTRACT

From the perspective of a real case linked to my to the professional exercise of the law, the situation of a foreigner will be analyzed from his revenue in provisional prison up to his expulsion with special emphasis in the reasons that might justify the provisional execution of an exclusive sorrow of freedom replaced in Judgment for the expulsion of the national territory, when the foreign one neither has interposed resource of appeal against the Judgment community citizen has not even stuck fast to the resource presented by another reprobate, in this case. And forthwith, there will be approached the contingency of which if the reprobate remains in preventive detention without there be executing the expulsion resolved in the pertinent judicial resolution, his immediate putting will proceed irremediably at liberty.

KEY WORDS: provisional execution, provisional prison, expulsion, freedom and a substitution.

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTO REAL OBJETO DE ANÁLISIS

Un ciudadano comunitario y un extranjero de nacionalidad chilena fueron condenados como autores de un delito de robo con violencia e intimidación, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años de prisión por el Juzgado de lo Penal correspondiente. En el caso del



ciudadano extracomunitario, se acordó la sustitución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional en la propia sentencia¹, tras la modificación de las conclusiones por parte del letrado de la defensa², subsidiariamente a la petición de absolución del ciudadano chileno.

La representación procesal del ciudadano de la Unión Europea interpuso recurso de apelación contra la antecitada resolución judicial en la que básicamente alegó que debió aplicarse el subtipo atenuado del artículo 242.4 del Código Penal, partiendo de la menor entidad de la violencia e intimidación ejercidas, y teniendo en cuenta además la escasa relevancia de los hechos denunciados y la ausencia de condena en cuanto a lo que se refiere al objeto civil. Consecuentemente, se interesó la imposición de la pena inferior en grado.

Ni la acusación, sostenida exclusivamente por el Ministerio Fiscal, ni la defensa del condenado a la pena de expulsión recurrieron la resolución judicial. Por ello, y valorando si era conveniente o no la interposición de recurso de apelación, finalmente se escogió la segunda opción, y acto seguido se presentó un escrito interesando la ejecución provisional de la sentencia de instancia y consecuentemente la inmediata expulsión del ciudadano extranjero. Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse esta pretensión, se solicitó la urgente puesta en libertad del ciudadano chileno, pues se consideraba que no se cumplían los requisitos para el mantenimiento de la prisión provisional. La acusación representada por el Ministerio Público se adhirió íntegramente a la petición de expulsión y omitió cualquier tipo de alusión a la libertad del ciudadano extranjero.

A través de una lacónica providencia, el juzgador *a quo* manifestó la improcedencia en este momento procesal de la petición de ejecución provisional de la sentencia, toda vez que la misma no era firme³. Sin embargo, no se pronunció acerca

^{*} Doctor en Derecho por la Universidad de Vigo. Abogado.

¹ RÍOS MARTÍN, J. C.; ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X.; SEGOVIA BERNABÉ, J. L., PASCUAL RODRÍGUEZ, E., *Las penas y su aplicación: contenido legal, doctrina y jurisprudencia*, Coles, Madrid, 2011, pp. 160-163.

² No se pronunció el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación provisional ni en las conclusiones definitivas, en lo referente a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, a pesar de que la circular 5/11 de la Fiscalía General del Estado es muy concisa en este aspecto: «No es admisible que, tratándose de extranjeros sin residencia legal, se guarde silencio en el escrito de acusación provisional acerca de la aplicación del art. 89 CP. Bien al contrario, de la propia lectura de la norma, se desprende la existencia de un importante número de resoluciones judiciales, que pueden llegar hasta la casación, -y por consiguiente de decisiones y tomas de postura del propio Ministerio Fiscal- que dependen directamente de la exacta determinación fáctica de la situación jurídica en que se encuentre el extranjero contra quien se dirige la acusación».

³ La resolución correcta para resolver la cuestión suscitada tendría que adoptar la forma de auto y no de providencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 141 de la LECrim. y 245 de la LOPJ, toda vez que lo solicitado afecta de una manera directa al condenado en instancia y, además, a un derecho fundamental como es la libertad de la persona. En cuanto a los recursos contra resoluciones en materia de suspensión de condena y sustitutivas de las penas privativas de libertad, véase DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999, pp. 107-110.



de la posibilidad de su puesta en libertad, toda vez que el condenado en instancia permanece todavía en prisión preventiva. Por ello, se interpuso recurso de reforma ante el órgano de enjuiciamiento mientras no se resuelve el recurso de apelación. Tenemos en cuenta en este punto que la hipotética resolución del recurso de apelación presentado por el otro acusado no afectaría a la condena del ciudadano chileno, salvo en lo relativo a verse perjudicado por el tiempo transcurrido hasta que se resuelva.

En la fecha de finalización del presente artículo, todavía no se ha resuelto ni el recurso de apelación ni el de reforma. No obstante, he creído conveniente la elaboración del presente trabajo, con la firme convicción de que los motivos que podrían argumentar dichas resoluciones, de una u otra manera condicionarían el planteamiento y la reflexión, cuyo ejercicio le corresponde a todos y a cada uno de los operadores jurídicos. Las resoluciones judiciales no pueden ni deben mediatizar nuestras cábalas jurídicas y convertirnos en meros autómatas que toman decisiones con base exclusivamente en pinceladas jurisprudenciales. Por eso, el acierto o error del jurista nada tiene que ver con compartir el criterio expuesto en una resolución contra la que no cabe recurso, sino con frecuentar las diferentes posturas jurídicas y fácticas, someterlas a contraste y revisión y exteriorizar la que más se adecua al principio de legalidad⁴.

II. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA SENTENCIA

De un atento análisis de los diversos órdenes jurisdiccionales, no tenemos dudas de que la ejecución provisional dineraria está admitida⁵, y en muchos casos, también la ejecución no pecuniaria.

⁴ Acerca del principio de legalidad, véase la obra de CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 20-22.

⁵ Citaremos a continuación las leyes reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la norma concreta que permite la ejecución dineraria. En este sentido, los artículos 525 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil permiten como regla general la ejecución provisional, salvo las excepciones previstas en el artículo 525. En el orden jurisdiccional penal, el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se remite directamente a lo dispuesto en la ley procesal civil, permitiendo la ejecución provisional de la responsabilidad civil derivada de delito o falta. En el orden contencioso-administrativo, se observa como los artículos 84.1. y 91.1. son meridianamente tajantes, posibilitando la ejecución provisional a pesar de que se interponga recurso de apelación o casación, sin olvidar que en ciertos casos se pueda exigir la prestación de caución o garantía necesaria para responder de los posibles perjuicios causados por la ejecución. En cuanto al orden jurisdiccional social, la Ley 36/2011, en sus artículos 289 y ss., también alude de una forma expresa a la posibilidad de ejecutar una sentencia en la que se condene al pago de una cantidad dineraria.



En lo estrictamente concerniente a la ejecución provisional de la responsabilidad civil derivada de un delito o falta, el artículo 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no plantea dudas interpretativas acerca de su aplicación⁶. Una cuestión mucho más problemática es la ejecución provisional de la pena, y ello a pesar de que de una atenta lectura de la normativa procesal y constitucional, la respuesta parece a todas luces sencilla.

Nuestra Carta Magna, en el artículo 118, establece que «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales». En lo concerniente al presente trabajo, tengamos en cuenta que las sentencias firmes son aquellas contra las «que no quepa recurso alguno, salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley»⁷. Examinando únicamente este artículo, interpuesto por ejemplo un recurso de casación, la sentencia ya es firme en sentido estricto, puesto que se trata de un recurso extraordinario en el ámbito penal que no debería impedir la ejecución de la sentencia, con anterioridad a la resolución del oportuno recurso.

Sin embargo, el artículo 141, en relación con el artículo 245.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, matiza el genérico «salvo el de revisión u otros extraordinarios que establezca la ley» y tasa los supuestos exceptuados, consistentes en los recursos de revisión y rehabilitación. Por tanto, y de un primer examen de la norma, el plazo para interponer el recurso de casación, y en su caso su interposición en tiempo y forma, impediría la ejecución provisional de la sentencia. El artículo 3 del Código Penal, como no podía ser de otra manera, ampara sin ambages las disposiciones contenidas en la Ley Procesal bajo el manto de una escueta remisión, ya que considera suficiente la imposibilidad de ejecución de una pena sin la firmeza de la sentencia⁸, «de acuerdo con las leyes procesales».

El derecho a la presunción de inocencia⁹ y el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰ son probablemente los principios que subyacen de una manera más axiomática

⁶ MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 614.

⁷ Artículo 245.3 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial. Aunque esta definición nos parezca tan elemental, debemos centrarnos en todos y cada uno de los términos que el precepto ha utilizado, porque más adelante esta enunciación nos servirá para una correcta matización de la ejecución provisional de la pena ante la interposición del recurso de casación preceptuado en el artículo 861 bis b) de la LECrim.

⁸ La firmeza de la sentencia es requisito «sine qua non» para proceder a su ejecución en otras materias de carácter penal. Así, en el artículo 43.1 de la Ley Orgánica 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, se dice que «no podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma». De igual modo, en el artículo 338 de la Ley Orgánica Procesal Militar, se afirma que «las penas impuestas en sentencias firmes dictadas de la Jurisdicción Militar se ejecutarán conforme se establezca en la sentencia y en la forma que dispongan las leyes y reglamentos».

⁹ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 24.2 de la Constitución española.

¹⁰ Artículo 24.1 de la Constitución española.



para la concepción en toda su extensión de la problemática relativa a la ejecución provisional de la pena. Y hasta el momento, no tenemos argumentos para desechar esta conclusión, aunque, como veremos a continuación, pueden surgir serias dudas aplicables al supuesto analizado.

2.2. LA EJECUCIÓN PROVISIONAL EN EL RECURSO DE CASACIÓN, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 86I BIS B DE LA LECRIM.

Como hemos visto, el artículo 141 de la LECrim. establece que toda sentencia penal es firme «cuando no quepa contra ellas recurso alguno ordinario ni extraordinario, salvo los de revisión y rehabilitación». Amén de la ejecución provisional derivada de la responsabilidad civil, existe un artículo no exento de polémica que permite la ejecución provisional de la pena fuera de los supuestos tasados en el antecitado precepto. Nos estamos refiriendo al recurso de casación¹¹ y a la posibilidad comprendida en el artículo 861 bis b) del Código Rituario criminal: «cuando el recurso hubiera sido preparado por uno de los procesados, podrá llevarse a efecto la sentencia, desde luego, en cuanto a los demás, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 903».

En síntesis, se faculta al tribunal para acordar la ejecución provisional¹² de la sentencia respecto al procesado no recurrente. Obviamente, en el procedimiento tendrá que existir una pluralidad de procesados, y al menos uno de ellos no habrá interpuesto el pertinente recurso, con lo que consiguientemente se conforma a efectos procesales con la decisión judicial reflejada en el veredicto objeto de recurso.

Pero todavía no se ha enervado en sentido formal el principio de presunción de inocencia por la propia pasividad del procesado, por mucho que no haya recurrido. Aunque desde un punto de vista más teórico que práctico, lo dispuesto en el artículo 903 de la LECrim. parece confirmar este extremo, puesto que si la Sala Segunda del Tribunal Supremo se pronuncia en un sentido favorable respecto al procesado recurrente, el procesado no recurrente que se encuentre en una situación idéntica se beneficiará de «los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia»¹³. Pero no cabrá la *reformatio in peius*.

Como es sabido, el recurso de casación tiene tanto un efecto devolutivo como suspensivo. Sin embargo, la excepcionalidad prevista en el artículo 861 bis b) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede impedir que despliegue sus efectos suspensivos frente a los condenados que no han recurrido, facultándose a la Sala Segunda del Tribunal Supremo para que acuerde «llevar a efecto la Sentencia»¹⁴.

¹¹ Sobre el recurso de casación, véase DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999, pp. 73-78.

¹² Se recomiendan encarecidamente las reflexiones sobre la ejecución provisional y su naturaleza, en CATALÀ COMAS, C., *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, pp. 411-417.

¹³ Artículo 903 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹⁴ *Vid.* nuevamente el artículo 861 bis b) de la LECrim.



E incluso puede tener efectos extensivos, tal y como hemos explicado, al referirnos a lo preceptuado en el artículo 903.

Ciertamente no se ejecuta provisionalmente la sentencia, sino que única y exclusivamente se lleva a efecto parcialmente la resolución judicial en lo concerniente al condenado no recurrente, pues los procesados que hayan interpuesto el recurso de casación no se podrán lógicamente beneficiar de la ejecución provisional, aunque sí se tendrá que acordar si se modifica su situación personal, así como las medidas conducentes a asegurar la hipotética condena en cuanto al objeto civil, para evitar situaciones como insolvencias sobrevenidas¹⁵. No obstante, «si la Sentencia recurrida fuere absoluta y el reo estuviere preso, será puesto en libertad»¹⁶.

Los privilegios que se otorgan al condenado no recurrente en los supuestos encuadrables en dicho precepto —siempre y cuando así lo acuerde el Tribunal— no aparecen en otro tipo de recursos, y además es el único caso en que cabe la ejecución provisional, contraviniendo el artículo 3 del Código Penal, que utiliza los términos «sentencia firme» como «un todo», como una resolución íntegra en cuanto a la responsabilidad criminal que impide la ejecución de las penas o medidas de seguridad hasta que la sentencia adquiera firmeza. Cuestión distinta es la responsabilidad pecuniaria, pues el precepto anteriormente reseñado no prohíbe la posibilidad de que se ejecute provisionalmente, pues solamente se centra, como hemos expresado, en la responsabilidad criminal. Además, el artículo 989 de la LECrim. confirma claramente que los pronunciamientos sobre responsabilidad civil serán perfectamente ejecutables provisionalmente.

Ciñéndonos al caso real propuesto, comprobaremos si es plausible la aplicación de la ejecución provisional de la pena en el procedimiento abreviado, ante la interposición de recurso de apelación¹⁷. Para dar una respuesta, debemos visualizar el articulado de la Ley Enjuiciamiento Criminal, y pronto llegaremos a una conclusión negativa. Ante este vacío legal, no nos queda más remedio que esgrimir la analogía *in bonam partem*¹⁸, sobre todo teniendo en cuenta el artículo 14 de la Constitución española y el distinto trato que recibe el condenado dependiendo de la instancia procesal en la que se encuentre, conculcando con meridiana claridad el principio de igualdad reconocido en la Carta Magna.

Por el contrario, no se vulneraría de ningún modo el principio de legalidad¹⁹, pues el encaje del mismo en el Derecho procesal penal tiene la finalidad de canalizar las garantías del individuo bajo el prisma de asegurar que un determinado procedimiento se sustancie de conformidad con la normativa aplicable. La existencia

¹⁵ Artículo 861 bis a.

¹⁶ *Ibidem*. Confróntese con la regla general dispuesta en el art. 983 de la LECrim.

¹⁷ DEL MORAL GARCÍA, A.; ESCOBAR JIMÉNEZ, R.; MORENO VERDEJO, J., *Los recursos en el proceso penal abreviado*, Comares, Granada, 1999.

¹⁸ En lo referente a la analogía, LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal*, Universitas, S. A., Madrid, 2007, pp. 170-175.

¹⁹ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 20-22.



de una laguna en este aspecto y la suposición de que se conculcaría dicho principio supondría un agravio comparativo del propio acusado, que se ha conformado en la práctica, realmente no con la pena de prisión y sí con la pena de expulsión, pero que se encuentra en prisión preventiva. Y por causas ajenas a su voluntad, ha de esperar a que el otro condenado renuncie o desista al derecho de recurrir la sentencia para obtener el resultado, que justamente coincide con lo dispuesto en una resolución judicial. Y por si fuera poco, lo absurdo es que no se pueda ejecutar provisionalmente una sentencia si se ha interpuesto recurso de apelación²⁰, pero sí que se admita esta posibilidad en casación, cuando los motivos para su interposición son muy restringidos y el hábito de la inmediación y la contradicción se ha evaporado anteriormente en otras instancias.

La defensa a ultranza como ha hecho el juzgador *a quo*, de acuerdo con que no se puede ejecutar una Sentencia que todavía no es firme, pierde toda su esencia con el artículo 861 bis b, de la LECrim, artículo que por cierto no ha sido declarado inconstitucional. Entonces, ¿ya es firme una sentencia cuando se recurre en casación? La respuesta es negativa, tal y como dispone el artículo 141 de la LECrim. En consecuencia, el argumento carece de su pilar fundamental y descarta el criterio teleológico, toda vez que se ha resuelto el conflicto jurídico existente y ahora el condenado solicita el cumplimiento de la pena impuesta y no otra como finalmente está ocurriendo, pues está cumpliendo preventivamente una pena de privación de libertad.

²⁰ MIR PUIG (*Derecho penal, parte general*, Reppertor, Barcelona, 2004, pp.694-695) alude a que como regla general, las penas inferiores a seis años «han de ser sustituidas por completo y desde un principio por el Juez o Tribunal en la Sentencia». Anteriormente, antes de las reformas sucesivas del Código sustantivo penal (art. 89.1, párrafos 3.º y 5.º), se exigía la firmeza de la sentencia, pero dicho carácter hoy en día no se recoge en el precepto, por lo que se puede entender que el legislador eliminó dicho requisito con la intención de ampliar el abanico de posibilidades para que lo antes posible se proceda a la expulsión del extranjero. De ahí que citeamos la obra de Mir Puig, porque nos recuerda cómo era anteriormente la legislación penal en este apartado, aunque otros especialistas en Derecho procesal y penal lleguen a la misma conclusión antes de las últimas reformas. Así por ejemplo, CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.; CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; DE MATEO MENÉNDEZ, F.; SANZ HEREDERO, J. D.; *Tratado práctico de los procesos de extranjería, con referencias a la Ley 38/2002 de reforma parcial de la LECrim.: Formularios, Jurisprudencia, Legislación y Normas Comunitarias*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 2002, pág. 2475. *Vid.* y confróntese con FLORES MENDOZA, F.: «La expulsión del extranjero en el Código penal español», *Inmigración y Derecho Penal, Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 97-156.



III. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD POR LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXISTENCIA SIMULTÁNEA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para la expulsión de un extranjero por la comisión de un delito²¹, no necesariamente se ha de esperar a que tengamos una sentencia condenatoria, donde se haya impuesto una pena privativa de libertad²² superior a un año²³. La simple imputación por un delito o falta, cuya pena privativa de libertad sea inferior a seis años o «sea una pena de distinta naturaleza»²⁴, puede ser motivo más que suficiente para la inmediata expulsión del extranjero²⁵, siempre que conste acreditada en el expediente administrativo de expulsión esta circunstancia, y previa autorización judicial, lo que en palabras de Batuecas Florindo «contempla una auténtica renuncia a ejercer su '*ius puniendi*' (o poder de sancionar las conductas delictivas), basándose en criterios de oportunidad, por considerar preferible para el interés público la expulsión del ciudadano extranjero»²⁶.

Sin embargo, la expulsión dentro del pertinente procedimiento administrativo sancionador con autorización judicial no puede ceñirse a la simple condición de imputado en un procedimiento penal. La resolución tendrá que basarse en una de las «conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica»²⁷, puesto que si el único argumento para la expulsión es el delito o falta, sería del todo improcedente la expulsión, con base en el principio *non bis in idem*. Hasta que la

²¹ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «La expulsión del extranjero como castigo penal», *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2012-2, pp. 93-116 (http://repositorio.ual.es/jsui/bitstream/10835/1902/1/Art_12_006.pdf). Igualmente, MERINO RODRÍGUEZ, J. F., «Expulsiones de extranjeros relacionadas con el Derecho Penal», *Revista de Derecho de Extremadura*, 2008-1, pp. 72-87.

²² Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado: «por pena privativa de libertad habrá de entenderse cualquier pena de prisión, pero no quedar incluida la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multas (y ello pese a su calificación como pena privativa de libertad conforme al art. 35 CP), pues la aplicabilidad de ésta, por su propia naturaleza subsidiaria, es incierta en el momento ordinario de imposición de la expulsión sustitutiva, esto es, en el momento del dictado de la sentencia. *A fortiori*, hacer depender la puesta en marcha de la expulsión de la disponibilidad de recursos económicos para hacer frente al pago de la multa puede incorporar un criterio discriminatorio no justificado».

²³ Artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

²⁴ Art. 57.7 a) de la LO 4/2000.

²⁵ Según disponen los artículos 57.7 c) y 57.8 de la Ley Orgánica 4/2000, constituyen la excepción a la regla general los delitos contra los derechos de los trabajadores y de los ciudadanos extranjeros tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, toda vez que no se procederá a la expulsión hasta que cumplan la pena privativa de libertad impuesta.

²⁶ BATUECAS FLORINDO, J. M., *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Club Universitario, Alicante, 2009, p. 46.

²⁷ Art. 57.1 de la LO 4/2000.

resolución judicial sea firme y condenatoria, no se podrá expulsar al extranjero con motivo del ilícito penal²⁸.

De todo ello, se puede inferir que la potestad administrativa sancionadora alcanza límites arbitrarios con injerencias en el orden jurisdiccional penal, asintiendo no solamente ante la expulsión como medida cautelar o como una auténtica ejecución provisional mientras se sustancia una causa penal, sino que además la normativa vigente le permite que sólo ella incoe y resuelva el procedimiento de expulsión con anterioridad a una resolución judicial firme. Se requiere previa autorización judicial, autorización judicial que fácilmente se acordará, al amparo de preceptos como el artículo 53.1 a), que prevé la posibilidad de expulsión para quien se encuentre irregularmente en territorio nacional. La discrecionalidad en cuanto a los criterios para incoar y solicitar la autorización judicial para la expulsión del extranjero inculpado puede ser la antesala de una ruptura con el principio de subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal.

Los defensores de la inejecutabilidad provisional de una pena en una sentencia que todavía no es firme —a salvo la excepción del artículo 861 bis b— considerarían que en el caso que nos ocupa, ni el instructor ni el Juzgador de lo Penal tendrían la facultad de impulsar la ejecución provisional de la expulsión, con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal, y mucho menos con anterioridad a la sentencia, cuando todavía el extranjero no ha sido condenado. Si la expulsión a través del procedimiento administrativo sancionador es la pauta ordinaria para un imputado en el que concurra alguna de las conductas «muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica de Extranjería²⁹» —difícilmente se le impondría una multa pendiendo un ilícito penal—, también lo es el hecho de que la sustitución de una pena privativa de libertad por la expulsión es un criterio general a aplicar en sentencia o en auto posterior motivado.

Lo que sucede es que la Administración se inmiscuye realmente en el orden jurisdiccional penal, teniendo la capacidad de instar la expulsión del extranjero por hechos menos graves que los que hipotéticamente deriven de un delito o de una falta, otorgándoles únicamente a los jueces de causas criminales una autorización, previa audiencia del Ministerio Fiscal³⁰, frente a unos criterios restrictivos de denegación de la solicitud interesada por la Administración. Y en cambio, en el propio procedimiento penal, esta medida no puede ser adoptada hasta que como mínimo se dicte sentencia³¹. Las prerrogativas de la autoridad gubernativa cercenan los de-

²⁸ En este caso, es de aplicación lo previsto en el artículo 137.2 de la LO 30/1992.

²⁹ Artículo 57, apartados 1 y 2 de la LO 4/2000.

³⁰ Artículo 57.7 a) de la LO 4/2000.

³¹ Mientras en la autorización judicial para la expulsión del extranjero es competente el juez de Instrucción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 b, en relación con el artículo 299 de la LECrim., el órgano de enjuiciamiento lo es para la expulsión vía sustitución de la pena privativa de libertad. Por eso, la expulsión administrativa se tiene que autorizar por el instructor antes de la apertura del juicio oral y la expulsión por los cauces de la sustitución de la pena a partir de la sentencia o en auto posterior a la misma.



rechos básicos del imputado —se presume su inocencia—, a expensas de criterios ciertamente arbitrarios de la Administración.

La estrategia de defensa en este procedimiento penal no era otra que conseguir su libertad y subsidiariamente su expulsión lo más rápidamente posible —obviamente contando con la anuencia del ciudadano extracomunitario—, toda vez que la expulsión administrativa llegaría más tarde o más temprano debido a que se encontraba irregularmente en territorio español, y de este modo se ahorraría meses o incluso más de un año de prisión preventiva indebida. No obstante, la Administración, como única legitimada, no ha solicitado la expulsión del ciudadano de nacionalidad chilena durante la fase de instrucción, sino que ha paralizado el expediente administrativo sancionador hasta que la sentencia sea firme. Ni a solicitud de parte ni de oficio se puede impulsar la expulsión de extranjeros en el procedimiento abreviado³², lo que supone que el Derecho Penal deje en un segundo plano la protección de los bienes jurídicos hipotéticamente vulnerados, para someterse a políticas de inmigración y de descongestión de los centros penitenciarios³³, con una auténtica enervación tácita del principio de presunción de inocencia con motivo de una expulsión administrativa, y la vulneración del derecho a la defensa del extranjero expulsado, al que se le que causa indefensión. Y por otro lado, tal y como se está realizando en la práctica por las autoridades gubernativas, se decide la tramitación de la expulsión administrativa por el cauce de la autorización judicial del juez instructor, bajo criterios ciertamente opacos de impulso del procedimiento administrativo sancionador de expulsión, conculcando la Constitución Española en cuanto a la interdicción de la arbitrariedad.

³² Tengamos presente el artículo 765.2 de la LECrim.: «En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el artículo 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la causa. Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el artículo 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia». Se autoriza al juez o tribunal competente para acordar que el extranjero se ausente del territorio español, bajo el cumplimiento de una serie de requisitos, y siempre que se derive de procesos que tengan que ver con el uso y circulación de vehículos a motor. No se puede comparar dicha autorización con la expulsión del territorio nacional, aunque se autorice la salida del territorio nacional por el instructor, sin que medie la Administración.

³³ SALVADOR CONCEPCIÓN, R., «La expulsión del extranjero como castigo penal», *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, 2012-2, pp. 112-116 (http://repositorio.ual.es/jspui/bitstream/10835/1902/1/Art_12_006.pdf).



IV. LA PETICIÓN SUBSIDIARIA DE PUESTA EN LIBERTAD DEL PRESO

4.1. PRÓRROGA TÁCITA DE LA PRISIÓN PROVISIONAL DESDE LA SENTENCIA CONDENATORIA

Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la ejecución provisional de la expulsión, se solicitó la puesta inmediata en libertad del ciudadano extracomunitario. ¿En qué condición está en prisión el condenado de nacionalidad chilena, si se ha acordado su expulsión?

Si la sentencia no es firme y por tanto no se puede ejecutar provisionalmente —tal y como sostiene el Juzgado de lo Penal—, a la sazón el reo no recurrente se encuentra en situación de prisión provisional. El mantenimiento de dicha situación procesal no se alude ni de forma indirecta en la mencionada sentencia, ni tampoco se establece el plazo de prohibición para regresar a territorio nacional, como consecuencia de la pena de expulsión, por lo que es evidente la falta de motivación de la resolución judicial en ambos sentidos³⁴, a pesar de que en el último caso se pueda alegar que este plazo se fijará en el oportuno expediente administrativo de expulsión, punto éste con el que no estoy de acuerdo, pues debería fijarse en la propia sentencia, puesto que es el órgano competente para sustituir la pena y fijar la prohibición de regreso a territorio español.

Por lo que se refiere a la procedencia de la puesta en libertad de mi mandante, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 528 de la LECrim., «la prisión provisional sólo durará lo que subsistan los motivos que la hayan ocasionado»³⁵. Pese al silencio del juzgador en cuanto al mantenimiento de la prisión provisional, huelga decir al respecto que la pena de prisión ha sido sustituida en sentencia por la expulsión del territorio nacional³⁶.

La expulsión del territorio nacional no aparece catalogada como pena en el elenco del artículo 33 del Código Penal, y lógicamente no puede ser considerada como una pena privativa de libertad, ya que el artículo 35 del Código sustantivo penal tampoco la recoge como tal: «son penas privativas de libertad la prisión, la

³⁴ CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 197-201.

³⁵ DAMIÁN MORENO, J.; *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009, pp. 176-177.

³⁶ STC 242/1994, de 20 de julio: «La sustitución de la pena privativa de libertad, supone que se paralice la potestad estatal de hacer ejecutado lo ejecutado». Se sustituye dicha pena en sentencia o en posterior auto motivado, y si el extranjero regresa a España en el periodo de prohibición, tendrá que cumplir la pena inicial de prisión, según dispone el artículo 89.4 del Código Penal. Por tanto, dicha paralización presupone el cese en la ejecución de la pena privativa de libertad y de prisión preventiva, que desde ese momento abandona su carácter esencial de medida cautelar para convertirse realmente en una pena innecesaria y dañina frente a los derechos fundamentales del condenado. Véase RIFÁ SOLER, J. M.; VALLS GAMBAU, J. F.; RICHARD GONZÁLEZ, M., *El proceso penal práctico: Comentarios, jurisprudencia, formularios*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 1646-1649.



localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa». De ello se desprende que al no tratarse de una pena privativa de libertad, se vulnera el derecho a la libertad del reo, toda vez que el requisito para acordar o prorrogar la prisión provisional parte de la existencia de una pena privativa de libertad o que presumiblemente la condena desemboque en una pena que lleve aparejada la privación de libertad. Así lo ha dispuesto el legislador en el artículo 503.1 y artículo 504, por lo que irremediablemente el mantenimiento tácito del juzgador respecto a la prisión provisional lesiona el derecho a la libertad dispuesto en el artículo 17.1 de la Constitución española.

Traemos a colación una reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional³⁷, en un supuesto idéntico al planteado en este apartado, y que hasta ese momento nunca había sido examinado en la jurisprudencia del antecitado tribunal. Pequeño botón de muestra es el fundamento jurídico tercero de la resolución, donde finalmente se otorga el amparo solicitado por considerarse que los autos impugnados han vulnerado el art. 17.1 de la Constitución española: «sin embargo, la Audiencia Provincial de Valencia no pondera, como le fue solicitado por el recurrente, el hecho de que la pena efectiva impuesta por la Sentencia fuera la expulsión del territorio nacional y que, en consecuencia, la prórroga de prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a la que queda circunscrita por el artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

«De este modo, como afirma el Ministerio Fiscal, la privación de libertad que sufrió el recurrente a partir del dictado de la Sentencia le supuso un perjuicio material no compensable y gratuito, que además no aparece justificado en los Autos recurridos en amparo, en los que la Audiencia se limita a afirmar su incompetencia para compensar o evitar el perjuicio que pudiera causarse, así como su imposibilidad de ofrecer una respuesta. No es ésta sin duda, una respuesta acomodada ni a las pautas normativas que la Ley establece ni a las exigencias constitucionales de motivación que, según nuestra doctrina anteriormente citada, deben cumplir las resoluciones judiciales que acuerdan o mantienen la prisión provisional».

Desde el mismo ángulo jurídico debemos enfocar el mantenimiento de la prisión provisional desde que se dicta la sentencia condenatoria, en lo concerniente a la prórroga implícita del juzgador. La literalidad del artículo 504.2 párrafo segundo de la LECrim. deja las puertas abiertas a la posible prórroga de la prisión provisional, hasta el límite máximo de la mitad de la pena impuesta. Circunscribiéndonos al supuesto concreto, se impuso al condenado no recurrente la pena de prisión de tres años, por lo que no se podría prolongar la prisión preventiva más allá de un año y seis meses³⁸. Pero como hemos insistido hasta la saciedad, esta norma no resulta de aplicación al caso concreto, porque debemos recordar que la pena privativa de libertad fue sustituida por la expulsión del territorio nacional.

37 *Vid.* sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 140/2012, de 2 de julio.

38 Para el cómputo de plazos de la prisión provisional, véase el artículo 504.5 de la LECrim.



Sin perjuicio de lo expuesto, la falta de motivación de la resolución judicial en lo relativo a la prolongación de la prisión provisional³⁹ sería más que suficiente para justificar un reproche a la citada sentencia y que se acordase la inmediata puesta en libertad no sólo del ciudadano extracomunitario sino también del ciudadano de nacionalidad belga, bajo el criterio de vulneración del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17.4 de la Constitución española, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de proporcionalidad y la seguridad jurídica.

La situación personal de los condenados requiere del juzgador una motivación individual para que proceda el mantenimiento de la prisión preventiva. No cabe una aplicación automática del artículo 504. 2 de la LECrim. o su mera suposición⁴⁰, por la necesidad de fundamentación jurídica ante los intereses que están en juego. El precepto no deja margen a la interpretación, y utiliza los términos «podrá prorrogarse» como acción en un sentido positivo que ha de efectuar el órgano de enjuiciamiento, lo que significa que ante una omisión en su pronunciamiento, en lo tocante a la prórroga de la prisión provisional, supondrá necesariamente la libertad del preso.

Y por eso, para el caso de que se acuerde por resolución judicial la prórroga, no basta con una mera alusión genérica a dicho inciso, sino que se han de ponderar las razones objetivas y subjetivas, para acto seguido comprobar si subsisten los «motivos que justificaron su adopción»⁴¹, es decir, el sustento fáctico y jurídico por el que se decretó en su día la medida cautelar. El juzgador *a quo* tiene ahora muchos más criterios para su decisión, «porque se aportan nuevos datos relativos a la personalidad del imputado o porque desde la intermediación propia del juicio oral se valoren de modo diferente los que ya constaban»⁴². Por tanto, la ausencia de motivación

39 El Tribunal Constitucional ha enfatizado las exigencias de motivación de toda resolución judicial desde tiempos pretéritos. GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso*, Colex, Madrid, 1990, pp. 141-149.

40 En este sentido, es pacífica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: STC 98/1998, de fecha 4 de mayo de 1998, STC 272/2000, de fecha 13 de noviembre de 2000 o STC 144/2002, de fecha 15 de julio de 2002, entre otras.

41 Artículo 504.1 de la LECrim.

42 STC 98/1998, de fecha 4 de mayo de 1998.



reforzada⁴³ es censurable, causándosele un perjuicio desproporcionado a los reos y que será difícilmente resarcible⁴⁴, sobre todo al preso no recurrente⁴⁵.

4.2. MANTENIMIENTO DE LOS REQUISITOS Y FINES DESDE EL AUTO QUE ACUERDA LA PRISIÓN PROVISIONAL HASTA LA SENTENCIA

La medida cautelar es del todo extemporánea y desproporcionada desde la sentencia de condena, porque además no se cumplen el resto de exigencias y fines que motivaron la adopción de la misma, según dispone el artículo 503, en relación con los artículos 504 y 528 de la LECrim., debido a la necesaria concurrencia de los siguientes requisitos para decretar la prisión provisional:

- 1.- Que existan indicios de la comisión de un delito o delitos, cuya pena máxima sea de dos años o más de prisión, o en su caso, con pena privativa de libertad de menor duración si el imputado ha sido condenado por un delito doloso y no se han cancelado o son susceptibles de cancelación sus antecedentes penales.
- 2.- Que existan indicios bastantes para creer responsable penalmente al sujeto.
- 3.- Que se persiga al menos uno de los siguientes fines:
 - a) Evitar el riesgo de fuga.
 - b) «Evitar la ocultación, alteración, de fuentes de prueba relevantes».
 - c) «Evitar que el imputado actúe contra bienes jurídicos de la víctima», haciendo especial hincapié en los familiares referenciados en el artículo 173.2 del Código Penal.

No obstante, bastará con la concurrencia de los ordinales 1 y 2, siempre y cuando exista riesgo de reiteración delictiva.

Una vez analizado el artículo, procederemos a su contraste con la resolución judicial, a los efectos de comprobar si realmente concurren los requisitos. Cuatro meses después de que se adoptase la medida cautelar, se interesó nuevamente la

⁴³ STC 27/2008, de fecha 11 de febrero de 2008, FJ 3: «El análisis de los defectos o insuficiencias en la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la adopción o el mantenimiento de la prisión provisional trasciende el deber genérico de fundamentación de las resoluciones judiciales para entrar en el más estricto de la fundamentación de las medidas restrictivas de libertad».

⁴⁴ LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E.; CARRILLO DONAIRE, J. A., *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 339 y ss. El artículo 121 de la Carta Magna reconoce el derecho a la indemnización a cargo del Estado, en los casos de error judicial y de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La remisión constitucional a la ley nos permite la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, concretamente al artículo 294, donde se incluye la prisión preventiva indebida como causa que puede dar lugar a indemnización siempre que se cause un perjuicio al reo. No obstante, el caso judicial concreto que estamos analizando no puede subsumirse en la norma, porque se requiere la absolución de los hechos imputados o bien que se haya dictado auto de sobreseimiento libre en la causa.

⁴⁵ Cfr. con los artículos 58 y ss. del Código Penal.

libertad provisional del ciudadano chileno. La resolución del instructor transcribió literalmente el auto que decretó en su día la prisión provisional (hasta tal punto que aparece la misma fecha en ambos autos), cuando todavía se iniciaba la investigación del posible delito. En la fecha de solicitud, la instrucción había avanzado y se conocían nuevos datos trascendentales gracias a la colaboración de los imputados, por lo que no se puede admitir que una resolución judicial acuerde una medida excepcionalísima y prive a un individuo de un derecho tan importante como el derecho a la libertad, sin el más mínimo argumento. Como se dijo en su día, puede que hubiese razones que justificasen la adopción de la prisión provisional, pero en la fecha en la que se interesó la libertad provisional ya no había motivos para que se mantuviera. Y si los hubo, se solicita que por parte del juzgador los exponga, y rebata los motivos alegados por la defensa del imputado y que seguro eran suficientes para que se acordase una medida menos gravosa que la prisión provisional.

Retrotraigámonos al auto que adoptó en su día la prisión provisional comunicada y sin fianza de mi representado, por un supuesto delito de robo con violencia e intimidación tipificado en los arts. 242.1 y 242.3 del Código Penal. De la fundamentación jurídica del auto que acuerda esta excepcionalísima medida cautelar se deduce que la adopción de la misma se basa en la concurrencia de los requisitos 1 y 2, del apartado 1 del art. 503, conjuntamente con el del apartado 2, del mismo art. 503. O más bien al revés, puesto que fundamentar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en la causa del art. 503.2 de la LECrim. exige necesariamente la concurrencia de las causas recogidas en los art. 503.1.1 y 2.

Nos referimos al hecho de que «... podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1 y 2 del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos»⁴⁶. Lo que conocemos como reiteración delictiva. Es en la reiteración delictiva en lo que se basa el auto que acuerda la medida de prisión provisional, mezclándola de manera tangencial con el riesgo de fuga. Los razonamientos que siguen no podemos compartirlos.

Afirma el instructor que concurre dicho riesgo de manera evidente, porque «no consta que tenga el detenido modo de subsistir siendo más probable que su modo de vida sea el dedicarse a delitos de esta naturaleza». Más adelante, se vuelve a pronunciar en los siguientes términos: «... la medida de prisión es necesaria puesto que si no ingresa en prisión es previsible que se sustraiga a la acción de la justicia o vuelva a cometer un delito semejante. Es adecuada esta medida para el fin perseguido puesto que mientras se encuentre en prisión no puede reincidir en su conducta delictiva...». Obviamente no podemos compartir estos criterios⁴⁷.

¿Se ha cumplido esta finalidad? Entendemos que sí, puesto que nunca existió riesgo de reiteración delictiva, y por tanto no existe ahora ni existirá en el futuro. Se

⁴⁶ Art. 503.2.

⁴⁷ En todo caso, es realmente criticable la escasez de alternativas a esta medida cautelar que sean menos gravosas, como se expone en GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos fundamentales en el proceso*, Colex, Madrid, 1990, pp. 205 y ss.





llega a esta conclusión sin el más mínimo sustento fáctico, y además con base en un juicio de probabilidad de la comisión de algún hecho delictivo en el futuro, es decir, se está haciendo una previsión de futuro sin tan siquiera un mínimo dato periférico que fundamente dicha opinión subjetiva. No tiene antecedentes penales. La posibilidad de una reiteración delictiva es nula. Carece de anteriores condenas, no pudiendo por ello hablarse de una previa y anterior vida delictiva del mismo. Ni de lo actuado puede colegirse razonablemente, sin más, y por la presuntiva comisión de los hechos objeto de diligencias penales, una reiteración delictiva. La previsión de futuro subjetiva que se ha argumentado para acordar la prisión provisional⁴⁸ conculca el principio de presunción de inocencia, máxime cuando la fundamentación esgrimida se basa en una evidencia general y del todo punto inmotivada en el supuesto concreto a tratar: «... mientras se encuentre en prisión no puede reincidir en su conducta delictiva...».

La jurisprudencia también se ha hecho eco de esta cuestión. Entre otros, el auto de la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Girona de fecha 11 de febrero de 2005, en su fundamento de derecho segundo: «debe tenerse en cuenta, además, que el que haya podido dedicarse a una misma actividad delictiva durante un tiempo obteniendo fácilmente beneficios económicos no constituye un elemento en que sustentar el riesgo de que continúe ejerciéndola, puesto que precisamente si ello ha podido ser así es porque no se ha visto descubierto en el ejercicio de tal actividad, de forma que, por el contrario, resulta más lógico pensar que una vez descubierta no seguirá desarrollándola, siendo, evidentemente, en caso de constatarse que esa imputación no sirviera eficazmente para hacerle desistir de sus presuntas actividades delictivas, cuando podría presumirse legítimamente un peligro de reiteración delictiva».

El riesgo ahora contemplado, si bien no deja de ser un pronóstico de comportamiento delictivo, necesariamente ha de tener su causa en hechos y comportamientos anteriores a la instrucción, ya que en caso contrario estaríamos aceptando una medida cautelar excepcional «a prevención», lo que no es admisible, o bien condenando al imputado en la fase de investigación del delito a una pena anticipada⁴⁹ por meros indicios y atribuyéndole a la instrucción potestades intrínsecas al órgano de enjuiciamiento⁵⁰.

Respecto al riesgo de fuga, el Juzgado de Instrucción manifestó que «en el presente caso es evidente que concurre el riesgo de fuga, puesto que el denunciado carece de arraigo, y la especial gravedad de la pena impuesta hace pensar que si no se procede a su inmediato ingreso en prisión se sustraerá a la acción de la justicia, no constanding que tenga dinero, ni trabajo, y teniendo en cuenta que se encuentra en España en situación ilegal». Más adelante, se vuelve a pronunciar en los siguientes

⁴⁸ DAMIAN MORENO, J.; *El Derecho y su garantía jurisdiccional (Estudios y comentarios de Derecho Procesal)*, Reus, Madrid, 2009, pp. 176-178.

⁴⁹ Sobre la prisión provisional y pena anticipada, véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P., *La prisión provisional (a partir de las Leyes 13/2003, de 24 de octubre y 15/2003, de 25 de noviembre)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pp. 50-54.

⁵⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La prisión preventiva, ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?», *La Ley: Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1984-2, pp. 1056-1059.

términos: «si no ingresa en prisión es previsible que se sustraiga a la acción de la justicia o vuelva a cometer un delito semejante». Sobre estos juicios subjetivos de circunstancias futuras, ya nos hemos manifestado antes.

¿Subsiste alguno de los fines dispuestos en el apartado 3.º del artículo 503 de la LECrim.? La respuesta es no. Veamos los posibles motivos para mantener la prisión provisional, alguno de los cuales ni tan siquiera han sido recogidos en el auto por el que se adoptó la prisión provisional:

«Asegurar la presencia del imputado en el proceso»⁵¹ y «evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba»⁵². Respecto a estos puntos, el condenado ha estado presente en el juicio oral y desde su detención se encuentra en prisión provisional, por lo que no ha podido, en su caso, destruir, alterar u ocultar pruebas. ¿Hay riesgo de fuga?, ¿de que huya hipotéticamente a su país de origen? Recordemos que el condenado es quien ha solicitado la sustitución de la pena de prisión por su expulsión.

«Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima»⁵³ y cuando concurren los requisitos de los ordinales 1.º o 2.º del art. 503 de la LECrim., para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos»⁵⁴. Por razones obvias, no haremos hincapié en este punto —no mencionado en el auto que acordó la prisión provisional—, ya que es el propio órgano de enjuiciamiento quien ha acordado la expulsión del condenado. Procediéndose a la ejecución provisional de la expulsión, no ha lugar a que dicha hipótesis se produzca.

V. CONCLUSIONES

No se ha recurrido la sentencia por el condenado, e invariablemente su expulsión será acordada. Mantenerlo por más tiempo en prisión provisional a la espera de la resolución de un recurso de apelación que ni él ha interpuesto y al cual ni tan siquiera se ha adherido presupone que estamos en presencia de una serie de dilaciones indebidas que causan un perjuicio al reo. No ha sido condenado a una pena de prisión sino que dicha pena ha sido sustituida en sentencia por su expulsión del territorio nacional. Sin embargo, y de persistir esta situación, cumplirá una duplicidad de condenas, es decir, una pena de prisión innecesaria desde que ha prestado su conformidad con la sentencia al no formular recurso, y a posteriori, su expulsión. Y por si fuera poco, recordemos el tiempo transcurrido desde su ingreso en prisión, que asciende a más de un año y cuatro meses, por lo que ya prácticamente podría acogerse a beneficios penitenciarios, de ejecutarse la resolución judicial en cuanto a los tres años de prisión impuestos.

⁵¹ Art. 503.1.3.º a de la LECrim.

⁵² Art. 503.1.3.º b de la LECrim.

⁵³ Art. 503.1.3.º c de la LECrim.

⁵⁴ Art. 503.2 de la LECrim.



Tengamos en cuenta que el artículo 3 del Código Penal es el principal escollo para la ejecución provisional de la expulsión del territorio nacional, ya que impide la ejecución de las penas o medidas de seguridad hasta que la sentencia adquiera firmeza. En este contexto, el precepto se torna un tanto descafeinado puesto que el artículo 861 bis b) de la LECrim., en concordancia con el artículo 141 del mismo Código ritualario, permite la ejecución provisional de la resolución judicial en lo referente al procesado no recurrente en el recurso de casación. Esta excepción a la regla general colisiona frontalmente con el principio de igualdad, ya que, dependiendo de la instancia procesal, el condenado tendrá derecho o no a la ejecución provisional de la pena. Conformándose con la sentencia, desaparece el conflicto jurídico existente, por lo que no tiene sentido mantener por más tiempo una situación que causa un perjuicio irreparable al reo, toda vez que no ha sido condenado a una pena de prisión ya que ha sido sustituida por la expulsión. Esta situación supone, como en el caso objeto de análisis, que se prolongue la prisión provisional cuando no se cumple el apartado 1 del artículo 503 de la LECrim.; no estamos ante una pena de prisión: el procesado no recurrente seguirá en prisión preventiva, a expensas de la mayor o menor celeridad del Tribunal *ad quem*.

Ante la equívoca normativa imperante, ha de prevalecer el principio de legalidad y las garantías del sujeto. Como el artículo 861 bis b) no ha sido declarado inconstitucional hasta la fecha, se tendrán que salvaguardar con cautela los derechos del ciudadano, y se ha de ejecutar provisionalmente la sentencia o necesariamente se ha de proceder a la inmediata puesta en libertad del extranjero.

Por eso, y en aras de una mayor seguridad jurídica, sería imprescindible la inclusión de la ejecución provisional de la pena o medida de seguridad, tanto en el artículo 3 del Código Penal como en los artículos 988 y 141 de la LECrim., y la ineludible derogación del artículo 861 bis b) del Código Ritualario. De esta manera, se resolvería también el conflicto entre el orden jurisdiccional penal y la potestad sancionadora de la autoridad gubernativa, prevaleciendo el criterio judicial y las garantías más elementales del extranjero, que podrá ser expulsado en cumplimiento de una sentencia que se ejecuta provisionalmente.

También sería recomendable la modificación de los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000, con el objetivo de limitar y concretar en mayor medida la potestad sancionadora de la Administración frente al imputado y delimitar su discrecionalidad, estableciendo criterios mucho más restrictivos y tendentes a paralizar el procedimiento administrativo hasta la resolución judicial pertinente, respetándose la prejudicialidad penal. A pesar de que se exige autorización judicial para que se proceda a la expulsión del extranjero en fase de instrucción, lo cierto es que debido a las genéricas alusiones del precepto es muy difícil que no se acuerde su expulsión. El juez competente se ve limitado en casos como el investigado, donde ante la inactividad de la autoridad gubernativa no puede impulsar de oficio el procedimiento sancionador, y sin lugar a dudas el principal perjudicado que no es otro que el extranjero, se encuentra en una absoluta situación de indefensión tanto en el procedimiento sancionador como en la causa criminal.

