

Luis Fernández Arévalo

Fiscal de Vigilancia Penitenciaria y Extranjería de Sevilla

Ejecución de la expulsión judicial sustitutiva y pluralidad de causas penadas y en su caso preventivas penitenciariamente activas

PREÁMBULO.

La personalidad y la figura pública y privada de don Francisco BUENO ARÚS son tan polifacéticas que sería difícil abarcar las diferentes áreas donde se proyectó: familia, amistad, estudio, asesoría, gestión, docencia, academia, universidad, publicaciones, conferencias, bibliografía, iniciativas legislativas...

Sin embargo, su pensamiento y actividad siempre pretendió tomar como punto de referencia una premisa, tanto en su proyección penitenciarista como en todas las demás facetas de su actuación pública: *el Derecho es, y debe ser, una herramienta al servicio del ser humano, y no al revés*. Rehuyó todo “*diletantismo*” jurídico, sin renunciar jamás al rigor de la vigencia del Estado de Derecho, al que siempre sirvió, si bien –y sé que esta apostilla le hará sonreír donde se encuentre–, inspirado en cierta tendencia de iconoclastia nacida de su sentido de la ironía y de crítica a todo lo que resultara hueco y fariseo.

Hay una faceta que no debe olvidarse y que me siento en el deber de recordar: su papel formador y asesor de la jurisdicción penitenciaria, a la que tanto dedicó y amó, en sus nacimiento y en su crecimiento y desarrollo. Las conclusiones de los Jueces de Vigilancia penitenciaria, los criterios conjuntos de actuación, su sistematización, son algo impensable sin su presencia respetuosa y respetada, siempre magistral y tutora. La formación de los jueces y fiscales de vigilancia penitenciaria de los años 80, 90 y de principios del siglo XXI está inexorablemente atada a su persona.

Sirvan estas palabras de emocionado recuerdo y agradecimiento al Maestro.

1. MATERIALIZACIÓN DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA PENAL INDIVIDUAL.

1.1. La situación legal anterior a la LO 19/2003.

Hasta el año 2003 no se contempló ninguna regulación específica que abordara la ejecución de la expulsión judicial sustitutiva. La redacción del art. 89 CP –tanto su redacción originaria, como la introducida por la LO 8/2000, de 22 de abril, o la introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre– no contemplaba disposición alguna reguladora de la ejecución de la expulsión judicial sustitutiva, lo que suscitaba un problema de soluciones complejas. A diferencia de la detallada regulación contemplada en la normativa administrativa de extranjería –LOEX y RELOEX– en relación con el modo de llevar a efecto la expulsión gubernativa, donde se contemplaba la posibilidad de detención e internamiento –arts. 62 a 64 LOE–, el Código Penal nada había establecido al respecto.

En consecuencia, debían proyectarse las normas contenidas en el sistema general de ejecución, que determinaban que correspondía la tarea de hacer ejecutar lo juzgado al Juez o Tribunal que dictó la sentencia en primera instancia –art. 984 a 986 LECr–, y que *“corresponde al Juez o Tribunal a quien el presente Código impone el deber de hacer ejecutar la sentencia, adoptar sin dilación las medidas necesarias para que el condenado ingrese en el establecimiento penal destinado al efecto, a cuyo fin requerirá el auxilio de las Autoridades administrativas, que deberán prestárselo sin excusa ni pretexto alguno”* –art. 990-II LECrim.

Las dificultades de la ejecución de la expulsión judicial se iniciaban a partir de ese punto, respecto de la que nada se regulaba, pudiendo afirmarse en defecto de legislación explícita y directa que el modelo de ejecución de la expulsión judicial debería partir de dos premisas: la primera, que si el reo estuviera preso debería mantenerse la situación personal, requiriéndose a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación para que activase las medidas necesarias en orden a materializar la expulsión; y la segunda, que si el reo estuviera en libertad podría acordarse el internamiento, ya fuere en Centro Penitenciario, ya en un CIE, con un plazo de internamiento temporalmente limitado, que en ningún caso podría exceder de 40 días establecido en la legislación de extranjería como límite válido para entender o no materializable la expulsión –plazo que actualmente se ha elevado como es sabido a 60 días por la reforma de la LOE de 2009–.

1.2. La solución de la Ley Orgánica 19/2003.

La cuestión comenzó a resolverse legislativamente en la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la LOPJ, que contenía una Disposición Adicional, la 17ª, sobre comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros. En concreto, su párrafo primero establecía –y mantiene su vigencia– que *“los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivar, si*

procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de incoación del correspondiente expediente sancionador.” Y a renglón seguido, su párrafo segundo estableció que “igualmente, comunicarán las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, 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. 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.”

Esto es, para la ejecución de la expulsión se contemplaban los siguientes trámites:

En primer lugar, que el Tribunal debería comunicar a la Autoridad Gubernativa la sentencia en las que se hubiera acordado la expulsión. Aunque no lo dijera, esto debería articularse a través de la oportuna comunicación a la Brigada –Provincial o Local– o Grupo de Extranjería territorialmente competente, librando la oportuna orden de detención si el reo estuviera en libertad, cuando habiéndose citado al reo una vez adquirida firmeza la sentencia éste no compareciere.

En segundo lugar, el Tribunal –que no la sentencia, como erróneamente dispone el texto legal–, ordenaría el internamiento del reo y la ejecución de la pena privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. Ello no obstante, la Circular FGE 2/2006 admitió la posibilidad del emplazamiento para cumplimiento voluntario por el reo dentro de un plazo máximo de 72 horas,

Y finalmente, tras el internamiento en su caso, y el inicio de la ejecución de la pena, la autoridad gubernativa debería 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 impidiera, que debería ser comunicada a la autoridad judicial. Dicho plazo representaba un plazo inferior al de los 40 días que originariamente marcaban el límite máximo del internamiento, que tras la reforma de la LOEX introducida por LO 2/2009 pasó a ser de 60 días.

De lo anterior se desprendía que transcurrido este plazo de 30 días sin haberse materializado la expulsión, habría de entenderse salvo causas excepcionales justificadas que la expulsión no sería materializable, con lo que regiría el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas. Pero conviene subrayar que la imposibilidad de materialización de la expulsión en el plazo de 30 días no conllevaba ni entonces ni conlleva actualmente de una manera automatizada la imposibilidad de ejecución de la expulsión, pues se salvaba y se sigue exceptuando el supuesto de causas justificadas que la impidan, debe entenderse en ese plazo, pero no posteriormente.

1.3. La situación tras la reforma del Art. 89 CP introducida por LO 5/2010, de 22 de junio.

La reforma de la LO 5/2010 introdujo la novedad de incluir en sede del art. 89 CP una norma específica sobre las medidas de ejecución de la expulsión, pero lo hizo con una curiosa técnica definitoria de qué hacer si el reo no estuviere privado de libertad, silenciando qué hacer cuando sí lo estuviere.

1º. El supuesto de que el penado no se encuentre privado de libertad. A este respecto, el art. 89.6-I CP señala que *“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, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.”*

En relación con este precepto ello quiere decir que cabe el internamiento cautelar en CIEx por plazo de 60 días, lo que en la práctica no deja sin efecto la previsión de la Circular FGE 2/2006 del cumplimiento voluntario, pues los términos utilizados son facultativos –*“podrá acordar”*–, y en puridad dejan abierta la posibilidad de aplicación de la Disposición Adicional 17ª de la LO 19/2003 a criterio del Juez o Tribunal. Lógicamente, subsiste el mandamiento de expulsión dirigido a la Autoridad gubernativa a través de las Brigadas y Grupos de Extranjería, que disponen de un plazo máximo de 60 días para la materialización, y caso de imposibilidad entrará en juego el art. 89.6-II CP, conforme al cual *“en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, 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.”*

2º. El supuesto de que el penado se encuentre privado de libertad. A este respecto por exclusión entra en juego ante el silencio del art. 89 CP la Disposición Adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, ya examinado, con vigencia de los pasos ya examinados, a saber:

En primer lugar, comunicación por el Tribunal a la Autoridad gubernativa de la sentencia que acuerda la expulsión, y aunque se silencia, orden o mandamiento de materialización, con expresión del lugar de internamiento.

En segundo lugar, mandamiento de penado con eventual liquidación judicial de condena por un plazo de 30 días periodo durante el cual la autoridad gubernativa puede materializar la expulsión; transcurrido este plazo, salvo causas excepcionales debidamente justificadas que la expulsión no es materializable, con lo que regirá el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas.

A este respecto, llama poderosamente la atención el desconocimiento de la previsión contenida en la DA 17ª de la LO 19/2003 en la STC 140/2012, de 30 de julio, al cuestionar y declarar inconstitucional la prórroga de la prisión provisional del acusado hasta la mitad del tiempo de la condena impuesta, que era de prisión y multa, habiéndose sustituido la prisión por expulsión. Al analizar si la

adopción de la prisión provisional con fundamento en el art. 503.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, cumplió con las exigencias constitucionales de ajustarse a los fines constitucionalmente admisibles, y con el canon de motivación reforzada exigible. La STC advierte que la sentencia y el auto de prórroga razonaron la individualización de la pena, pero objeta que “*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 la prisión provisional excediera el marco de las penas privativas de libertad a las que queda circunscrita por el art. 504 de la Ley de enjuiciamiento criminal.*” Este pasaje merece severas críticas, ya que en primer lugar la expulsión no es una pena; en segundo lugar, porque la pena de prisión aparece en el fallo condenatorio de la sentencia como medida penal que se sustituye, pero que se antepone a la expulsión; y finalmente, y para colmo, si el reo está preso como le sucedía al recurrente, la expulsión no es lo primero que se materializa, pues “*en estos casos, 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.*” Así, en los casos de recursos, la pena de prisión sí aparece señalada en la sentencia y precedería a la expulsión que la sustituya; y caso de firmeza la pena de prisión será lo primero que se ejecuta, antes que la expulsión misma, según DA 17^a-II lo 18/2003, si el penado está privado de libertad, y así lo corrobora la dicción literal del art. 89.6-I CP –“*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***”.

2. IMPOSIBILIDAD DE MATERIALIZACIÓN DE LAS EXPULSIONES JUDICIALES SUSTITUTIVAS.

Conforme al art. 89.6-II CP, “*en todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, 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.*”

Desaparece el equívoco representado por la redacción anterior del art. 89 CP, que disponía que en estos casos se procedería al cumplimiento de la pena, suscitando el problema de si la expresión “cumplimiento” implicaba necesariamente el cumplimiento material de la pena en un centro penitenciario; la respuesta afirmativa podría concluirse del uso del propio término de cumplimiento, reservado generalmente en el sistema tradicional de ejecución de penas a lo que constituye la actividad penitenciaria derivada del internamiento del sentenciado en un centro penitenciario.

No obstante, la respuesta debía entenderse necesaria e inequívocamente como negativa, ya que por cumplimiento debemos entender en este precepto concreto el régimen general de ejecución: si la materialización de la expulsión no ha tenido lugar, la negativa de acceso al sistema general de suspensiones y al propio de

sustituciones comunes del art. 88 CP constituiría una desigualdad injustificable, al menos respecto de las penas que no excedan de dos años de prisión. El Tribunal Constitucional había sancionado ya esa interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril, al establecer que *“el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España”*.

3. EL CONCURSO DE PENAS.

Examinado el sistema de ejecución de la expulsión judicial sustitutiva como medida penal a título individual, el problema se agrava en los supuestos de concurso de expulsión judicial con otras penas y de medidas penales privativas de libertad, y aun con ciertas penas privativas de derecho, como el caso de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Examinaremos primero la posibilidad de concurso de penas privativas de libertad, y en segundo lugar el concurso de pena y medida cautelar de prisión preventiva, lo que presupone necesariamente el examen si quiera sea somero de las reglas generales del concurso de penas.

Respecto de los supuestos de concurrencia con penas de trabajo en beneficio de la comunidad pendientes de cumplimiento, prescindiremos de un análisis individualizado, si bien conviene dejar expresa constancia de que rigiendo las reglas generales de ejecución, ni cabe su suspensión ni su sustitución, lo que haría aconsejable una reforma legislativa que contemplara la renuncia a su ejecución en supuestos de concurrencia con medidas de expulsión.

En lo que atañe a su concurrencia con causas penales en fase activa de tramitación sin sentencia, evidentemente la cuestión es resuelta a través del cauce del art. 57.7.A) LOEX.

3.1. Principios de cumplimiento simultáneo y de cumplimiento sucesivo.

La problemática del concurso real de penas toma como premisa inicial de solución la vigencia de dos principios: el de cumplimiento simultáneo y el de cumplimiento sucesivo.

El principio de cumplimiento simultáneo aparece definido en el art. 73 CP: *“al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas”*. Esta posibilidad cabe generalmente en penas heterogéneas, y así la posibilidad de cumplimiento simultáneo de penas privativas de libertad y de penas privativas de derecho queda abierta, e incluso avalada legalmente en el art. 57.1-II CP para el caso de las penas de alejamiento en sus diversas modalidades cuando son impuestas como accesorias a ciertos delitos en caso de concurso con penas de prisión.

Pero como no es posible el cumplimiento simultáneo de dos o más penas de prisión –aunque sin duda todos los penados en quienes se diera esta situación de pluralidad de condenas lo verían no sólo con simpatía, sino como algo muy deseable–, entra en juego el principio de cumplimiento sucesivo, que aparece enunciado en el art. 75 CP, conforme al cual “*cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.*”

3.2. La refundición material de condenas.

El cumplimiento sucesivo de las penas privativas de libertad es así la regla, pero no deja de suscitar problemas prácticos, que nacen del hecho de que siendo el cumplimiento de la pena causa de extinción de la responsabilidad criminal –art. 130 CP–, la llegada del término de cumplimiento de una pena de prisión extingue la responsabilidad respectiva determinando el inicio de cumplimiento material de la siguiente pena de prisión, en los términos del art. 75 CP y de la observancia y vigencia de las respectivas liquidaciones o cómputos judiciales de condena. El tema se complica pues la concesión de beneficios penitenciarios –permisos de salida, en determinados casos el acceso al tercer grado, y finalmente la propia concesión de libertad condicional– viene condicionado por unos requisitos entre los que destaca el cronológico derivado de un determinado cálculo de la fase de cumplimiento de penas. Así, 1/4 los permisos, 1/2 el tercer grado en caso de aplicación del periodo de seguridad, 3/4 y en su caso 2/3 y 1/2 la libertad condicional. La existencia de estos cálculos temporales determinan la existencia de unos cómputos parciales que imponen una unidad de ejecución de las distintas penas privativas de libertad, pues de no contemplarse, el cumplimiento sucesivo de las penas determinarían su repercusión individualizada en cada una de las penas de prisión liquidadas. Por otro lado, la posibilidad de supervenencia sucesiva de penas determina problemas prácticos de aplicarse mecánicamente la previsión de cumplimiento sucesivo según orden de gravedad, ya que la recepción de mandatos de ejecución de penas de prisión de cuantía mayor que las existentes obligaría a constantes reajustes en los que las leyes no han determinado si debe paralizarse el cumplimiento de una pena anterior de inferior cuantía para dar paso a la anterior, ni si el tiempo ya cumplido de la primera debe transferirse o no a la segunda o sucesiva. Para resolver estos problemas la práctica penitenciaria ha impulsado la creación de la figura conocida como refundición material de penas o de condenas.

3.2.1. El enlace administrativo y judicial de condenas.

La refundición material de penas o de condenas toma como premisa la supervenencia de segunda y sucesivas responsabilidades, cuyo cómputo inicial respectivo se enlaza como siguiente al día del término de la responsabilidad precedente. Las liquidaciones judiciales toman así como día inicial el siguiente al del término virtual de la responsabilidad precedente, según comunicación de la Dirección del Centro Penitenciario. Esta fase preliminar parte de la pluralidad de penas individualmente consideradas.

3.2.2. La refundición material de las penas propiamente dichas.

Seguidamente, la Oficina de Gestión del Centro Penitenciario correspondiente elabora un proyecto de refundición que toma como día inicial del cómputo el de la primera pena, y como término final el de la última, expresando los períodos de prisión preventiva abonables, que se eleva al Juzgado de Vigilancia penitenciaria para su aprobación, acompañado de la documentación adverativa correspondiente –los correlativos mandamientos de penados, testimonios de sentencias y liquidaciones judiciales de condena, básicamente.

El Juzgado de Vigilancia penitenciaria es competente para su aprobación en los términos del art. 76.1 y 2.a) LOGP, y previo informe del Fiscal, aprobará en su caso el proyecto de refundición en virtud de auto motivado, remitiendo los correspondientes testimonios a la Dirección del Centro Penitenciario y a los correspondientes Juzgados y Tribunales sentenciadores para su constancia e incorporación a las Ejecutorias de su razón. El auto será recurrible en los términos de la DA 5ª LOPJ, siendo susceptible de apelación conforme al apartado 2, por ser materia de ejecución de penas.

La regulación en que se apoya esta figura de ejecución penal y penitenciaria toma por base el art. 193 RP, que dispone que “*para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas: 2ª Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total*”. En relación con este precepto conviene significar que la previsión puede ser criticada por la insuficiencia de su rango normativo, ya que en la práctica viene a corregir lo establecido en los arts. 75 y 130.2 CP, y además por cuanto los efectos de su aplicación trascienden de los simples efectos de la libertad condicional para extenderse a evitar el licenciamiento de cada pena conforme a la liquidación inicial de condena judicialmente aprobada por el Juez o Tribunal sentenciador, y por surtir efectos además de en materia de libertad condicional a efectos de permisos; en cambio, no surte efectos en orden a eventual período de seguridad en materia de clasificación sobre la totalidad de las penas. Un sector actualmente minoritario excluye la refundición en caso de penas sobrevenidas tras revocación de libertad condicional, ya que revocada la libertad condicional, debe cumplirse el periodo pendiente de la pena o de las penas sobre las que se concedió el beneficio –art. 93 CP–, por lo que la refundición de penas sobrevenidas vedaría el acceso de las mismas a una eventual concesión de la libertad condicional.

El Tribunal Constitucional ha examinado esta figura en ATC 274/97, de 16 de julio, con relación al *derecho a la tutela judicial efectiva* consagrada en el art. 24.1 CE. Establece que la decisión de rectificación de una refundición adoptada por el JVP, y ratificada por la Audiencia Provincial, no atenta a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, porque la resolución aprobando una refundición de condena no es, por su propia naturaleza, intangible. Las refundiciones de condenas no son inamovibles; están sometidas a las alteraciones que sobre ellas produce el tiempo y, singularmente, las nuevas circunstancias que en su transcurso pueden producirse, como nuevos hechos delictivos por los que el afectado es condenado

(aumento de la duración) o la adquisición de beneficios penitenciarios (disminución). Siendo ello así, es evidente que no producen los efectos de la cosa juzgada, en cuyo respeto se encuentra el fundamento de la doctrina del TC sobre el derecho a la tutela judicial efectiva consagrada en el art. 24.1 CE, y la imposibilidad, desde su perspectiva, de modificación de toda decisión judicial que ha adquirido firmeza.

3.3. La fijación del máximo de cumplimiento efectivo de la condena como excepción al principio de cumplimiento sucesivo hasta cumplir la suma aritmética: Art. 76.1 CP.

La fijación del máximo de cumplimiento de condena no es una excepción al cumplimiento sucesivo, pero sí al cumplimiento sucesivo hasta el cumplimiento de la suma aritmética de penas. Aparece en el art. 76.1 CP que establece que *“no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:*

- a) De veinticinco años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta veinte años.*
- b) De treinta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años.*
- c) De cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a veinte años.*
- d) De cuarenta años cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XVII del Libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a veinte años”.*

En relación con este precepto hay que señalar:

En primer lugar, que el máximo de cumplimiento efectivo de condena constituye una regla especial respecto del principio de cumplimiento sucesivo de las penas, que conlleva una reducción de su suma aritmética conforme a reglas de derecho: sea el triple de la más grave, o subsidiariamente y de ser más favorable, un límite legal que puede ser general (20 años) o especiales (25, 30 ó 40).

En segundo lugar, que conforme a la llamada doctrina *Parot*, sentada por la STS 197/2006, de 28 de febrero, y otras sucesivas, el triple o el límite legal no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, con lo que se desdice de la jurisprudencia anterior que afirmaba que la mal llamada acumulación o refundición judicial de condenas determinaba la existencia

de una nueva pena que venía a sustituir a las anteriores. La dicción literal de esta regla en los sucesivos textos normativos no deja dudas: las penas se cumplen sucesivamente, hasta alcanzar el máximo, quedando extinguidas las que procedan una vez que las ya cumplidas hayan alcanzado dicho máximo, tal como dice el art. 76 CP. Así, pierde todo su sentido la denominación tradicional de refundición, pues refundir quiere decir volver a fundir, esto es, reconvertir en unidad una pluralidad de entes que originariamente fueron unidad, siendo lo cierto que jamás preexistió una unidad; en la decisión de fijación de un máximo de cumplimiento, ni las penas originarias son de origen una sola, ni la decisión de fijación del máximo las transmuta en una pena única, sino que en virtud de reglas de derecho se establece un término que determina la extinción de responsabilidades criminales concurrentes. Como atinadamente señala la STS 197/2006, al criticar el uso de esta terminología, *«aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho»*.

El art. 76.2 CP señala que *«la limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo»*.

4. LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE MEDIDAS PENALES.

Ahora ya se puede abordar la problemática de la concurrencia de la expulsión con penas privativas de libertad. Como punto de partida común debemos recordar una premisa, que fue acertadamente formulada en la conclusión Décimo Sexta de la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, conforme a la cual cuando concurren diferentes resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario, la pena sustituida por la expulsión pierde su naturaleza deviniendo heterogénea e imposible de refundir con las restantes penas de prisión por las que hubiera sido condenado. En consecuencia, para poder proceder a la ejecución de una expulsión habrá que aguardarse al cumplimiento de las penas refundidas o, en su caso, a la sustitución de aquellas de conformidad con el apartado 5 del artículo 89 CP (expulsión parcial de la condena). De aquí se desprenden varias conclusiones:

1ª.- La doctrina indicada admite que las expulsiones judiciales no devienen en de imposible materialización por el hecho de que deban aguardar al cumplimiento de penas privativas de libertad.

2ª.- Para proceder a su materialización deberán aguardar al cumplimiento material de las penas de prisión activándose si fuere factible su sustitución parcial. A ello podríamos añadir la anudación a la eventual salida del penado por razón de libertad condicional con autorización de salida de España.

3ª.- Haciendo una precisión terminológica a lo anterior, la ejecución de tales expulsiones debe permanecer activada, con independencia de que su materializa-

ción quede aplazada. Al igual que el cómputo de la segunda pena de prisión queda aplazado, en casos de pluralidad, pero la sentencia se está ejecutando, dada la vigencia de un mandato de retención y custodia previo al propio inicio de su cumplimiento material.

4.1. Expulsión acordada por un Tribunal en supuestos de refundición material de penas o de condenas.

La atribución competencial del incidente de refundición material de penas o de condenas al Juez de Vigilancia no permite concluir de lege data la absorción de su competencia para acordar una expulsión sustitutiva total, pues dicha resolución es instrumental como se ha visto al efecto de posibilitar una unidad de ejecución penitenciaria y procesal en cuanto al acceso a beneficios penitenciarios y penales –permisos de salida, eventual acceso a tercer grado y libertad condicional– durante el cumplimiento de la pena de prisión.

Así pues, actualmente la competencia de expulsión judicial sustitutiva en fase de ejecución es inequívocamente una competencia del Juez o Tribunal sentenciador que deberá ejercerse en los casos de penas de prisión refundidas causa por causa, por el Tribunal competente para la ejecución de la sentencia.

Derivadamente de lo anterior, la resolución de la aplicación de la expulsión sustitutiva corresponde al Juzgado o Tribunal que la acordó en su respectiva Ejecutoria.

Si la resolución del incidente sustitutivo es denegatoria de la sustitución o declarativa de la imposibilidad de su ejecución no se suscitan problemas, aplicándose las reglas generales.

Pero por el contrario, sí se suscitan problemas cuando el auto acuerda la sustitución, y analizaremos los pasos que seguidamente deberían proceder, acomodados todos a la premisa antes indicada enunciada en la conclusión decimosexta de la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado, ya examinada.

4.1.1. Remisión de testimonios por el Tribunal que acuerda la sustitución.

En este caso, el auto que acuerda la expulsión sustitutiva debe acordar la remisión de los siguientes testimonios:

En primer lugar a la Dirección del Centro Penitenciario para su incorporación al expediente, con mandamiento de libertad diferido al momento en que la Policía proceda a su excarcelación para materializar la expulsión.

En segundo lugar, a la Brigada o Grupo de Extranjería del territorio donde se ubique el Centro Penitenciario, con mandamiento de materialización de la expulsión.

Y en tercer lugar, si ya le constara la existencia de otras causas penadas penitenciarmente activas, parece aconsejable la remisión de testimonio al o a los Tribunales sentenciadores cuyas penas esté extinguiendo actualmente el penado, a los efectos de su constancia.

4.1.2. Actuaciones de Instituciones Penitenciarias.

La cuestión es abordada en la Orden de Servicio de 22 de mayo de 2012 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, de aplicación en los Centros Penitenciarios dependientes de la SGIP. Dicha Orden de Servicio lleva por rúbrica o título indicaciones relativas a la gestión de penados extranjeros. Señala en su punto 3.1ª que *“en el juego de la ejecución de la expulsión sustitutiva (art. 89.6 CP), la DA 173 LO 19/2003 –que parte de la privación de libertad– dispone que en el plazo de los 30 días siguientes a ordenarse, la expulsión deberá materializarse, salvo causas impositivas justificadas que se comunicarán al Tribunal. Tal sucede en el caso de que acordada una expulsión sustitutiva, existan causas penales activas. Para este caso:*

En primer lugar, se deberá comunicar por la Dirección del Centro al Tribunal que acordó la expulsión el extremo impositivo de la expulsión inmediata, dimanante de la existencia de causas penales activas concurrentes, acompañando informe de situación penal. En el mismo escrito se comunicará que en virtud de la sustitución queda sin efecto el cumplimiento de la pena sustituida, y que el penado queda retenido para ser expulsado una vez se acuerde la expulsión sustitutiva en las restantes causas penadas, o en su defecto sea excarcelado por razón de libertad definitiva o por razón de libertad condicional por dichas causas, en la que se propondría como regla de conducta su disfrute en su país de origen.

4.1.3. Conocimiento por el Tribunal que acordó la expulsión sustitutiva de la existencia de causas penales impositivas de la materialización y de la decisión paralizativa del cómputo: resoluciones factibles.

Conocido por el Tribunal el hecho de existencia de causas penales penadas penitenciariamente activas que impiden la materialización, lo que le puede venir por dación de cuenta de la Brigada o Grupo de Extranjería y además necesariamente por parte de la Dirección del Centro Penitenciario de destino del penado expulsado –pero respecto del que no se ha materializado la expulsión por vigencia de liquidaciones judiciales de penas en cumplimiento– la Institución Penitenciaria, como hemos visto, debe comunicar el extremo impositivo al Tribunal, haciendo constar que el cómputo de la pena sustituida queda paralizado, a la espera de poder materializar la resolución repatriativa articulándola con las decisiones que deberán adoptar los restantes tribunales, o vinculada a una libertad del reo, sean por licenciamiento de las restantes penas, o sea por razón de libertad condicional condicionada a regreso al país de origen.

El Tribunal tiene dos opciones: entender de imposible cumplimiento su expulsión, y ordenar el cumplimiento de la pena en los términos del art. 89.6-II CP, o por el contrario estar a la solución activada por Instituciones Penitenciarias, considerando que la repatriación es perfectamente posible, bien que queda aplazada a resoluciones complementarias de los restantes Tribunales o a la libertad –“salvo causas justificadas”, DA 17 LO 19/2003 *dixit*.

A estas dos posibles soluciones se refiere la Orden de Servicio de Instituciones Penitenciarias: *“Si el Tribunal no accede y ordena el cumplimiento de la pena, se*

procederá conforme al procedimiento general de varias condenas todas ellas a cumplir.

En segundo lugar, si el Tribunal accede a lo solicitado:

o/ Se participará la decisión a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, a la que se deberá comunicar con antelación suficiente la fecha de licenciamiento o la fecha de efectos de libertad condicional para que se gestione plan de viaje que posibilite la materialización efectiva.

o/ Se comunicará por la Dirección del Centro al Tribunal que impuso la pena no sustituida la resolución judicial en que se acordó la expulsión, adjuntando copia de la misma, y de la solicitud del reo en su caso, a fin de que se valore por dicho órgano judicial la substitución de la pena impuesta por expulsión, sea íntegra o parcial, y para el caso de que la pena fuere de seis años o superior, que se participe al Ministerio Fiscal a fin de que inste en su caso si procede la expulsión parcial en los términos del art. 89.5 CP.

Si existen terceras y sucesivas responsabilidades, se actuará conforme al procedimiento expuesto.”

Aunque no se exprese, la Dirección del Centro deberá en este caso elevar al Juzgado de Vigilancia penitenciaria nuevo proyecto en su caso de refundición de condenas.

4.2. Expulsión acordada por un Tribunal en supuestos de fijación de máximo de cumplimiento, o mal llamada refundición jurídica o acumulación de penas o de condenas.

Tras la afirmación de la doctrina *Parot*, como se ha visto, el triple o el límite legal no se convirtió en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario, con lo que se desdice de la jurisprudencia anterior que afirmaba la existencia de una nueva pena substitutiva de las anteriores. Las penas se cumplen sucesivamente, hasta alcanzar el máximo, quedando extinguidas las que procedan una vez que las ya cumplidas hayan alcanzado dicho máximo, tal como dice el art. 76 CP.

La decisión de expulsión corresponde, así, a cada Tribunal sentenciador, que deben poner en conocimiento la resolución adoptada al Tribunal que fijó el máximo para que lo tenga presente y en su caso repercute en nueva liquidación, rigiendo lo anteriormente expuesto.

4.3. La expulsión en caso de concurrencia de pena y prisión preventiva.

4.3.1. Remisión de testimonios por el Tribunal sentenciador que acuerda la substitución.

En este caso, el auto que la acuerde debe acordar la remisión de los siguientes testimonios:

En primer lugar a la Dirección del Centro Penitenciario para su incorporación al expediente, con mandamiento de libertad diferido al momento en que la Policía proceda a su excarcelación para materializar la expulsión.

En segundo lugar, a la Brigada o Grupo de Extranjería del territorio donde se ubique el Centro Penitenciario, con mandamiento de materialización de la expulsión.

4.3.2. Actuaciones de Instituciones Penitenciarias.

La cuestión es abordada en la Orden de Servicio de 22 de mayo de 2012 de la Subdirección General de Tratamiento y Gestión Penitenciaria dependiente de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, indicaciones relativas a la gestión de penados extranjeros. Señala en su punto 3.2^a, bajo título de supuesto de concurrencia de expulsión sustitutiva con causas preventivas, lo siguiente:

En este caso, ha de tenerse en cuenta tanto la regulación de la ejecución de la expulsión sustitutiva, antes citada, como la prevista sobre el incidente de autorización judicial de la expulsión en los arts. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería y 247 de su Reglamento.

En primer lugar, se deberá comunicar por la Dirección del Centro al Tribunal que acordó la expulsión el extremo impositivo de la expulsión inmediata, dimanante de la existencia de causas penales preventivas activas concurrentes –acompañando informe de situación procesal y penal– y que, salvo que disponga lo contrario, la pena continuará su cómputo hasta que se obtenga la oportuna autorización judicial de materialización de la expulsión por parte del Tribunal a cuya disposición se encuentra preso el reo.

En segundo lugar, la Dirección del Centro participará la cuestión a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, con acompañamiento de resoluciones judiciales de expulsión sustitutiva acordadas y resumen de situación procesal y penal, instando a que se active el incidente del art. 57.7.a) de la LO 4/2000 y se autorice la expulsión por la autoridad judicial correspondiente.