

SISTEMA DE EJECUCIÓN PENAL Y EXTRANJERÍA.-

Luis Fernández Arévalo

Fiscal Jefe de Huelva

CURSO “La fase de ejecución: en especial, acumulaciones y refundiciones, libertad condicional e indulto. Regulación”.

CEJ, 15.3.2017.

Centro de
Estudios
Jurídicos

Resumen.- El presente estudio pretende formular un análisis de las causas y de los efectos de las sucesivas reformas legislativas en materia de extranjería en el sistema de ejecución penal español, así como su impacto real en los mecanismos repatriativos de delincuentes extranjeros, evaluando su incidencia en el sistema penitenciario, que ha actuado sostenidamente como motor de dichas reformas. Se pretende además evaluar las posibilidades positivas y negativas de la última reforma introducida por la LO 1/2015 en esta materia.

SUMARIO.-

1.- APARICIÓN DE LA EXPULSIÓN DE DELINCUENTES EXTRANJEROS COMO REACCIÓN PUNITIVA.-1.1.- SUS ANTECEDENTES EN LOS AÑOS 70 Y 80.- 1.2.- LOS INTENTOS DE ASUNCIÓN.- 1.3.- REACCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL: CIRCULAR 1/1994, DE 15 DE FEBRERO.-1.4.- LA APROBACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y SUS SUCESIVAS REFORMAS HASTA LA LO 5/2010. 1.4.1.- El sistema implantado por la redacción originaria de la LO 10/1995, de 23 de noviembre.-1.4.2.- El sistema vigente tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre hasta el año 2003.-1.4.3.- La reforma de la LO 19/2003.- 1.4.4.- Redacción de la LO 11/2003, de 29 de septiembre.-1.4.5.- La LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.-1.4.6.- La reforma del art. 89 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio.-1.5.- FUNDAMENTO DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA.- **2.- LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO FORMA SUSTITUTIVA DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015.-**2.1.- REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.-2.1.1.- La regulación legal y su interpretación.-2.1.2.- Naturaleza jurídica de la expulsión del art. 89 CP.-2.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: CIUDADANOS EXTRANJEROS.-2.2.1.- Aplicación a extranjeros en general.-2.2.2.- El arraigo como posible variable excluyente, si convirtiera la expulsión en desproporcionada.-2.2.3.- La importante restricción de la expulsión respecto de los ciudadanos de la Unión Europea.-2.3.- ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO.-2.3.1.- Penas de prisión superiores a un año.-2.3.2.- Delitos excluidos.-2.4.- EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE PENAS DE PRISIÓN SUPERIORES A UNAÑO Y QUE NO EXCEDAN DE CINCO.-2.5.- EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE PENAS DE PRISIÓN SUPERIORES CINCOAÑOS.-2.6. MOMENTO DE ACORDARSE LA EXPULSIÓN.-2.7.- LOS EFECTOS DE LA EXPULSIÓN.- **3.- EXPULSIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.- 4.- EJECUCIÓN PENAL Y CONCURRENCIA DE LA CONDICIÓN DE EXTRANJERÍA.-**4.1.- COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD GUBERNATIVA DE LA SENTENCIA CUANDO NO SE HAYA ACORDADO LA EXPULSIÓN DEL REO EXTRANJERO.-4.1.1.- Comunicación del término del proceso seguido respecto de extranjeros –estén en situación de residencia legal o no- en relación con los cuales conste que se les sigue un procedimiento sancionador de extranjería.-4.1.2.- Comunicación de condenas impuestas a ciudadanos extranjeros –estén en situación de residencia legal o no- por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año.- 4.2.- EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN.-4.2.1.- El supuesto de que el penado no se encuentre privado de libertad.-4.2.2.- El supuesto de que el penado se encuentre

privado de libertad.-4.2.3.- Supuesto de imposibilidad de materialización de las expulsiones judiciales sustitutivas.-4.2.4.- El quebrantamiento de la expulsión judicial; especial consideración del quebrantamiento consumado.-4.3.- SUSPENSIONES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.-4.4.- APLAZAMIENTOS Y PARALIZACIONES.-4.5.- DECISIONES DE INICIO DE CUMPLIMIENTO Y DE DETERMINACIÓN DEL PERÍODO DE CUMPLIMIENTO.-4.6.- LIBERTAD CONDICIONAL DE EXTRANJEROS.-4.6.1.- Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena.- 4.6.2.- La mal llamada libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España.- 4.7.- DECISIONES DE TÉRMINO DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA MEDIANTE APROBACIÓN DEL LICENCIAMIENTO DEFINITIVO, OSTENTADAS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR. 5.- LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS PENALES.- 5.1.- LA REGULACIÓN EN LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA.-5.1.1.- La regulación del art. 57.7.a) LOE.-5.1.2.- El desarrollo reglamentario en el art. 247 RE.-5.1.3.- Fundamentación de esta figura.-5.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.-5.2.1.- Que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.-5.2.2.- Que no se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1, 318 bis del Código Penal.-5.3.- TRAMITACIÓN PROCESAL.-5.3.1.- Solicitud de la Autoridad Gubernativa.-5.3.2.- Órgano judicial competente.-5.3.3.- Preceptiva condición procesal del reo como investigado o encausado.-5.3.4.- Momento procesal inicial y de término de la solicitud.-5.3.5.- Audiencia del Ministerio Fiscal.-5.3.6.- Audiencia del interesado y demás partes personadas.-5.3.7.- Decisión del incidente en virtud de auto motivado, en el plazo más breve posible, y en todo caso dentro de los tres días siguientes a la petición formulada.-5.3.8.- Recursos procedentes.-5.3.9.- Continuación del procedimiento penal hasta la comunicación de la materialización de la expulsión.- 6.- EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE OTRAS MEDIDAS PENALES.- 6.1.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SE ENCUENTRA SUSPENDIDA.-6.2.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA IMPUESTA FUE PRIVATIVA DE DERECHOS.-6.3.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA IMPUESTA FUE PRIVATIVA DE LIBERTAD.-6.3.1.- Expulsión acordada por un tribunal en supuestos de refundición material de penas o de condenas.-6.3.2.- Expulsión acordada por un tribunal en supuestos de fijación de máximo de cumplimiento, refundición jurídica o acumulación de penas o de condenas.-6.4.- LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE PENA Y PRISIÓN PREVENTIVA.- 6.4.1.- Remisión de testimonios por el Tribunal sentenciador que acuerda la sustitución.- 6.4.2.- Actuaciones de Instituciones Penitenciarias

1.- APARICIÓN DE LA EXPULSIÓN DE DELINCUENTES EXTRANJEROS COMO REACCIÓN PUNITIVA.-

1.1.- SUS ANTECEDENTES EN LOS AÑOS 70 Y 80.-

Al margen de la regulación de la expulsión como respuesta sancionadora frente a infracciones administrativas en materia de extranjería, la expulsión judicial cuenta como antecedente dentro del sistema penal español a la Ley 16/1970, de 1 de agosto, de Peligrosidad y Rehabilitación Social, cuyo art. quinto incluía dentro de su catálogo de medidas de seguridad como duodécima la expulsión del territorio nacional cuando se tratase de extranjeros, indicando que el sujeto a esta medida de seguridad no podría volver a España durante el plazo de cinco años; precepto que se complementaba con el art. séptimo, que contemplaba la expulsión como medida alternativa e incluso acumulativa respecto de la que correspondiera al supuesto de peligrosidad y que fueran compatibles con la expulsión.

Más tarde, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España -vigente hasta el 1 de febrero de 2000- contempló dos importantes previsiones:

1ª.- En primer lugar, la posibilidad de que la expulsión decretada constituyera el presupuesto de una crisis del proceso penal respecto de imputados respecto de los que pesaba una resolución de expulsión, poniéndole término antes de la sentencia a través de una resolución judicial que conllevaba la renuncia al ejercicio de la potestad penal, caso de procedimientos por delitos menos graves.

Y así, el art. 21.2-I LODLEE establecía que *“cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurrido en alguno de los supuestos del artículo 26.1”*.

Aparecían así la autorización de salida y la autorización de materialización de expulsiones actualmente contempladas en los apartados 1 y 2 del art. 57 LOEX.

2ª.- Y en segundo lugar, se introdujo la posibilidad de la expulsión como reacción judicial punitiva sustitutiva de la condena en caso de procedimientos por delitos graves.

Y así, el art. 21.2-II LODLEE estableció que *“si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el juez o tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquel, su expulsión del territorio nacional como substitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta”*.

La regulación no contemplaba diferenciación alguna entre ciudadanos de la Unión Europea y de terceros Estados, ni entre residentes legales y no residentes, lo que se explicaba por varias causas.

En primer lugar, porque la firma del Tratado de Adhesión de España a la Comunidad Económica Europea se produjo el 12 de junio de 1985, y la entrada de España se hizo efectiva el 1 de enero de 1986.

En segundo lugar, porque la desaparición de los controles fronterizos interiores trasladado a las fronteras exteriores con terceros Estados no se produjo hasta el 1 de junio de 1995, como consecuencia del Acuerdo de *Schengen* de 14 de junio de 1985, complementado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de *Schengen* de 1990. España se adhirió a la idea del espacio *Schengen* o *Schengeland* en 1991.

Y finalmente, porque la ciudadanía europea –con los derechos de libre circulación y de residencia- no cristalizó hasta el Tratado de Maastricht de 1992.

1.2.- LOS PRIMEROS INTENTOS DE ASUNCIÓN.-

Aunque en la segunda mitad de los años 70 la población reclusa extranjera había crecido en los centros penitenciarios españoles por encima del 10%, sin embargo la extranjería no llegó a constituir una variable verdaderamente condicionante del sistema penal español hasta principios de los años 90, coincidiendo con el momento en que la población reclusa extranjera llegó a superar la tasa del 15%.

	Total de reclusos	Extranjeros	Porcentaje
1966	10.765	365	3,39%
1972	13.109	932	7,11%
1978	10.473	1.379	13,18%
1982	21.942	2.324	10,59%
1990	33.035	4.739	16,71%

En el mes de abril de 1992 el Diario El País se hacía eco de que el entonces Secretario General de Asuntos Penitenciarios, Antonio Asunción, había dirigido una comunicación a la Fiscalía General del Estado en la que constataba que los centros penitenciarios españoles en esas fechas albergaban 5.592 personas extranjeras, aproximadamente un 17% de la población reclusa general, y suponían al tesoro público un desembolso anual de 16.000 millones de pesetas, contando los gastos de alimentación, conservación de los establecimientos y vigilancia. Asunción razonaba así: "resulta extremadamente difícil la inserción social de gran número de ellos en España, país en el que normalmente no tienen perspectivas laborales, carecen de medios lícitos de subsistencia y se ven prácticamente abocados al delito o a depender endémicamente de instituciones asistenciales". Y añadía que "a estas dificultades se añade el déficit de plazas con que en estos momentos cuenta la Administración Penitenciaria y la carga económica que para el Estado conllevan estos internos". El Secretario General estimaba que la aplicación de la legislación de extranjería podría afectar a 860 sentenciados a penas inferiores a seis años y a otros 1.700 que estaban reclusos preventivamente por estar encartados en delitos menos graves. "Si a ellos se añaden los 500 extranjeros que podrían acceder a disfrutar del periodo de libertad condicional en su país, de acuerdo con lo previsto en el párrafo final del artículo 63 del Reglamento Penitenciario, el conjunto de estas intervenciones podría facilitar la excarcelación de unos 3.000 extranjeros".

El medio de prensa citado recordaba que ya con anterioridad el Ministerio de Justicia había pedido meses atrás la colaboración del Ministerio Fiscal para que "excitara la

actuación de los órganos jurisdiccionales" en orden a decretar la expulsión de España de los extranjeros cuya situación penal permitiera permutar su condena a cambio de abandonar España, pero que la solicitud de ayuda formulada al Ministerio Fiscal se había saldado hasta el momento con exiguos resultados, lo que llevó a Asunción a volver a dirigirse al entonces fiscal general del Estado, Leopoldo Torres, para pedirle "que desde el Ministerio Público se potencie la aplicación del artículo 21 de la ley orgánica 7/85 en todos aquellos supuestos en los que la cuantía de la pena o la gravedad del delito lo hagan posible". En su afán por obtener el apoyo de los fiscales y facilitar su labor, Asuntos Penitenciarios entregaría una relación de los casi 900 reclusos a los que es factible aplicarles la denominada ley de Extranjería por hallarse condenados a menos de seis años de prisión.

1.3.- REACCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL: CIRCULAR 1/1994, DE 15 DE FEBRERO.-

Menos de dos años después, la Circular 1/1994, de 15 de febrero, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, que se pronunciaba en orden a promover la coordinación de la actividad jurisdiccional y la administrativa que haga posible, sin mayores dilaciones, la expulsión de aquellos extranjeros que incurran en las causas previstas en la ley, reclamando que el Fiscal promoviera activamente la autorización por los Jueces de la expulsión de aquellos extranjeros que se encuentren incurso en causa legal para proceder a la misma, y ordenaba la creación de los Servicios de Extranjería.

Las Secciones de Extranjería aparecieron así como hijas del Servicio de Vigilancia Penitenciaria, y de ahí que de una parte se reclamara la máxima coordinación entre ambos Servicios, y de otra en muchas Fiscalías se asignara al Fiscal responsable del Servicio de Vigilancia la coordinación del nuevo Servicio de Extranjería.

Actualmente las Secciones de Extranjería se orientan de manera muy acentuada a la protección del ciudadano extranjero, a través de la persecución de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, de trata de seres humanos, de delitos relativos a la prostitución, y a través de la coordinación del Registro de MENAS, pero jamás se olvidó en estos Servicios la necesidad de potenciar la expulsión de extranjeros delincuentes, como eventual consecuencia jurídica del delito, ni su vinculación al sistema de ejecución penal.

1.4.- LA APROBACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 Y SUS SUCESIVAS REFORMAS HASTA LA LO 5/2010.

.Consciente de la problemática detectada, el Código Penal de 1995 abordó por vez primera en sede de un Código de esta naturaleza la figura de la expulsión, como es sabido, en su art. 89.

1.4.1.- El sistema implantado por la redacción originaria de la LO 10/1995, de 23 de noviembre.- La regulación originaria, en vigor entre el 24 de noviembre de 1995 y el 22 de enero de 2001, mantuvo su aplicación exclusiva a procedimientos por delitos

castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años de prisión. Ello incluía en el ámbito de aplicación objetivo junto a las penas de prisión a las penas de arresto de fin de semana y a las responsabilidades personales subsidiarias por impago de multa. En su ámbito de aplicación subjetivo introdujo la delimitación de su proyección exclusiva a extranjeros no residentes legales, lo que determinaba la exclusión de ciudadanos europeos.

La proyección de esta regulación en el sistema penitenciario español evidencia que si no redujo, sí al menos contuvo el crecimiento de la población reclusa extranjera hasta el año 1999 en una ratio inferior al 18% del total de la población reclusa albergada en los centros penitenciarios españoles, como lo adviera el siguiente cuadro adjunto.

	Total de reclusos	Extranjeros	Porcentaje
1996	45.198	7.263	17,33%
1997	44.312	7.536	17,62%
1998	43.453	7.850	17,69%
1999	44.197	7.900	17,87%
2000	45.384	8.900	19,93%
2001	47.571	11.95	23,32%

1.4.2.- El sistema vigente tras la LO 8/2000, de 22 de diciembre hasta el año 2003.-

Vislumbrándose un fuerte incremento de la tasa de personas reclusas extranjeras, la reforma de la LO 8/2000, que estuvo en vigor entre el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, introdujo como novedad principal tratar de ampliar el radio de acción de la expulsión judicial sustitutiva, confiriendo a los Jueces o Tribunales la posibilidad, a instancia del Ministerio Fiscal, de expulsar a extranjeros no residentes legalmente en España condenados a penas de prisión igual o superior a seis años, siempre que hubieran cumplido las tres cuartas partes de la condena.

	Total de reclusos	Extranjeros	Porcentaje
2002	51.882	13.443	25,91%
2003	56.096	15.190	27,07%

1.4.3.- La reforma de la LO 19/2003.- La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. En su Disposición Adicional 19ª, relativa a comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros, que contenía dos previsiones.

La primera, deber judicial de comunicación de 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 archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador; así como de las 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 la segunda, deber de comunicar 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. Esta norma señalaba expresamente que “*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.*”

Esta previsión, que se encuentra vigente, y que sorprendentemente no se ha incorporado al art. 89 CP, ni tampoco a la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sede de ejecución de sentencias (su ubicación natural) ponía en evidencia una situación asombrosa: en ausencia de normas legales de ejecución de expulsiones judiciales sustitutivas, ¿cuántas expulsiones judiciales se habían realmente ejecutado?

1.4.4.- Redacción de la LO 11/2003, de 29 de septiembre.-Para tratar de conjurar la problemática del vertiginoso incremento de la población reclusa extranjera en nuestro sistema penitenciario la reforma de la LO 11/2003, vigente entre 1 de octubre de 2003 y 22 de diciembre de 2010 introdujo tres novedades.

1ª.- En primer lugar, generalizar la expulsión judicial sustitutiva, lo que pasaba por convertir en imperativa para condenados a penas privativas de libertad extranjeros no residentes legalmente en España la expulsión sustitutiva frente al cumplimiento material de la pena de prisión, que se reservaba a los casos en que excepcionalmente y de forma motivada, el Juez o Tribunal apreciase que la naturaleza del delito justificaba el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La jurisprudencia sin embargo fue reticente porque consolidó una jurisprudencia anterior sobre la improcedencia cuando se acreditaran circunstancias de arraigo en España del reo.

2ª.- En segundo lugar, pretendió objetivar la expulsión de los condenados extranjeros no residentes legalmente en España a penas de prisión a partir de 6 años de prisión (expulsión sustitutiva parcial) a los datos de cumplimiento de $\frac{3}{4}$ partes en España, o de su acceso al tercer grado, aunque la jurisprudencia mantuvo fuertes reticencias, convirtiendo esta medida *de facto* en opcional. Hay que tener en cuenta que un porcentaje significativo de este colectivo de penados extranjeros correspondían a sentenciados por intentar introducir en España cocaína en cantidad de notoria importancia, respecto de los que la jurisprudencia aplicaba casi por sistema la tesis restrictiva de que no procedía la expulsión por pérdida de eficacia disuasoria.

3ª.- Y finalmente, se contempló una medida aparentemente rigurosa, que finalmente se volvió en contra de la aplicación de la reforma, a saber: la previsión de que la decisión se adoptara en sentencia. Ello representó en gran medida las causas del fracaso estrepitoso de esta reforma, pues la jurisprudencia constitucional vetó en gran medida la aplicación de la sustitución de la pena por la expulsión en fases avanzadas de cumplimiento por cuanto consideraba que apartándose de la letra de la ley conllevaba sin habilitación legal un doble efecto afflictivo.

El estrepitoso fracaso de la reforma legal de 2003 en su intento de reducir la tasa de extranjeros en los Centros Penitenciarios españoles se advierte en el siguiente cuadro adjunto.

	Total de reclusos	Extranjeros	Porcentaje
2004	59.375	17.150	28,88%
2005	61.054	18.566	30.41%
2006	64.021	20.643	32,24%
2007	67.100	22.977	34,24%
2008	73.508	26.201	35,64%
2009	76.079	27.162	35,70%
2010	73.849	26.098	35,34%

1.4.5.- La LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.- A partir del año 2010 se inicia un descenso continuado de la población reclusa en España, con especial incidencia en la tasa de población reclusa extranjera. A ello concurren tres factores:

A finales de 2009 se produjo un acuerdo de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias con la Fiscalía General del Estado, y comenzó a aceptarse la expulsión sustitutiva en fase de ejecución supeditando este *placet* a que el condenado voluntariamente aceptara la repatriación y que el reo hubiera cumplido una parte muy significativa de la condena, en previsión anticipada de la reforma que se avecinaba de la futura LO 5/2010.

Pero sobre todo, en el año 2010 comenzó a desplegar sus efectos la reforma de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Su punto de partida debe localizarse sin embargo en la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que introdujo la expulsión gubernativa de extranjeros a consecuencia de condenas por delitos dolosos castigados con pena de prisión que excediera de 1 año, que venía a sumarse a la expulsión gubernativa por causa de comisión de falta grave o muy grave cometidas por extranjeros. El precepto legal examinado, que no ha sido retocado, dispone que *“asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.”*

Para cerrar este círculo, el art. 153.4 del derogado Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, contemplaba que los directores de los establecimientos penitenciarios deberían notificara la comisaría provincial de policía respectiva de su demarcación, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en virtud de sentencia judicial por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de

conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. El precepto ha subsistido tras la derogación del anterior Reglamento por el vigente, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, en su art. 256.4.

Sin embargo, el mecanismo no comenzó a producir los resultados deseables hasta el año 2010. La tramitación del procedimiento de expulsión contemplado en el art. 57.2 LOEx se acomodaba al procedimiento ordinario, con la consecuencia derivada de que la expulsión no era ejecutiva desde la notificación, sino al menos transcurridos 72 horas caso de no salir el expulsado voluntariamente del territorio nacional. Así resultaba del art. 64.1 LOEX, que disponía que una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendría obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente; solo en caso de incumplimiento se podría proceder a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se hubiera de hacer efectiva la expulsión. En los casos de procedimiento ordinario el plazo de salida voluntaria se ha ampliado en la actualidad a un periodo de entre 7 y 30 días en el art. 63 bis por la reforma de la LO 2/2009, de 11 de diciembre.

Ahora bien, la LO 2/2009 ha reconvertido el expediente de expulsión contemplado en el art. 57.2 LOEx a las normas del procedimiento preferente. Así resulta del nuevo art. 63.1-I LOEX, con la consecuencia de que conforme al art. 63.7 LOEX, *“la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata”*, posibilitando la detención del expulsado inmediatamente de ser excarcelado para materializar la expulsión decretada.

Los efectos de esta reforma saltan de manera clara a la vista en el cuadro adjunto de expulsados postprisionales dimanantes de este cauce repatriativo, debiendo subrayarse el salto de expulsiones tras la reforma del procedimiento ordinario al preferente en el año 2009. Aunque la repatriación en estos casos no disminuye aparentemente la población reclusa, el efecto de la medida es indirectamente de enorme calado, pues el repatriado no puede regresar a España en plazo variable entre 5 y 10 años, por lo que ese excarcelado no reingresará en el sistema penitenciario español.

	Repatriados postprisionales
2008	281
2009	362
2010	818
2011	1.223
2012	1.357
2013	1.501
2014	1.649
2015	1.424
2016	1.168

1.4.6.- La reforma del art. 89 CP por la LO 5/2010, de 22 de junio.- La reforma de la LO 5/2010 ha permanecido en vigor desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 1 de julio de 2015. Las cifras de 2010 con reducción de la población reclusa general y de la extranjera vino determinada por la confluencia del acuerdo entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias y la Fiscalía general del Estado y su proyección en la práctica judicial, por la transformación de la tramitación de la expulsión por causa de comisión de delito doloso castigado con pena superior a un año, pero también por efecto de la reforma del CP introducida por la LO 5/2010.

La reforma tuvo un fuerte impacto en los delitos contra la salud pública, donde se redujeron las penas privativas de libertad máximas correspondientes a la modalidad de sustancias que causan grave daño a la salud –que se limitan a un tope máximo desde 9 a 6 años- y su repercusión en las modalidad agravada por cantidad de notoria importancia, juntamente con la supresión de la modalidad agravada de introducción de sustancias estupefacientes en territorio nacional -art. 369.1.10ª-, han ocasionado una fuerte repercusión en la evolución de la población reclusa general, dado el importante colectivo de personas extranjeras condenadas por introducción de droga en España, detenidas en nuestros aeropuertos –las comúnmente llamadas “mulas”-, que anteriormente solían ser condenadas a 9 años y 1 día de prisión (la popularmente conocida como *tarifa plana*), y que vieron reducidas sus condenas en una horquilla de entre 6 y 9 años de prisión.

Pero además, esta reforma penal afectó al art. 89 CP, en el que se plasmó como una de las principales novedades el reintroducir la posibilidad de adoptar el pronunciamiento sustitutivo en fase de ejecución, y no limitada a su adopción en sentencia, lo que había sido un disparo en el pie de la andadura funcional de la reforma del año 2003.

Los resultados de estas reformas legales saltan a la vista en el cuadro estadístico que se adjunta:

	Total de reclusos	Extranjeros	Porcentaje
2011	70.472	24.502	34,76%
2012	68.597	22.893	33.37%
2013	66.765	21.116	31,62%
2014	65.017	19.697	30,29%
2015	61.604	17.870	29,00%
2016	59.589	17.130	28,74%

Sin embargo, puede advertirse una ralentización de la reducción de la tasa de extranjeros, que se hace más patente si observamos que al corte a 30 de junio de 2016 ascendía a 17.277 reclusos.

Veamos ahora el efecto de las expulsiones judiciales sustitutivas y de las autorizaciones judiciales de expulsión gubernativas.

	Expulsiones gubernativas autorizadas judicialmente	Expulsiones judiciales sustitutivas íntegras	Expulsiones judiciales sustitutivas parciales
2008	92	717	28
2009	58	870	59
2010	84	930	97
2011	98	724	93
2012	69	671	143
2013	71	579	225
2014	64	456	213
2015	64	418	263
2016	41	262	391

Puede observarse que las expulsiones gubernativas autorizadas judicialmente tienen escaso peso; muy superior el de las expulsiones judiciales sustitutivas, en el que se va registrando un desplazamiento del peso creciente de las expulsiones sustitutivas parciales.

1.5.- FUNDAMENTO DE LA EXPULSIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA.-

Actualmente se constata la existencia de consenso parlamentario sobre la procedencia de la expulsión como reacción punitiva contra los extranjeros delincuentes, sin perjuicio de discreparse en los perfiles de su alcance. Así durante la tramitación parlamentaria de la iniciativa legislativa que alumbró la LO 5/2010 se detectaron dos Enmiendas (las números 14 y 213, suscritas por el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana-Izquierda Unida, y por el Grupo *Iniciativa per Catalunya-Verds*) que plantearon la eliminación del artículo 89 CP, basando su motivación en que suponía un trato discriminatorio en la ejecución de las penas a los extranjeros y se ha mostrado como una medida inefectiva, añadiendo que la expulsión debía ser una medida administrativa y no penal y además la ley de extranjería ya prevé la constancia de los antecedentes penales, sin embargo en la reforma de la LO 1/2015 se detectaron en el Congreso varias Enmiendas, pero prácticamente todas tendentes a asegurar la vigencia de su aplicación a extranjeros no residentes legalmente en España.

Partiendo de lo anterior, a lo largo de toda la normativa histórica examinada se puede concluir que la expulsión judicial apareció como una opción del legislador cuyo fundamento teórico sería doble: de una parte, la consideración de que el delito perpetrado por el extranjero infractor le señala como una amenaza para la seguridad y para el orden público de nuestra sociedad; y de otra parte la convicción de la inutilidad de una intervención reeducadora y de reinserción social durante el cumplimiento material de una pena privativa impuesta a un extranjero no residente legalmente en España, que no se ha integrado en nuestra sociedad o lo ha hecho con una contrastada incapacidad o ausencia de voluntad de respetar las leyes penales españolas, si está abocado a una expulsión gubernativa posterior.

Pero es que además la respuesta de la repatriación inmediata sustitutiva de penas privativas de libertad acordada respecto de ciudadanos infractores extranjeros conlleva ventajas prácticas adicionales, de entre las que pueden destacarse las siguientes.

En primer lugar, anula el riesgo derivado de que la permanencia del ciudadano extranjero no residente legalmente y que es internado en un establecimiento penitenciario para el cumplimiento de una medida penal privativa de libertad –pena o medida de seguridad- posibilite, aun permaneciendo internado el reo, la aparición de relaciones sociofamiliares (verdaderas o fraudulentas) que se conviertan en un cauce posterior de legalización de su estancia futura en España.

En segundo lugar, la inocuización del reo, siempre que estemos en condiciones de asegurar que el mismo no podrá previsiblemente regresar a nuestro país tras su repatriación al suyo, al conseguir de este modo evitar nuevos ataques de su persona contra la ley penal española y en definitiva contra nuestra sociedad, al menos durante un periodo temporal judicialmente establecido, en el que dicho reo ve vedada la posibilidad de regresar.

En tercer lugar, la reducción de los niveles de sobreocupación de un sistema penitenciario muy recargado, que había alcanzado unas tasas casi sin parangón entre los países de nuestro entorno, y que gracias a estas reformas han pasado de 163 reclusos a 128 por cada 100.000 habitantes.

2.- LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO FORMA SUSTITUTIVA DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD TRAS LA REFORMA DE LA LO 1/2015.-

2.1.- REGULACIÓN LEGAL Y NATURALEZA JURÍDICA.-

2.1.1.- La regulación legal y su interpretación.- La figura de la expulsión judicial sustitutiva de las penas privativas de libertad se regula en los arts. 89 y 108 CP. No prevaleció el intento inicial de la reforma de la LO 1/2015, que en un principio pretendía trasladar su regulación al art. 88 CP.

2.1.2.- Naturaleza jurídica de la expulsión del art. 89 CP.-La expulsión contemplada en el art. 89 CP no constituye una pena; el examen del art. 33 CP evidencia que la expulsión no aparece considerada como pena en el catálogo de las legalmente establecidas, lo que se corrobora con el cotejo de los arts. 33, 35 y 39 del mismo texto legal.

La ubicación sistemática del art. 89 CP dentro del capítulo III del Título III del Libro I nos demuestra que en realidad constituye una forma sustitutiva de la ejecución de las penas privativas de libertad, por lo que en principio solo sería hipotéticamente aplicable en sustitución de penas de prisión, localización permanente, y de la responsabilidad personal subsidiaria, pero no en sustitución de penas privativas de derechos, ni directamente de las multas. La reforma de la LO 1/2015 la ha limitado como veremos a penas de prisión cuya duración exceda de un año.

2.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO: CIUDADANOS EXTRANJEROS.-

2.2.1.- Aplicación a extranjeros en general.- El punto de partida de la aplicación positiva de estas figuras lo constituye que el reo sea extranjero, desapareciendo tras la reforma de la LO 1/2015 la exigencia legal tradicional en nuestro sistema de tratarse de un extranjero no residente legalmente en España.

2.2.2.- El arraigo como posible variable excluyente, si convirtiera la expulsión en desproporcionada.-No obstante, en sentido inverso, debe tenerse en cuenta su inaplicación a aquellos extranjeros cuyas circunstancias personales, en particular su arraigo en España, en relación con las circunstancias del hecho, conviertan en desproporcionada la expulsión. Efectivamente, el art. 89.4-I CP establece que *“no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.”*

Constituyendo la autorización de residencia sin duda un indicador del arraigo del extranjero, el debate sobre la aplicación abierta de la expulsión a los extranjeros residentes legales pierde bastante virulencia.

El concepto de extranjero residente legalmente se define en el art. 30 bis.1 LOE, conforme al cual *“son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”*, agregando el apartado 2 que *“los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o de residencia de larga duración”*.

Ahora bien, la condición de residente legal no es el único factor que objetiva el arraigo, debiendo tenerse en cuenta variables tales como tiempo de estancia en España, haber llegado a España en periodo infantil o incluso siendo extranjero haber nacido en territorio español –“segunda generación”–, existencia de relaciones familiares próximas vinculantes con convivencia o dependencia económica. No obstante, debe tenerse presente que el arraigo –y la condición de residente legal– no automatiza la exclusión de la expulsión sustitutiva, sino solo en aquellos casos en que en relación con las circunstancias del hecho no transformen en desproporcionada la expulsión.

2.2.3.- La importante restricción de la expulsión respecto de los ciudadanos de la Unión Europea.- Uno de los puntos más discutidos de la reforma se residencia en el art. 89.4-II CP, que establece que *“la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.”* Previsión aplicable a los familiares de los mismos, en los términos contemplados en el art. 2 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, en su redacción consolidada tras STS de 1 de junio de 2010.

Pero esta posibilidad de expulsión se restringe especialmente en los casos de residencia en los 10 años anteriores por el ciudadano de la Unión Europea, inspirándose en las previsiones de la propia Directiva. Señala el art. 89.4-III CP que *“si hubiera residido en*

España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además: a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza. b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal. En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.”

Aunque la reforma introducida por la LO 1/2015 en este precepto no diferencia entre extranjeros residentes legales y no residentes legales, dicha cuestión puede entenderse subsanada con el contenido del art. 89.4-I CP (*no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada*), ya que en el caso de los residentes legales la autorización de residencia sin duda puede entenderse como una circunstancia concurrente en la persona del extranjero infractor claramente indicadora de su arraigo, y por consiguiente susceptible de determinar la desproporción de la expulsión como reacción punitiva sustitutiva de la pena de prisión.

Sí puede suscitar graves críticas la previsión del art. 89.4 en sus párrafos siguientes, que disponen: *“la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.*

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.”

La previsión examinada, particularmente su punto de partida, reflejado en el párrafo segundo del art. 89.4, sin duda se acomoda a la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, y muy particularmente al contenido de la previsión de los arts. 27 y 28 de dicha Directiva, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Nada habría que objetar, si no fuera porque la proyección de dicha Directiva al Código Penal se solapa con otras Directivas y normas legales posteriores.

En el plano de las Directivas de la Unión Europea, conviene recordar que en el año 2008 fueron varias las decisiones marco sobre reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales adoptadas en materia penal. En primer lugar se aprobó la Decisión Marco 2008/909/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias en materia penal por las que se imponen penas u otras medidas privativas de libertad a efectos de su ejecución en la Unión Europea. Ésta permite que una resolución condenatoria por la que se impone a una persona física una pena o medida privativa de libertad sea ejecutada en otro Estado miembro cuando ello contribuya a facilitar la reinserción del condenado. Junto a ella, se adoptó también la Decisión Marco 2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero.

Y en el plano de la legalidad ordinaria estatal, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, aborda en su Título III su proyección a la resolución por la que se impone una pena o medida privativa de libertad (arts. 63 y siguientes), contemplando incluso el traslado del condenado a su país para que se continúe la ejecución de la condena; y en el título IV (arts. 92 y siguientes) su proyección a la resolución de libertad vigilada, en cuyo concepto se integra sin duda la figura de la libertad condicional.

El nuevo art. 89.4 CP en sus párrafos segundo y siguientes no asegura una efectiva inocuidad del condenado que es ciudadano de la Unión Europea o asimilado por su condición familiar, dada la ausencia de controles fronterizos interiores que excluyan su regreso a España; lo hace sin la contraprestación de agotar el contenido aflictivo de la reacción punitiva de la conducta criminal, prescindiendo del efecto intimidativo y disuasorio asociado característicamente al cumplimiento de las penas de prisión (función pedagógica del castigo); y todo ello lo hace asentándose en una Directiva del año 2004, y prescindiendo de la eventual implementación de las dos Directivas posteriores del 2008, así como de la aplicación de la Ley 23/2014.

Por consiguiente, y en las condiciones indicadas, debería valorarse la supresión de la posibilidad de expulsión judicial de ciudadanos de la Unión Europea y de sus familiares contemplada en los párrafos segundo y siguientes del art. 89.4 CP.

Veamos la aplicación efectiva desde 2014 de los mecanismos de repatriación de ciudadanos de la Unión Europea, que no han alcanzado la extensión esperada.

	Traslados de Ciudadanos UE Ley 23/2014
2015	10
2016	61

Lo reducido de esta efectiva aplicación se pone en evidencia si se coteja con los resultados de traslados por el Convenio de Estrasburgo y en virtud de Tratados bilaterales.

	Traslados de C. Estrasburgo y Convenios Bilaterales.
2008	192
2009	249
2010	256
2011	181
2012	226
2013	186
2014	163
2015	142
2016	48

2.3.- AMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO.-

2.3.1.- Penas de prisión superiores a un año.- Conforme al inciso primero del art.89.1 CP, *“las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español”*. En consecuencia tratándose de penas de prisión que no sean superiores a un año de prisión, no serán en principio susceptibles de sustitución por expulsión, quedando además ahora extramuros de la posibilidad de expulsión no solo las multas y penas privativas de derecho, sino también las restantes penas privativas de libertad –localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria.

Se suscita la cuestión de si el límite de aplicación de la expulsión a penas de prisión superiores a un año se refiere a penas individualmente consideradas, o bien se extiende a sumas aritméticas. Parece evidente que si la voluntad del legisladores su aplicación a penas individualmente consideradas superiores a 1 año de prisión no debe extenderse la expulsión sustitutiva a penas de prisión que siendo inferiores a esa magnitud, excedieran de ella por su suma aritmética. Sin embargo, no existe obstáculo a la expulsión sustitutiva de penas de prisión no superiores a un año cuando concurrieran con penas de prisión que excedieran del año de prisión, como viene a confirmarse en la Circular 7/2015 de la Fiscalía General del Estado. A favor de esta solución, que si la voluntad de la ley es la expulsión en caso de una pena de prisión que exceda de un año, otras inferiores no deben excluirla; así como una interpretación sistemática con el art. 89.2 CP, que atiende para fijar la expulsión en caso de penas superiores a cinco años de prisión en que lo sean individual o concurrentemente.

2.3.2.- Delitos excluidos.- Conforme al art. 89.9 CP, *“no serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis.”*

2.4.- EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE PENAS DE PRISIÓN SUPERIORES A UNAÑO Y QUE NO EXCEDAN DE CINCO.-

A estos supuestos se refiere el art. 89.1 CP, y si bien no se menciona que el tratamiento contemplado en el mismo se refiera a penas de prisión que no excedan de cinco años, se infiere el art. 89.2 CP. Conforme al art. 89.1 CP *“las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.”*

Del precepto examinado se desprenden las siguientes consecuencias.

En primer lugar, que la voluntad de la ley es que la regla general es, de no concurrir supuestos excluyentes conforme al ámbito de aplicación subjetivo y objetivo en los términos examinados, que la expulsión sustitutiva debe ser íntegra.

En segundo lugar, que la expulsión parcial es excepcional, solo cuando el juez o tribunal aprecie que el cumplimiento parcial de la pena de prisión resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Dicha expresión, inspirada en ostensibles postulados de prevención general positiva, viene a sustituir la expresión de las redacciones anteriores del precepto de que la expulsión no procedería cuando el juez apreciara razones que justificasen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

En tercer lugar, que la concurrencia de estas razones –que el cumplimiento de la pena resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito- no excluye la expulsión sustitutiva, sino que deriva a una expulsión sustitutiva parcial, debiendo en este caso el juez o tribunal la parte de la pena que debe cumplirse, que no podrá exceder de 2/3 de la pena, en la extensión que el juez fije. Sin embargo, la voluntad de expulsión sustitutiva formulada por la ley ni tan siquiera garantiza que el plazo fijado por el Juez o Tribunal llegue a cumplirse, pues en el inciso final del art. 89.1-ICP se advierte que aún antes de haberse cumplido el límite temporal de fijado, se activará la expulsión si el penado llegara a ser clasificado en el tercer grado de tratamiento o bien si alcanzara la libertad condicional. Esta última mención, la de la libertad condicional, debe tenerse por una referencia vacía de contenido, pues es requisito de la libertad condicional haber sido el penado clasificado en tercer grado–art. 90.1.a) CP-, requisito que solo se exceptúa en los casos de libertad condicional de septuagenarios y enfermos graves con padecimientos incurables, y no en todo caso, sino tan solo en los casos de riesgo patente de su vida –art. 91.3 CP- si el penado no hubiera sido clasificado por la Administración.

Sin embargo, la expulsión como sustitutiva de la pena de prisión no debe operar de forma automática en estos supuestos en que el tenor de la norma parece sugerir la existencia de modalidades de expulsión “por ministerio de la ley”, como ocurre cuando el ciudadano extranjero que alcanza en prisión el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional, situación prevista tanto en el apartado 1 como en el 2 del art. 89 CP, y que podría no ponerse por el Tribunal las excepciones antedichas, conforme a criterio expuesto por la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado.

2.5.- EXPULSIÓN SUSTITUTIVA DE PENAS DE PRISIÓN SUPERIORES CINCOAÑOS.-

El art. 89.2 CP establece que *“cuando hubiera sido impuesta una pena demás de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.”*

Del precepto examinado se desprenden las siguientes consecuencias.

En primer lugar, que el presupuesto de aplicación del apartado 2 es que la pena de prisión exceda de cinco años, o por concurrencia aritmética de penas cuya duración aislada sea inferior.

En segundo lugar, que la voluntad de la ley es que la regla general sea, si no concurren supuestos excluyentes conforme al ámbito de aplicación subjetivo y objetivo en los términos examinados, que la expulsión sustitutiva deba ser íntegra.

En tercer lugar, que la expulsión parcial es igualmente factible cuando el juez o tribunal aprecie que el cumplimiento parcial de la pena de prisión resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. Vele lo antes expuesto.

Y finalmente, que la concurrencia de estas razones –que el cumplimiento de la pena resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito- puede excluir la expulsión sustitutiva parcial ya que el juez o tribunal puede ordenar la ejecución de la totalidad de la pena; y también una parte de la pena, sin quedar constreñido a los 2/3 de la pena. Sin embargo, la voluntad de expulsión sustitutiva formulada por la ley ni tan siquiera garantiza que el plazo fijado por el Juez o Tribunal llegue a cumplirse, como también la impone aunque hubiera ordenado la ejecución íntegra de la pena, pues en el inciso final del art. 89.2 CP se advierte que aun antes de haberse cumplido el límite temporal fijado, e incluso aun cuando el tribunal hubiere acordado la ejecución íntegra de la pena se activará la expulsión si el penado llegara a ser clasificado en el tercer grado de tratamiento o bien si alcanzara la libertad condicional. Tal y como advertimos antes, esta última mención, la de la libertad condicional, debe tenerse por una referencia vacía de contenido, pues es requisito de la libertad condicional haber sido el penado clasificado en tercer grado – art.90.1.a) CP-, requisito que solo se exceptúa en los casos de libertad condicional de

septuagenarios y enfermos graves con padecimientos incurables, y no en todo caso, ino tan solo en los casos de riesgo patente de su vida –art. 91.3 CP- si el penado no hubiera sido clasificado por la Administración.

2.6. MOMENTO DE ACORDARSE LA EXPULSIÓN.-

Conforme al art. 89.3 CP *“el juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.”*

2.7.- LOS EFECTOS DE LA EXPULSIÓN.-

Los efectos de la expulsión judicial son tres: el deber de abandonar el territorio nacional, el archivo de cualquier expediente o resolución habilitante para residir en España, y la prohibición de regreso a España.

1º.- El deber de abandonar el territorio nacional.- El efecto principal, primero y consustancial a toda expulsión lo constituye el deber de abandonar el reo extranjero el territorio de España, explícitamente definido respecto de las resoluciones gubernativas de expulsión en el art. 64.1 LOE.

2º.- Archivo de autorizaciones de residencia y de expedientes relativos a situación administrativa.- Un segundo efecto accesorio de índole administrativa de toda resolución de expulsión lo constituye el archivo de todos los expedientes vinculados a su situación administrativa en España. Así aparece contemplado en el art. 57.4 LOE para las expulsiones y paralelamente así se dispone en el art. 89.6 CP: *“la expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.”*

3º.- Prohibición temporal de regreso posterior a España.- El tercer efecto de la expulsión viene determinado por la prohibición de regresar a España, contemplado administrativamente respecto de la expulsión gubernativa en el art.58.1 LOE –*“toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez”*. Respecto de la expulsión judicial sustitutiva se contempla explícitamente en el nuevo art. 89.5 CP, señalando que *“el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.”*

Son así dos los factores que deben tenerse en cuenta a la hora de graduar la extensión de la duración de la expulsión: magnitud de la pena, y circunstancias personales del reo. Una consideración gradual de dicha expulsión en función de la magnitud de las penas sería ésta: 10 años de prohibición de regreso para penas a partir de 6 años; 9 de expulsión para penas a partir de 5 años de prisión; 8 para penas a partir de 4 años; 7 para penas a partir de 3 años; 6 para penas de prisión que excedan de dos años, y 5 para penas de más de un año de prisión.

Esta graduación sería la apropiada a priori para la magnitud de la pena, pero variable siempre en función de circunstancias personales.

3.- EXPULSIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD.-

La reforma de la LO 5/2010 no afectó al art. 108 C.P., que tampoco ha sido modificado por la LO 1/2015, y el precepto mantiene la redacción dada por la LO11/2003, que seguidamente se analiza. Conforme al art. 108.1 CP *“si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.”*

Rigen, pues, las premisas del art. 89.1-I CP, de la expulsión sustitutiva íntegra, con una curiosa y discutible peculiaridad: mientras que el art. 89 solo entra en juego respecto de penas privativas de libertad, el nuevo art. 108 CP abandona el paralelismo anterior de su derogado antecedente, limitado a forma de sustitución de medidas de seguridad privativas de libertad, para poder aplicarse de manera indiscriminada ahora también respecto de las medidas de seguridad no privativas de libertad. Aparentemente ni tan siquiera se excluyen los delitos odiosos contemplados en el art. 89.9, respecto de los cuales no se hace expresa exclusión en este apartado, pero una lectura atenta permite concluir que la exclusión de estos delitos rige como subsistente, atendidos los términos paralelos de exclusión de la expulsión –“salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”- en una interpretación finalista y sistemática, en relación igualmente con el art. 57.8 LOEX.

En definitiva, solo podrá imponerse a personas con problemática de anomalías psíquicas, drogodependencias o alcoholismo, o deficiencias de percepción (arts. 101 a 104 CP en relación con 20.1º, .2º y .3º, y 21.1 CP) que cometan delitos, pero queda ahora incluida a priori su aplicabilidad a delitos castigados con penas no privativas de libertad, ya que no se supedita a sustitución de medidas de seguridad privativas de libertad. Claro es que existe un aspecto de flexibilización, ya que el hecho de la comisión del delito por estas personas no culpables no conlleva necesariamente la imposición de medidas de seguridad, sino en tanto en cuanto sean imprescindibles para controlar la peligrosidad criminal del reo: basta con que el tribunal estime innecesaria la aplicación de una medida de seguridad originaria para que la expulsión no tenga necesariamente que ser aplicada, al ser sustitutiva.

Por lo demás, rigen las consideraciones sobre efectos accesorios de la expulsión en el orden administrativo –“la expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España”, párrafo segundo del art. 108.1 CP-, de cumplimiento material en caso de imposible materialización de la expulsión decretada –“en el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta”, párrafo tercero del art. 108.1 CP-, y de devolución en caso de intento de quebrantamiento de la prohibición de entrada en España durante el plazo legal –art. 108.4 CP: “el extranjero que intentara quebrantar

una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.”

Sí presenta una especialidad el plazo de la prohibición de regreso a España: ahora el plazo sí es terminantemente único, de diez años, a contar desde la materialización de la expulsión, sin mención de plazos de prescripción, al no tratarse de penas. Conforme al art. 108.3 CP *“el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.”* Ello no obstante, razones de interpretación sistemática parecen hacer aconsejable la extensión del plazo variable de 5 a 10 años de prohibición de regreso del art. 89.5 CP, en tanto se modifica la redacción vigente del art. 108 CP.

4.- EJECUCIÓN PENAL Y CONCURRENCIA DE LA CONDICIÓN DE EXTRANJERÍA.-

4.1.- COMUNICACIÓN A LA AUTORIDAD GUBERNATIVA DE LA SENTENCIA CUANDO NO SE HAYA ACORDADO LA EXPULSIÓN DEL REO EXTRANJERO.-

Ante todo, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo primero de la Disposición Adicional 17 de la LO 19/2003 –reproducidas en el art. 257.1 RLOE–se establecen dos previsiones de comunicación de la sentencia dictada respecto del ciudadano extranjero que no se le imponga expulsión sustitutiva:

4.1.1.- Comunicación del término del proceso seguido respecto de extranjeros– estén en situación de residencia legal o no- en relación con los cuales conste que se les sigue un procedimiento sancionador de extranjería.- Dispone el inciso primero de la DA 17ª-I de la LO 19/2003 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 archivers, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador.”*

4.1.3.- Comunicación de condenas impuestas a ciudadanos extranjeros –estén en situación de residencia legal o no- por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año.- Dispone el inciso segundo de la DA 17ª-I de la LO 19/2003 que *“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.”*

4.2.- EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN.-

La redacción del art. 89 CP en ninguna de sus versiones contempló ninguna disposición 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 LOE y RLOE 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–, nada se había establecido al respecto. En consecuencia, debía prevalecer el sistema

general de ejecución, que determina que corresponde 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 –art. 990-II LECr- *“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.”*

Las dificultades se inician en este punto, para la ejecución de la expulsión judicial, respecto de la que nada se había regulado, pudiendo afirmarse que en defecto de legislación directa que el sistema de ejecución de la expulsión judicial debería partir de que si el reo estuviere preso debería mantenerse la situación personal, requiriéndose a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación para que adoptase las medidas necesarias en orden a materializar la expulsión; y si estuviere en libertad podría acordarse el internamiento, ya en Centro Penitenciario, ya en un CIE, abogando por un plazo de internamiento limitado, que en ningún caso podría exceder del plazo correspondiente establecido en la legislación de extranjería como límite válido para entender o no materializable la expulsión, originariamente de 40 días, y actualmente 60 días tras la reforma de la LOE de 2009.

Actualmente podemos diferenciar según que el expulsado se encuentre privado de libertad o no.

4.2.1.- El supuesto de que el penado no se encuentre privado de libertad.- A este respecto, el art. 89.8-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 cualquier caso, si el reo no comparece voluntariamente al llamamiento del tribunal, deberá ordenarse su detención, y a partir de ese momento entrará en juego la DA 17 de la LO 19/2003, pues el reo se encontrará privado de libertad.

4.2.2.- El supuesto de que el penado se encuentre privado de libertad.- A este respecto opera la Disposición Adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, cuyo párrafo segundo establece 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, si el reo está privado de libertad, asistimos a la posibilidad de acordarse la ejecución provisional de la medida penal originariamente impuesta en sentencia –pena privativa de libertad, o medida de seguridad- por un plazo de 30 días, lo que posibilita el internamiento del reo en un centro penitenciario, mientras la autoridad gubernativa materializa la expulsión; transcurrido este plazo sin haberse materializado la expulsión, habrá de entenderse salvo causas excepcionales justificadas que la expulsión no es materializable, con lo que regirá el sistema general de ejecución de penas y medidas de seguridad originariamente impuestas.

4.2.3.- Supuesto de imposibilidad de materialización de las expulsiones judiciales sustitutivas.- Se nos suscita de otro lado el problema de qué sucede si la materialización de la expulsión no resultara factible, lo cual sucederá por causas asociadas a la imposibilidad de documentar al sentenciado. A este supuesto se refiere el art. 89.8-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.”*

Desaparece así 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 de 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 ha llegado a sancionar esta interpretación en su ATC 132/2006, de 4 de abril.

4.2.4.- El quebrantamiento de la expulsión judicial; especial consideración del quebrantamiento consumado.- Conforme al art. 89.7 CP, *“si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.”*

Se contemplan nuevamente dos situaciones: quebrantamiento intentado y quebrantamiento consumado. Si se consuma, se restablece el principio general en su día

definido para la sustitución en el art. 88 CP de que debe cumplirse la pena originaria sustituida, pero la reforma de la LO 1/2015 introduce la novedad de la posibilidad concedida al juez o tribunal de reducir la duración de lo que reste de cumplimiento cuando resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento. Si es intentado, por ser sorprendido intentando entrar ilegalmente en España, la expulsión será gubernativa –en puridad, denegación de entrada o devolución-

4.3.- SUSPENSIONES DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA.-

Las decisiones de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, conforme a los arts. 80 y siguientes del Código Penal presentan como hemos visto una especialidad en el caso de los penados extranjeros no residentes legalmente en España, quienes como se ha visto no podrán acceder a ninguna de estas figuras suspensivas. Lo anterior no es óbice para aceptar la posibilidad de suspensiones de ejecución en los supuestos de imposibilidad de materialización de la expulsión, ya que conforme al art. 89.8-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.”*

4.4.- APLAZAMIENTOS Y PARALIZACIONES.-

No presentan especialidades respecto de reos extranjeros, sean o no residentes legales en España, las decisiones de aplazamiento o paralización de la ejecución de la pena en general, y en especial conforme a los arts. 4.4 –indulto-, 60 CP –enajenación mental sobrevvenida-, así como en los supuestos del art. 56 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional –ante requerimientos del Tribunal Constitucional en supuesto de incidentes de suspensión suscitados en la tramitación de los recursos de amparo-.

4.5.- DECISIONES DE INICIO DE CUMPLIMIENTO Y DE DETERMINACIÓN DEL PERIODO DE CUMPLIMIENTO.-

No presentan especialidades en cuanto a reos extranjeros las decisiones de inicio de cumplimiento de la pena –posibilidad de presentación voluntaria, ex art. 15LOGP y 16 RP, o ingreso con escolta y mandamiento de penado, para los casos de libertad, mandamiento de penado si estuviere preso; aplicación de los arts. 38, 58 y 75 CP, en cuanto a fijación de periodos de cumplimiento a través de las oportunas liquidaciones judiciales-.

4.6.- LIBERTAD CONDICIONAL DE EXTRANJEROS.-

La libertad condicional es una decisión judicial de libertad anticipada acordada por el Juez de Vigilancia Penitenciaria en base a la existencia de un pronóstico favorable de resocialización emitido por la Junta de Tratamiento y en su caso los especialistas que el Juez de Vigilancia estime convenientes, unido a otras condiciones legalmente

establecidas. Se regula en los arts. 90 a 92 CP, en relación con 192 RP y siguientes. Con relación a la libertad condicional de extranjeros, se suscitan igualmente varias cuestiones, que seguidamente examinamos.

4.6.1.- Comunicación al Ministerio Fiscal de las fechas de cumplimiento a fin de activar mecanismos sustitutivos de la ejecución de la pena.- Conforme al art. 27 RE, *“también se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad”*. El precepto está a caballo de las sucesivas redacciones del art. 89 CP y debe entenderse actualmente reformulado sobre la base de una expulsión sustitutiva parcial vinculada no solo a la fecha de 3/4, sino también de acceso al tercer grado, como se ha corroborado en la Instrucción de la Dirección General de Coordinación Territorial y Medio Abierto 21/2011, de 17 de noviembre, que ha actualizado en este punto la Instrucción 18/2005. Los supuestos deben ajustarse así a lo que sigue:

a) Condenas por delitos perpetrados antes del 23 de diciembre de 2010, como fecha de la entrada en vigor de la LO 5/2010.- En estos casos, la vinculación de la expulsión sustitutiva parcial a su adopción en sentencia propia de la redacción vigente hasta la reforma de la LO 5/2010 determinará que si en la sentencia no se acordó la expulsión sustitutiva del extranjero no residente legalmente en España, el Fiscal no podrá instar la expulsión sustitutiva del órgano jurisdiccional competente para la ejecución sino solo cuando el reo expresamente lo solicite. La Instrucción 21/2011 establece el deber de comunicación al Fiscal de la clasificación en tercer grado o de la fecha de $\frac{3}{4}$ partes con acompañamiento de instancia del penado cuando este solicite voluntariamente la sustitución.

b) Condenas por delitos perpetrados después del 23 de diciembre de 2010, como fecha de la entrada en vigor de la LO 5/2010.- En estos casos las comunicaciones se realizarán por la Dirección del Centro Penitenciario al Fiscal, independientemente de que la condena lo sea por penas inferiores o no a seis años, y con independencia de la voluntad del reo, obviamente a los efectos de que el Fiscal pueda valorar el instar o no la expulsión parcial sustitutiva, dando pie al oportuno incidente contradictorio ante el Juez o Tribunal competente.

c) Condenas por delitos perpetrados después del 1 de julio de 2015, como fecha de la entrada en vigor de la LO 1/2015.- En estos casos las comunicaciones dependerán de lo acordado en la sentencia o en el pronunciamiento complementario sobre expulsión sustitutiva, si bien la previsión de expulsión caso de alcanzar el tercer grado dejará en su caso vaciado de contenido esta previsión reglamentaria.

El art. 27 RP se complementa con lo establecido en el art. 197.2 RP, que dispone que *“con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 CP, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas”*. Este precepto debía entenderse como confuso, al mezclar las propuestas de libertad condicional, cuya aprobación compete el Juez de Vigilancia, con el modelo de expulsiones sustitutivas

parciales, cuyo motor penitenciario se concretaba, como ya hemos visto, en el art. 27 RP; tras la reforma de la LO1/2015 pierde todo su sentido, tanto cuando se materializó la expulsión acordada con efectos de progresión al tercer grado como en aquellos casos en los que se resolvió judicialmente no haber lugar a la expulsión.

4.6.2.- La mal llamada libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España.- Establece el art. 197.1 RP que *“en el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna”*. El precepto no se ajusta específicamente a los extranjeros no residentes legalmente en España, sino que se extiende igualmente nominalmente a los españoles residentes legalmente en el extranjero. El precepto suscitó debates porque un sector minoritario de Juzgados de Vigilancia aislado sostiene la ilegalidad del precepto, en base a que carecería de cobertura legal en el CP, y a la ausencia ratificación por España de determinados tratados y convenios europeos sobre la materia –obstáculo ya salvado por la Ley 23/2014 y las Directivas de la Unión Europea. En contra de esta opción de rechazo cabe sostener que lo que hace el precepto es regular una posible fijación de lugar de residencia, sin que la ausencia de tratados o convenios sea impositiva de esta posibilidad. Por ello, el art. 197.1 RP no solamente no es ilegal, sino que en todo caso si de algo se le puede tachar es de restrictivo: una de las condiciones imponibles en las resoluciones de libertad condicional es la obligación de respetar la residencia establecida en el expediente, por lo que no solamente el extranjero no residente legalmente en España o bien el Español residente en el extranjero pueden acogerse a este precepto, sino que además podrían acogerse al mismo los extranjeros residentes legalmente en España y los españoles que desearan desplazarse con carácter más o menos fijo en el extranjero: asistiríamos a una proyección de las facultades que al Juez de Vigilancia otorgan en el ámbito de la libertad condicional mediante fijación de reglas de conducta los arts. 90.5 CP en relación con el art. 83.1.3ª CP, que contempla la obligación de residir en un lugar determinado. Para estos casos el JVP podrá adoptar medidas conducentes a verificar la efectiva salida del territorio nacional.

No obstante, suscita problemas qué sucede si el extranjero quebranta la regla de conducta. Tal y como aparece configurada la medida, no será causa directa de detención, sino de comunicación al Juez de Vigilancia que valorará la eventual revocación del beneficio si el liberado hubiera regresado sin previa autorización del Juez de Vigilancia antes de la fecha de licenciamiento definitivo de sus responsabilidades.

En esta materia debe tenerse presente, por lo demás, lo establecido en la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, arts. 93 y siguientes, si bien debe advertirse que no todos los Estados de la Unión Europea han implementado la Decisión Marco2008/947/JAI, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada –en cuyo concepto se integra la libertad condicional- con miras a la

vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas, que permite transmitir a otro Estado miembro distinto del de la condena la responsabilidad de vigilar el cumplimiento por el condenado de las medidas de libertad vigilada o de las penas sustitutivas previamente impuestas en el primero.

Examinemos el impacto de las libertades condicionales concedidas con aplicación del art. 197 RP.

	Aplicación del art. 197 RP
2008	423
2009	500
2010	640
2011	942
2012	626
2013	509
2014	470
2015	414
2016	322

4.7.- DECISIONES DE TÉRMINO DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA MEDIANTE APROBACIÓN DEL LICENCIAMIENTO DEFINITIVO, OSTENTADAS POR EL TRIBUNAL SENTENCIADOR.

No presenta particularidades respecto de reos extranjeros, aunque sí conllevará especialidades de la actividad penitenciaria.

Ya se ha examinado su articulación con las expulsiones postprisionales ex art. 57.2 LOEx.

5.- LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE PROCEDIMIENTOS PENALES.-

La expulsión judicial –como también la gubernativa-, puede tener por obstáculo impeditivo de su materialización a la existencia de otros procedimientos penales seguidos por hechos delictivos distintos de aquellos cuya perpetración justificaron la condena del reo, con imposición de la propia expulsión sustitutiva. Nada se establece en el CP ni en la LECrim, por lo que cuando el Tribunal sentenciador ordene la ejecución de la expulsión, las Brigadas y Grupos de Extranjería a las que se libra mandamiento de

ejecución deben proceder como si se tratara de una expulsión gubernativa, en los términos del art. 57.7-a) LOEX –*ubi est ídem ratio, ibi eadem dispositio*.

5.1.- LA REGULACIÓN EN LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA.-

5.1.1.- La regulación del art. 57.7.a) LOE.-El art. 57.7.a) LOE dispone que “*cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior*”.

5.1.2.- El desarrollo reglamentario en el art. 247 RE.-El precepto legal se desarrolla por el art. 247 RE, que dispone que “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y oído el interesado y las partes personadas, autorice en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días su expulsión, salvo que de forma motivada aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.*

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria.”

5.1.3.- Fundamentación de esta figura.-Asistimos a una norma inspirada en razones de utilidad social y priorización de intereses estatales, que entraña el que la comisión de delitos que no se reputan especialmente graves no debe constituirse en un burladero procesal que permita eludir la aplicación de las medidas repatriativas contempladas por la normativa administrativa en materia de extranjería, como instrumento esencial de la política de control de flujos migratorios y respuesta a la inmigración clandestina e ilegal. Pero a la par, como esta norma lleva aparejada una explícita renuncia al ejercicio de la potestad penal del Estado –justificada por la *inocuidad* del reo mediante su repatriación- su aplicación determina la necesidad de una expresa resolución judicial, con la previa audiencia del Ministerio Fiscal, como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, y del reo y demás partes personadas. Obsérvese que en esta

figura el Juez no adopta la resolución de expulsión, sino que autoriza -o en su caso deniega- la materialización de la expulsión decidida previamente por la Autoridad gubernativa, o en este caso, por otro Juez o Tribunal.

5.2.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.-

Se delimita por dos requisitos acumulativos.

5.2.1.- Que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.- La modificación introducida por la LO 2/2009 mantiene el límite de delitos castigados por la ley con penas privativas de libertad inferiores a seis años, pero además ahora ha explicitado la posibilidad -aceptada anteriormente por las sucesivas Circulares de la Fiscalía General del Estado- de que pudiera extenderse a delitos castigados con penas no privativas de libertad y a procedimientos seguidos por falta (actualmente delitos leves), conforme a una interpretación histórica –art. 21.2 LO 7/1985- y finalista -pues lo contrario conduciría, contra toda lógica, a autorizar la renuncia al ejercicio del *jus puniendi* en relación con delitos castigados con pena privativa de libertad y a prohibirla en relación con delitos de menor contenido aflictivo, y menos precisados de respuesta penal.

Conforme a criterios hermenéuticos jurisprudenciales generalmente aplicados a competencia y procedimiento, las penas aludidas han de entenderse como las previstas en abstracto por las leyes, y no las que pudieran solicitarse conforme a las reglas de dosimetría penal aplicables al caso concreto. En consecuencia, resultan excluidos de la aplicación los procedimientos seguidos contra extranjeros por delitos castigados por la ley con penas privativas de libertad desde 6 años en adelante.

De lege ferenda, probablemente lo congruente sería que el *quantum* del límite de la pena para la aplicación de esta figura se redujera a penas inferiores a cinco años, pues debe tener su referencia en los delitos graves, esto es, los castigados con penas graves de prisión cuya duración se inicia en 5 años –art.33.2.a) CP-.

5.2.2.- Que no se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1, 318 bis del Código Penal. Resulta claro que se ha considerado que en estos casos la potestad penal debe agotar hasta sus últimas consecuencias sus efectos retributivos y aflictivos, así como de prevención general, en función del carácter especialmente odioso de estos delitos, que toman como víctimas referencial es precisamente a ciudadanos extranjeros; pero para que no haya dudas al respecto, el art. 57.7.c) -ya examinado, que establece que “*no serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal.*” En este sentido, el art. 57.8 LOE agrega para estos casos que “*cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.*”

Tras la reforma del Código penal introducida por la LO 1/2015 se suscita la cuestión de si puede autorizarse la materialización de la expulsión decretada respecto de un investigado o encausado por delito de trata de seres humanos, pues el art. 89.9 agrega el

delito de trata de seres humanos -art. 177.bis CP- entre el catálogo de delitos excluidos de la sustitución de las penas de prisión a partir de un año por la expulsión. Una interpretación sistemática impone actualmente la improcedencia de dicha autorización.

5.3.- TRAMITACIÓN PROCESAL.-

La tramitación procesal de este incidente se desarrolla conforme a los siguientes pasos.

5.3.1.-Solicitud de la Autoridad Gubernativa.-La reforma introducida por LO 11/2003 vinculó la iniciación de este incidente a la necesidad de petición de la Autoridad Gubernativa correspondiente, que se entiende debe ser el Subdelegado del Gobierno; obviamente, no habrá problemas en la solicitud formulada por instancias policiales en virtud de acuerdo de delegación de competencias adoptado en forma en su favor por la Autoridad gubernativa competente.

5.3.2.- Órgano judicial competente.-Será competente para adoptar la resolución que proceda la autoridad judicial que ostente la competencia sobre el procedimiento atendida la fase en que éste se encuentre al tiempo de suscitarse el incidente, generalmente Juez de Instrucción en la fase de instrucción sumarial, y en la fase intermedia, y el Juez de lo Penal o Audiencia Provincial, tras la apertura del juicio oral.

5.3.3.- Preceptiva condición procesal del reo como investigado o encausado.-Señala el art.57.7.a) LOE que la autorización requiere que *“el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento”*. Se requiere en consecuencia que el extranjero haya sido objeto de citación en condición de investigado, como explícitamente ha reconocido la STC 24/2000, de 31 de enero -cfr. FJ 5°.

Ello requiere en consecuencia que el extranjero sancionado con la medida de expulsión haya sido objeto al menos de imputación judicial, ostentando la condición de parte pasiva procesal, sin la cual la decisión judicial resultará improcedente por ociosa. Ello no quita para que, requerida la autorización en caso de que el extranjero no esté imputado o la causa se encuentre sobreeséda deba participarse la inexistencia de obstáculo procesal.

5.3.4.- Momento procesal inicial y de término de la solicitud.-En cuanto a los momentos inicial y final de la posibilidad de tramitación del incidente del art. 57.7.a), viene marcado como se ha visto por la condición procesal de imputado o procesado, pues si el extranjero expulsado no tiene la condición procesal de parte pasiva en el procedimiento penal, no se requiere la autorización judicial para materializar la repatriación acordada, y el Juez o Tribuna requerido no deberá resolver conforme a este incidente, limitándose a responder a la solicitud que no existe obstáculo procesal a la repatriación dimanante de la causa en que se requiere.

Sin embargo, y en cuanto al momento final del incidente, en el plano teórico se suscita el problema de si el término final es el momento de dictarse la sentencia, o bien el momento de adquirir firmeza la sentencia. Debe optarse por esta segunda opción: durante la tramitación de eventuales recursos el procedimiento continúa, y por ende las razones que justifican la adopción de la medida, cesando tan solo la posibilidad de su eventual aplicación una vez adquiere firmeza la sentencia condenatoria, momento en

que entrará en juego la posible aplicación de las reglas vigentes en materia de ejecución de sentencias penales.

No obstante, la Circular de la FGE 2/2006 estableció como punto y final -o paréntesis- el inicio de las sesiones del juicio oral, tal vez en el entendimiento de que iniciado el juicio oral, éste debe acabar en sentencia. La solución de la FGE se aparta de la figura de las crisis procesales, supuestos de conclusión del proceso sin sentencia, que en nuestro ordenamiento positivo encuentra algunos ejemplos, v.gr, art. 788.5 LECr, que establece la derivación de la causa a la Audiencia por el Juez de lo Penal tras el juicio si las partes acusadoras piden penas superiores a las que le habilita su competencia objetiva. Asistimos así a un supuesto de crisis procesal definido y afirmado por una norma con rango de ley. En consecuencia, la aplicación de la autorización judicial se prolonga más allá de la fase de instrucción, extendiéndose a la llamada fase intermedia, e incluso a la fase del juicio oral, e incluso durante la segunda instancia, hasta el momento de la firmeza de la sentencia. Una vez firme la sentencia regirán los principios generales de la ejecución penal, no rigiendo en consecuencia el art. 57.7 LOE.

5.3.5.- Audiencia del Ministerio Fiscal.-La autorización de expulsión, de concederse, entraña la renuncia del ejercicio de la potestad penal del Estado, y eventualmente una consecuente crisis del proceso penal, lo que conforme a la naturaleza de las cosas determina la necesidad de una expresa resolución judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal, como promotor de la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley.

5.3.6.- Audiencia del interesado y demás partes personadas.-Este requisito, que no aparecía contemplado por el art. 57.7.a) LOE, pasa a ser exigido por el art.247-I RE, y constituye una acertada novedad introducida por vía reglamentaria, corolario lógico del derecho a la tutela judicial efectiva, del reo y de las demás partes personadas, y que además resulta coherente en la medida en que la decisión a adoptar puede determinar una crisis del proceso penal, con una forma anormal de la conclusión del proceso penal.

3.3.7.- Decisión del incidente en virtud de auto motivado, en el plazo más breve posible, y en todo caso dentro de los tres días siguientes a la petición formulada.- Aunque la forma motivada se prevé para los supuestos excepcionales de denegación de la autorización solicitada, según el tenor literal de la ley, la propia naturaleza de las cosas impone que la resolución habilitante haya de ser igualmente motivada, ya que el proceder del Juez penal para decidir la autorización o no de la expulsión necesariamente le obliga a examinar la concurrencia de los presupuestos ya examinados.

Respecto del control que el Juez penal debe realizar de la legalidad *prima facie* de los presupuestos materiales de la medida requerida, su necesidad se resalta especialmente en el FJ 4º de la STC 24/2000, de 31 de diciembre, que señaló que “*el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención*”. Esto es, un control, valga la expresión de “brocha gorda”, de exclusión de motivos bastos y groseros determinantes de la exclusión de la aplicación de la medida solicitada.

5.3.8.- Recursos procedentes.-Tratándose generalmente de una decisión acordada en el marco de diligencias tramitadas conforme a las normas del procedimiento abreviado

regulado en el Título II del Libro IV de la LECr, contra la resolución que se adopte cabrá interponer recurso potestativo de reforma, y en su caso de apelación, o súplica, al no preverse explícitamente recursos contra esta resolución, pero no excluirse la posibilidad de los mismos, entran en juego las previsiones generales contenidas en la LECr.

5.3.9.- Continuación del procedimiento penal hasta la comunicación de la materialización de la expulsión.-Aunque en el pasado ha existido una tendencia en la práctica a proceder al archivo provisional de la causa penal tan pronto se adopta la decisión de autorizar la expulsión gubernativa, dicho archivo resulta improcedente en tanto no se comunique por la Autoridad Gubernativa a la Autoridad Judicial autorizante y al Ministerio Fiscal la materialización de la expulsión, conforme a lo establecido en el art. 256.2-II RELOEX. En consecuencia, la resolución judicial autorizante debe requerir de la Autoridad gubernativa que se proceda a comunicar la materialización de la expulsión, tan pronto se produzca, o las causas que en su caso la pudieran impedir, y solo se acordará el archivo provisional cuando se comunique la materialización de la expulsión. En esta misma línea, la Circular FGE 2/2006, de 27 de julio.

Otra cuestión es cuándo devendrá el archivo provisional en definitivo. Existen dos soluciones posibles: a) cuando concluye el plazo de prohibición de entrada en España, por la que se inclinó la Circular FGE 3/2001; b) cuando hayan transcurrido los plazos de prescripción de la infracción penal –cfr. arts. 130.5 y 131CP-, solución ésta que nos parece más acomodada a la naturaleza procesal del incidente.

6.- EJECUCIÓN DE LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE OTRAS MEDIDAS PENALES.-

6.1.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SE ENCUENTRA SUSPENDIDA.-

Para estos casos, solicitada la autorización materialización de la expulsión judicialmente impuesta en sentencia a la Ejecutoria donde el sentenciado expulsado se le concedió el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, en dicha Ejecutoria no procederá la autorización de la materialización por el cauce procesal del art. 57.7.a) LOEx, pues el término final del incidente hemos visto que concluye con la firmeza de la sentencia; pero se podrá comunicar que la medida penal establecida en la ejecutoria –suspensión de la pena privativa de libertad- no representa obstáculo procesal para materializar la expulsión.

En ocasiones puede procederse a suspender la ejecución si procediera legalmente, interesándose la notificación al reo por el cauce de la Dirección del CIEx o del Centro Penitenciario si estuviere internado. Ello vale para caso de insolvencia en caso de multas impagadas, si estuvieren pendientes de satisfacción

6.2.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA IMPUESTA FUE PRIVATIVA DE DERECHOS.-

Lo anteriormente indicado vale para los casos en que la Ejecutoria tome por base dar

cumplimiento a penas privativas de derechos: su ejecución no se ve entorpecida por la expulsión, con una sola salvedad, el de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad impuestas, pero para este caso la Circular de la FGE expresamente se manifestó a favor de autorizar la expulsión.

6.3.- CONCURRENCIA CON EJECUTORIAS EN QUE LA PENA IMPUESTA FUE PRIVATIVA DE LIBERTAD.-

Como punto de partida común debe considerarse la conclusión Décimo Sexta de la Circular FGE 5/2011, de 2 de noviembre, que estableció acertadamente que 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 su ejecución habrá que esperar 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 de la FGE 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 o a 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 materialización quede aplazada. Al igual que el cómputo de la segunda pena de prisión queda aplazado, pero la sentencia se está ejecutando.

6.3.1.- 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 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, el dictamen previo sobre la aplicación de la expulsión sustitutiva corresponde al Fiscal se emite en cada respectiva Ejecutoria.

Si la resolución del incidente sustitutivo es denegatoria de la sustitución no se suscitan

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

1°.- Remisión de testimonios por el Tribunal que acuerda la sustitución.-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.

Y en tercer lugar, si ya le constara la existencia de otras causas penadas penitenciariamente 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.

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 se titula 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 17ª 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.

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, la Institución Penitenciaria, como hemos visto, le comunica el extremo impositivo, y que el cómputo de la pena 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 justificada”, 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 sustitución 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 arto 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.

6.3.2.- Expulsión acordada por un tribunal en supuestos de fijación de máximo de cumplimiento, refundición jurídica o acumulación de penas o de condenas.-Tras la afirmación de la doctrina Parot, 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 sustitutiva 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 repercuta en nueva liquidación, rigiendo lo anteriormente

expuesto.

6.4.- LA EXPULSIÓN EN CASO DE CONCURRENCIA DE PENA Y PRISIÓN PREVENTIVA.-

Se reproducen los pasos anteriores.

6.4.1.- Remisión de testimonios por el Tribunal sentenciador que acuerda la sustitución.- 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.

6.4.2.- 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 3.2ª, 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 impeditivo 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 arto 57.7.a) de la LO 4/2000 y se autorice la expulsión por la autoridad judicial correspondiente.”