



ACUMULACIÓN DE CONDENAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD SUSTITUIDAS POR EXPULSIÓN

ACCUMULATION OF CUSTODIAL SENTENCES REPLACED BY EXPULSION

Victoria García del Blanco*

*Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Rey Juan Carlos*

RESUMEN

En el presente trabajo se abordarán someramente los problemas (y las propuestas de solución) que plantea la acumulación de condenas en supuestos de presos extranjeros cuyas condenas, por tanto, pueden estar total o parcialmente sustituidas por expulsión (art. 89 CP) y cómo, dependiendo de su concreta materialización, se afecta sustancialmente a la ejecución de todas las condenas y, consecuentemente, a la garantía de ejecución del principio de legalidad penal.

Palabras clave: acumulación de condenas, expulsión, presos extranjeros.

ABSTRACT

This contribution addresses the problems (and proposed solutions) posed by the accumulation of sentences in cases of foreign prisoners whose sentences may be totally or partially replaced by expulsion according to article 89 of the Spanish Criminal Code. It shows how, depending on how this replacement is specifically materialized, the execution of all sentences is substantially affected and, consequently, the guarantee of execution derived from the principle of legality in criminal matters is also affected.

Keywords: accumulation of sentences, expulsion, foreign prisoners.

* Miembro del Proyecto I+D+i “La movilidad humana: entre los derechos y la criminalización” (IUSMIGRANTE), [DER2016-74865-R (AEI/FEDER, UE)], en cuyo marco se ha elaborado este artículo.

1. La individualización científica como criterio rector de la legislación penitenciaria

Para conseguir los fines que legitiman la imposición de una pena de prisión su duración debe ajustarse al desvalor del hecho y a la culpabilidad del sujeto. Esta individualización de la pena transcurre por diferentes etapas que van desde la legislativa - donde se establece la clase y cantidad de pena que le corresponde a cada infracción y las normas que limitan la arbitrariedad judicial en el proceso posterior -; la judicial, donde los tribunales, a partir de las normas legales de individualización, determinarán la duración nominal a imponer al sujeto concreto por la concreta infracción; y la ejecutiva, donde la Administración penitenciaria determina la duración efectiva conforme al sistema de individualización científica, manteniendo al condenado en un establecimiento cerrado durante el tiempo necesario para poder trabajar en aquellos factores negativos que pudieron condicionar su comportamiento.

Un correcto tratamiento penitenciario exigirá un régimen de vida conforme a las características concretas del condenado, lo que implica una correcta clasificación que tome en consideración una serie de variables, tales como la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, su condición de extranjero, la duración de la pena, el medio al que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento, entre las que habrá que valorar también la sustitución de alguna de sus penas por la expulsión. Podrá ser clasificado en 1^{er} grado - que determina la aplicación de normas de régimen cerrado, esto es, un régimen en el que las medidas de control y seguridad son más estrictas -; en 2^o grado - que implica la aplicación de las normas de régimen ordinario -, o en 3^o grado - que supone la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus diversas modalidades -.

El amplio margen de discrecionalidad que el modelo de individualización científica previsto en la LOGP y el RP viene otorgando a la Administración penitenciaria debe poder cumplir su función y ajustar la duración o severidad del cumplimiento a la evolución del interno. Los instrumentos a valorar en este sentido son: (a) la libertad condicional; b) los beneficios penitenciarios que suponen acortamiento de la condena, c) el régimen abierto en la modalidad del artículo 86.4 RP y d) la modalidad de vida del artículo 100.2 RP. Las necesidades del interno - toxicodependencias, por ejemplo - su trayectoria penitenciaria; sus habilidades sociales (el desconocimiento del idioma, por ejemplo); o laborales, marcarán el tratamiento más adecuado o necesario. En este sentido, la duración de su condena se tiene en cuenta inicialmente para clasificar al sujeto - lo que puede resultar ya discutible -, pero en ningún caso debería impedir que la evolución favorable del condenado derive en un régimen en el que disponga de cada vez mayores cotas de libertad para poder reintegrarse así progresivamente en la sociedad, es decir, en ningún caso puede impedir la consecución de los fines resocializadores. ¿Y cómo se determina esa condena global del sujeto cuando concurren múltiples condenas?

2. La acumulación de condenas

Partamos de la trayectoria de un delincuente extranjero que cuando es detenido acarrea una pluralidad de delitos y que, quizás, mientras espera su ingreso en prisión o en prisión preventiva, puede que continúe delinquirando, o bien durante su estancia en prisión o en los difícilmente imaginables permisos o salidas.

Las reglas de los concursos de delitos, concretamente, para los supuestos que estamos analizando, el concurso real regulado en el artículo 73 CP, que afirma que al responsable de dos o más delitos se le impondrán todas las penas que le correspondan por las infracciones cometidas. El principio de acumulación material - o refundición de las penas - supone el cumplimiento simultáneo de todas las penas, cuando sea posible, o sucesivo, en caso contrario; y lleva aparejado el principio de acumulación jurídica que impone límites de cumplimiento: un límite relativo - el triple de la pena correspondiente a la infracción más grave - y un límite absoluto ordinario de 20 años, con unos límites absolutos extraordinarios de 25, 30 y/o 40 años para los casos especialmente graves. Estos límites se aplican en el bastante desconocido incidente de acumulación de condenas, que dada la especial repercusión que puede representar para el cumplimiento de las penas privativas de libertad debiera ser totalmente accesible y cognoscible para los penados y sus abogados.

En primer lugar, deben identificarse todas las sentencias condenatorias que en algún momento se le hayan impuesto al sujeto - independientemente de si provienen del mismo o de diferentes procesos y/o tribunales o incluso si ya se hubieran cumplido.

A continuación, utilizando el criterio de conexidad procesal (art. 17.5 y art. 988 LECrim.) agruparemos como “conexos” los “diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados”¹.

Identificados qué hechos correspondientes a las demás ejecutorias se cometieron con anterioridad se formará el bloque de acumulación, puesto que todos pudieron haber sido enjuiciados por la sentencia de referencia. A continuación, tratarán de aplicarse los límites del art. 76 CP: límite absoluto y límite relativo. En cuanto al límite relativo: habrá que hallar el triple de la más grave para ver si beneficia al penado frente a la suma aritmética de las diferentes penas. Si no le beneficia, se procederá al cumplimiento individualizado de cada

¹ Este criterio cronológico fue incorporado al art. 76.2 CP, por LO 7/2003, condicionando la acumulación al momento de comisión del hecho y la LO 1/2015, le ha dado su, hasta el momento, redacción vigente: “La limitación se aplicará, aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos cuando hayan sido cometidos antes de la fecha en que fueron enjuiciados los que, siendo objeto de la acumulación, lo hubieran sido en primer lugar”. Aunque el art. 76 CP se refiere a “la fecha en que fueron enjuiciados”, será la sentencia de fecha más antigua de entre las recaídas en las ejecutorias sometidas al expediente de acumulación la que determine el primer bloque. Para la jurisprudencia actual, no es relevante, la fecha de su firmeza, como tampoco la de la sentencia recaída en vía de recurso, y tampoco la de celebración de la vista oral (criterio este, quizás, más adecuado).

pena, sin superar los límites absolutos - 20 años con carácter general y 25, 30 y 40 en determinados supuestos excepcionales -.

Determinada la pena correspondiente al primer bloque, habrá que retornar al cuadro general para localizar entre las ejecutorias que restan - si es que resta alguna y, lógicamente, excluidas las anteriores -, cuál es la de fecha más antigua, para proceder igual de nuevo con un segundo bloque hasta la nueva aplicación de los límites al conjunto de penas acumuladas en este segundo bloque, aplicándole igualmente los límites (absolutos y relativos a dicho bloque). Finalmente, para realizar la liquidación de condenas, habrá que sumar los resultados de los diferentes bloques de acumulación; el resultado de la acumulación no está sujeto a límite alguno, pudiendo superar los límites legales establecidos como máximo para cada bloque y en algunos casos hasta las expectativas vitales del condenado.

Al hilo de la reforma operada en el art. 76.2 CP por LO 1/2015, y mediante Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2016, se fija un nuevo criterio jurisprudencial para el cómputo del máximo de cumplimiento: afirma el Tribunal Supremo que “cuando el apartado 2 del artículo 76 se refiere a que los hechos objeto de acumulación hayan sido cometidos antes de la fecha en que hubieren sido enjuiciados los que sirven de referencia, ello no significa necesariamente que esta sentencia deba ser la de fecha más antigua de todas las potencialmente acumulables sino anterior a las que hayan enjuiciado los hechos que sean objeto de acumulación en relación con la que sirve de referencia en cada caso”, por ello, “si la acumulación no es viable, nada impediría su reconsideración respecto de cualquiera de las sentencias posteriores, acordando su acumulación, si entre sí son susceptibles de ello”. Aunque este bienintencionado Acuerdo del Pleno no jurisdiccional permite formar los bloques de acumulación de la forma más beneficiosa posible para el condenado, permitiendo reducir la condena en meses o incluso en años, no pudiendo saltarse la letra de la ley, tampoco soluciona los problemas más graves de la institución (como son las condenas que terminan por superar las más optimistas expectativas de vida).

Ahora bien, ¿qué ocurre si aparecen nuevas condenas sobre hechos anteriores a la más antigua, lo que les hubiera hecho susceptibles de acumulación, bien sea porque el tribunal sentenciador no haya enviado testimonio o porque la condena recaiga con posterioridad? Como consecuencia del criterio de conexidad cronológico, en tal caso, se permitirá “deshacer” aquella previa acumulación, si el resultado beneficiare al reo, sensu contrario la decisión no podrá variarse, si ello fuere en perjuicio del reo, pues se entiende inadmisibles que pueda resultar perjudicado en función de las dilaciones en el enjuiciamiento².

² Así lo reconocen con claridad las SSTS 434/2013, de 23 de mayo y 527/2013, de 12 de junio: “Ciertamente es que una jurisprudencia remota de esta Sala Segunda, de la que se hacen eco las SSTS 317/2013, de 18 de abril, 154/2010, de 10 de febrero o 322/2011, de 19 de abril, por citar algunas, tenía establecido que las condenas que habían sido objeto de una acumulación anterior no podían volver a acumularse, al producirse en esos casos los efectos de la cosa juzgada”.

La Sala 2ª del Tribunal Supremo (particularmente desde 2003 vid. STS 336/2003, de 10 de marzo; 197/2006, de 28 de febrero; 583/2008, de 1 de octubre; 898/2009, de 17 de septiembre entre otras y más recientemente STS 259/2018, de 4 de junio, viene entendiendo que el resultado de la acumulación jurídica no se convierte en una especie de “pena nueva”, sino que únicamente supone la fijación de un límite máximo de cumplimiento en prisión, pero que no es una pena en sí, por lo que, las diferentes penas acumuladas no pierden, por este solo hecho, su propia sustantividad. Por lo tanto, como establece el art. 75 CP, las penas que no puedan ser cumplidas simultáneamente, se cumplirán siguiendo el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo en cuanto sea posible; es decir, hasta el *quantum* establecido por la acumulación de las condenas, declarándose extinguidas aquellas que superen los límites del art. 76 CP, como expresamente establece dicho artículo.

Esta individualidad propia de cada una de las penas dentro de la acumulación debe compatibilizarse con las afirmaciones de la STS 1136/2005, de 15 de septiembre y 334/2005, de 11 de octubre, entre otras, recogido también por la STEDH de 21 de octubre de 2013, Caso Del Rio Prada *versus* España (proc. 42750/09) al rechazar la doctrina Parot reiterando que la duración de la condena tras convertir las penas originariamente impuestas constituía una pena nueva e independiente resultante de ellas, y que los beneficios penitenciarios previstos por la ley debían aplicarse a la nueva pena y no a las originales. Y es que una unidad de cumplimiento resulta consustancial a la necesidad de establecer un tratamiento que dé sentido y legitimidad constitucional al cumplimiento de la condena, lo que exige el poder establecer una condena de referencia sobre la que medir los plazos objetivos de cumplimiento obligatorio para poder solicitar un permiso de salida (1/4), el tercer grado (1/2), la libertad condicional (2/3 o 3/4).

Así lo reconoce el art. 78.1 CP cuando impone que “si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del artículo 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el juez o tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo del tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias” y en el apartado 2 establece que “en estos casos, el juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando en su caso las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento”³. La pregunta entonces es ¿cuál es ese régimen general de cumplimiento que deberá aplicarse a acumulaciones que no lleguen ser la mitad de la suma total de las impuestas o al que se volverá con evolución favorable del tratamiento reeducador? Pues, lógicamente, en el régimen general los beneficios penitenciarios, los permisos de

³ El artículo continúa con excepciones concretas para delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, en los cuáles, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable: a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena; b) A la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de la libertad condicional se habrán de referir al total de la acumulación de condenas.

La única referencia al respecto se encuentra en el art. 193 RP con relación a la libertad condicional al señalar que “cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional”. Sin embargo, la ausencia de previsión legal con relación a los permisos de salida y tercer grado debería permitir, al ser más coherente con los fines resocializadores y beneficioso así para el reo, referenciarlos igualmente al resultado de la acumulación.

Y es que en ningún caso podemos permitirnos perder el objetivo resocializador y poder prever un tratamiento y una progresiva reincorporación a la sociedad exige inexcusablemente trabajar con el total de cumplimiento, independientemente de si proviene de una única condena o de la acumulación de varias. En mi opinión, la resocialización debe reconducirse e incorporarse al sistema de garantías constitucionales de carácter material (superando las rebajas a las que le ha sometido el Tribunal Constitucional al negar su carácter de derecho fundamental y limitarlo a un “mandato del constituyente para orientar la política penal y penitenciaria”). La previsión del art. 25.2 CE (espejo del 10.1 y del 15 CE) debe obligar a que, ni la duración de la condena (fruto en su caso de la imposibilidad de limitación legal), ni la indeterminación de los plazos de cumplimiento en ningún caso pueda acarrear la imposibilidad de resocialización, aunque representase aritméticamente los fines retributivos o de prevención general.

En mi opinión, una interpretación lógica implica diferenciar la “pena” como consecuencia jurídica de un delito, que debe imponer el Juez o Tribunal sentenciador en una sentencia conforme al contenido de antijuridicidad de hecho concreto y de la culpabilidad y resto de las circunstancias personales del sujeto concreto, de las que también dependerán las posibilidades de suspensión o sustitución en su caso, por ejemplo⁴ de la “condena” o “el resultado de la acumulación jurídica” en el sentido de periodo de tiempo que debe cumplir el sujeto y que puede derivarse de una única pena de prisión o de un conjunto de penas, en cuyo caso, la condena será el resultado de la acumulación de las mismas con los límites legales vistos. Ésta última no es que sea una nueva pena en sentido estricto, pero sí que necesariamente tiene que considerarse una unidad de cumplimiento conforme a la legislación penitenciaria (LOGP y RP) y su control jurisdiccional por los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

⁴ Por ello, la STS 259/2018, de 4 de junio citada considera que el tiempo de cumplimiento de prisión preventiva - dictada por el juez sentenciador - no se abona sobre el límite máximo resultante de la acumulación, sino que será abonada en su totalidad por el Juez o Tribunal Sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada (art. 58 CP, redacción conforme a la LO 5/2010).

3. La acumulación de condenas de extranjeros sustituidas por expulsión

3.1. La expulsión como sustitución de la pena de prisión impuesta al extranjero

Partiendo de estas bases, cuando abordamos la acumulación de condenas de internos extranjeros, la cosa se complica, puesto que a los extranjeros (con o sin residencia legal en España) condenados a una pena de prisión superior a un año por la comisión de algún delito, se les puede sustituir total o parcialmente por la expulsión del territorio nacional y la accesoria prohibición de regreso por un tiempo de hasta diez años (art. 89 CP).

Por señalar solamente una de las críticas más extendidas a esta medida es su gran ambivalencia aflictiva, es decir, la expulsión puede ser una sanción desproporcionadamente dura o realmente ventajosa dependiendo del caso concreto. No resulta una medida semejante para una persona cuya presencia en nuestro país obedece al objeto de delinquir o para una persona que lleva años viviendo en nuestro país y tiene aquí a su familia incluso (tanto si tiene o no autorización de residencia). Supone en muchos casos truncar un proceso vital en el que se ha invertido mucho⁵. La política criminal en materia de extranjería claramente se ha decantado por la expulsión y la reforma de 2015 parece encontrar su sentido de ser potenciando el ritmo de las expulsiones de los reclusos extranjeros⁶.

Actualmente el art. 89 CP prevé dos tipos de expulsiones: la sustitución íntegra de la condena por la expulsión (art. 89.1 CP) y la sustitución parcial (art. 89.5 CP). La “parcial” sustituye una parte concreta de la condena de prisión superior a cinco años por expulsión. Es decir, a pesar de que la literalidad del art. 89.1 CP resulta imperativa (“serán sustituidas”). Es cierto que pierde su rigor, aunque no la prioridad, pues “excepcionalmente” el Juez o Tribunal están obligados a valorar, antes de tomar su decisión motivada, cualquier tipo de razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, esto es, tanto las concernientes a la naturaleza del delito como a las condiciones del condenado.

Así, la sustitución parcial de la pena por expulsión sólo será respetuosa con los principios generales de nuestro sistema penal si la pena de prisión no sustituida y la posterior expulsión en conjunto resulte proporcional hecho pues se fundamenta en la evitación de la impunidad cuando se trate de hechos delictivos de cierta gravedad (fines retributivos y de prevención general). Sólo señala el art. 89.2 CP que la parte de la pena a cumplir será la “que resulte necesario para asegurar la defensa del orden público y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito”. De esta forma, lógicamente el Juez o el Tribunal a la

⁵ La política criminal en materia de extranjería, por ejemplo, el art. 2 bis de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX), introducido por la reforma de LO 2/2009, de 11 de diciembre, mantiene como principio general que los extranjeros que cometen delitos castigados con pena de prisión superior a un año sean expulsados. Aunque en el apartado 4 del art. 89 CP excluye la sustitución (tanto la total como la parcial) cuando resulte una medida desproporcionada en virtud de las circunstancias personales del autor, en particular su arraigo en España.

⁶ Como también parece derivarse de la Instrucción 03/2019 de la Secretaría General de Instituciones penitenciarias de “Normas generales sobre internos extranjeros”.

hora de tomar la decisión sobre la sustitución de la prisión por la expulsión judicial, debe tener en cuenta las circunstancias del hecho delictivo concreto y las particulares de la situación de su autor: por ejemplo, las dificultades para la integración social que pueda tener el sujeto concreto una vez cumplida la pena teniendo en cuenta el marco del contexto legal que regula la extranjería en nuestro país. Y los internos extranjeros pueden hallarse en situaciones muy diferentes unas de otras, ya sea por lo que se refiere a su estancia o permanencia en España, a sus posibilidades de inserción social con posterioridad al cumplimiento de la pena.

También se prevé la posibilidad de sustitución parcial por expulsión, aunque la regla general será la sustitución completa, para penas superiores a un año e inferiores a cinco años cuando no sea aplicable la sustitución completa debido a la naturaleza y gravedad del delito o delitos cometidos por el extranjero. Y precisamente en virtud a la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad, se establece que la pena de prisión a cumplir no podrá superar en esos casos los 2/3 de cumplimiento.

En el resto de supuestos de sustitución parcial (es decir, cuando las penas superen los cinco años de prisión) la parte de la pena a cumplir antes de la expulsión puede fijarse de forma concreta (la mitad de la condena, por ejemplo) o bien, conforme establece también el art. 89 CP, precisar que la expulsión se llevará a cabo en el momento en el que el interno alcance el tercer grado o la libertad condicional (siempre que se respeten los plazos legales previstos)⁷.

En cualquier caso, el extranjero ni tiene un derecho subjetivo a ser expulsado, ni lo tiene a cumplir la condena en España (STS 1400/2005, de 23 de noviembre), de tal manera que la conformidad o disconformidad del condenado no vincula al tribunal a la hora de tomar la decisión correspondiente (STS 1546/2004, de 21 de diciembre; 906/2005, de 8 de julio; 366/2006, de 30 de marzo y 166/2007, de 14 de febrero).

3.2. Las penas sustituidas por expulsión en la acumulación de condenas

Para realizar la acumulación de condenas, como hemos visto, necesitamos conocer todas las penas recaídas en sentencia firme contra el interno. Recordemos que debemos realizar la acumulación material de las penas que no puedan ser cumplidas de forma simultánea y agruparlas en bloques de delitos conexos, aplicando a cada bloque el límite (tanto el relativo como los absolutos) y extinguir las que los superen; para finalmente acumular el resultado de la acumulación de cada bloque. ¿Qué ocurre entonces con las penas sustituidas total o

⁷ Para obtener el tercer grado penitenciario el interno debe haber cumplido la mitad de su condena cuando ésta supere los cinco años de prisión. La libertad condicional (art. 91 CP; art. 205 RP), salvo en los supuestos de septuagenarios o enfermos incurables, requiere haber extinguido las 3/4 de la condena impuesta, pero cabe: (1) el adelantamiento a 2/3 por razones de tratamiento, siempre que el interno haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales (art. 91.1 CP) y (2) el adelantamiento cualificado (art 91.2 CP), donde el plazo se podrá rebajar hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, una vez extinguida la mitad de la condena.

parcialmente por expulsión? ¿Qué cuantía tendremos en cuenta para realizar la acumulación material o para realizar el triple de la más grave?

El Acuerdo del Pleno del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 establece que “no cabe incluir en la acumulación, el periodo de prisión sustituido por expulsión; salvo si la expulsión se frustra y se inicia o continúa a la ejecución de la pena de prisión inicial, que dará lugar a una nueva liquidación”. Evidentemente, si la pena está sustituida total o parcialmente, la parte sustituida no debe configurar ni la acumulación material ni utilizarse para calcular el límite relativo. La parte no sustituida de las penas sustituidas parcialmente no plantea, sin embargo, ningún problema como parte de la acumulación material o como referente para el triple de la más grave, en caso de serlo.

Esto no obsta para que, conforme al art. 75 CP, estas penas sustituidas total o parcialmente, sigan figurando con identidad propia dentro de la unidad de cumplimiento (resultado de la acumulación) y cumplirse en el orden que le corresponda en función de su gravedad. Evidentemente, la gravedad de la expulsión concreta dependerá de la pena que sustituye concretamente, por lo tanto, tomaremos como referencia la pena inicialmente impuesta (antes de la sustitución). Podremos encontrarnos así ante tres situaciones distintas:

Primera posibilidad: puede que la sentencia sustituida total o parcialmente sea la más grave del conjunto de condenas que entran en el bloque de acumulación (supongamos que todos los delitos son conexos). En este caso, como las penas no pierden su individualidad dentro de la unidad de cumplimiento y se ejecutarán por orden de gravedad, sería la primera en ejecutarse. Por lo tanto, debería intentarse la expulsión desde el primer momento en caso de que la sustitución sea total. Si la sustitución fuera parcial, cumplido el tiempo de pena establecido en la sentencia debería de procederse a la expulsión. Si en ese momento la expulsión fuese de imposible cumplimiento porque no se hubieran alcanzado las 2/3 o las 3/4 partes de la unidad de cumplimiento - que permitiría la concesión de la Libertad condicional conforme al art. 197 RP del penado y la expulsión -, la expulsión resultaría frustrada. Entonces, como venía diciendo el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2018 “si la expulsión se frustra y se inicia o continua la ejecución de la pena inicial”, en este caso por tanto se regresaría a la pena inicial de prisión. Esto afectaría a la acumulación puesto que esa pena de prisión no se había tenido en cuenta inicialmente y habrá que realizar una nueva acumulación⁸.

La duda que se me plantea en ese momento es si podríamos entender que esa pena que resurge tras la frustración de la expulsión podría considerarse una pena nueva que impidiese una nueva acumulación si ésta fuese contraria a reo, como hemos visto antes. Sin embargo, creo

⁸ Y es que dichas penas sustituidas no lo serán efectivamente hasta que se haya llevado a efecto la expulsión, puesto que según dispone la Disposición Adicional 17 de la Ley 19/2003 de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, deberán cumplirse si llegado el momento de la expulsión, en el plazo de un mes ésta no pudiera materializarse. Por lo tanto, si el sujeto tiene una pena sustituida totalmente por expulsión y llegado el momento de materializarse la misma, no fuera posible por cualquier motivo en el plazo de un mes, dicha pena deberá cumplirse.

que no es una pena nueva⁹, sino una pena que había sido sustituida, por lo que habría que procederse necesariamente a la nueva acumulación (incluso contra reo).

Otro problema lo plantean las sustituciones parciales condicionadas a que se haya alcanzado el tercer grado o la libertad condicional. Y es que un Juez o Tribunal sentenciador al establecer la sustitución de una pena como consecuencia jurídica de un hecho concreto y de la culpabilidad concreta de un determinado sujeto con sus circunstancias particulares, no puede condicionar esa sustitución a una circunstancia que puede afectar a un conjunto de penas que conforman una unidad de cumplimiento (sobre la que se aplica el tercer grado o la libertad condicional). Por lo tanto, sólo podrá ser ejecutada la expulsión en estos supuestos si la pena sustituida parcialmente es la única a cumplir y, por tanto, coincide con la unidad de cumplimiento. O bien, si por pura coincidencia, mientras se cumple dicha pena - por orden de gravedad - se alcanza el tercer grado o la libertad condicional del resultado de la acumulación.

Segunda posibilidad: puede que la sentencia sustituida total o parcialmente sea la segunda o la tercera o [...] del conjunto de condenas que entran en el bloque de acumulación. En ese caso, cuando se hubieran cumplido las anteriores penas - en caso de la sustitución total -, o llegado el cumplimiento del plazo concreto establecido por el Juez o Tribunal sentenciador de cumplimiento y, por tanto, el momento de la expulsión - en caso de sustitución parcial sometida a plazo concreto -, o si se hubieran alcanzado los plazos para la concesión del tercer grado o libertad condicional del resultado de la acumulación - en caso de sustitución parcial condicionada a tercer grado o libertad condicional - se intentará llevarla a cabo. Sin embargo, aunque la expulsión no es un derecho del interno, sí que lo es aceptar el tercer grado o la libertad condicional, por lo que, si el interno no consiente en la progresión en grado, la expulsión se verá frustrada y deberá iniciar o continuar la ejecución de la pena de prisión inicial y realizarse una nueva acumulación teniendo en cuenta la pena sustituida - se revertiría la sustitución como en el caso anterior -.

Tercera posibilidad: también puede ocurrir que la pena sustituida total o parcialmente por la expulsión quede fuera de los límites establecidos por el art. 76 CP para la acumulación de los delitos conexos. En ese caso, como establece también el mismo artículo, las penas que exceden los límites se verán extinguidas y con ellas su sustitución también. Por lo tanto, la expulsión dictada en esas penas extinguidas también resultará extinguida.

BIBLIOGRAFÍA

Bonilla Correa, J. A. (2010): “Tratamiento de los delincuentes extranjeros: medidas de expulsión. Consideraciones político-criminales”, en *Diario La Ley*, n. 7445.

⁹ No podría achacarse a un mal funcionamiento de la Administración de justicia como en el caso de que no hubiesen aparecido ejecutorias antes de que se realizase la acumulación.

- Cordero Lozano, C. (2011): *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Barcelona.
- Fernández Arévalo, L. (2010): “Expulsión judicial y reforma de la LO 5/2010”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 24.
- Marcos Madruga, F. (2010): “Una aproximación al tratamiento penitenciario de los extranjeros en prisión”, en *Diario La Ley*, n. 7410.
- Ortiz González, A. L. (2009): “Prisión, extranjería, reeducación y reinserción: realidades difíciles de hacer compatibles”, en *Cuadernos de Derechos Penitenciario*, n. 16.
- Rodríguez Balado, E. (2011): “La intervención de la jurisdicción penal en el ámbito de la expulsión de extranjeros: autorización de la expulsión administrativa y autorización sustitutiva”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 26.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2011): “Comentarios al art. 89”, en *Comentarios al Código Penal español*, Tomo I, G. Quintero Olivares (dir.), 6.^a ed., Pamplona.
- Torres Fernández, M.^a E. (2012): *La expulsión de extranjeros en Derecho Penal*, Madrid, La Ley.