

## ÍNDICE

### PENA DE PRISIÓN Y EXTRANJERÍA: ALGUNAS ESPECIFICIDADES LEGISLATIVAS

Cristina Almeida Herrero

Abogada de Cáritas Diocesana de Salamanca

**INTRODUCCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPULSIÓN: 1. Expulsión Híbrida; 2. Expulsión Judicial; 2.1. Expulsión sustitutiva del cumplimiento de penas privativas de libertad; 2.1.1. Competencia; 2.1.2. Sustitución de penas; 2.1.3. Momento procesal oportuno; 2.1.4. No residencia legal en España; 2.1.5. Referencia a la naturaleza del delito; 2.1.6. Audiencia a las partes/circunstancias personales del penado; 2.1.7. Cumplimiento de pena (inaplicabilidad de la expulsión); 2.1.8. Efecto de la sustitución; 2.1.10. No aplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del CP. 2.1.9. No sustitución en determinados delitos; 2.1.11. Archivo de procedimiento administrativo en curso; 2.1.12. No se prevé la satisfacción de la responsabilidad civil antes de proceder a la expulsión; 2.2. Expulsión sustitutiva de medida de seguridad; 3. Expulsión Administrativa; LIBERTAD CONDICIONAL; CUMPLIMIENTO EN EL PAÍS DE ORIGEN; SITUACION ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN: Documentación; Situación Administrativa.**

#### INTRODUCCIÓN

Decretar la expulsión de los extranjeros que cometen un delito en España ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico, primero como sanción administrativa en las sucesivas leyes de extranjería y posteriormente, introduciéndola en el Código Penal como sanción penal.

En el presente trabajo, tratamos de analizar las distintas modalidades de expulsión relacionadas con la comisión de delitos por parte de extranjeros establecidas en los artículos 57.2 y 57 de la LOEX<sup>1</sup>; y en el artículo 89 del Código Penal (CP).

Por lo que se refiere al artículo 89 podemos contabilizar tres versiones diferentes en el corto espacio de tiempo de ocho años. La primera estuvo en vigor desde la vigencia del Código Penal (Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre) hasta el 22 de enero de 2001, la segunda versión dada por la Ley Orgánica 8/2000 (modificó la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración social, LOEX), desde el 23 de enero de 2001 hasta el 30 de septiembre de 2003, y la tercera –la actualmen-

te en vigor– dada por la Ley Orgánica 11/2003 sobre medidas concretas en materias de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, estrenó su vigencia a partir del 1 de octubre de 2003. Según se ha ido legislando a lo largo del tiempo se ha ido endureciendo de manera clara su regulación.

Asimismo se analiza la posibilidad del cumplimiento de la pena (Tratado de Estrasburgo) y de libertad condicional en su país de origen.

También nos parece importante el hacer una breve referencia a la situación administrativa en la que se encuentran los extranjeros presos en España.

#### ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPULSIÓN<sup>2</sup>

##### 1. Expulsión Híbrida

Es aquella que se encuentra regulada en el Art. 57.7<sup>3</sup> de la LOEX

<sup>2</sup> A efectos de este trabajo, utilizamos la clasificación realizada por Manuel Castro Alberto, profesor del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones.

<sup>3</sup> Art. redactado de acuerdo a la modificación establecida por la LO 11/2003 de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia de género e integración de los extranjeros en España.

“a) Cuando 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, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, 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.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el Juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318.bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

En el supuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España y que fueren condenados por sentencia firme, será de aplicación lo dispuesto en el Art. 89 del Código Penal.”

Con esta figura se prima el interés administrativo del Estado frente al *ius puniendi*. La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado establecía “La expulsión del territorio nacional de los extranjeros sujetos a causa criminal puede llegar a enfren- tar exigencias de la política de los extranjeros con los fines de política criminal, creando un conflicto entre legítimos intereses del Estado que, en virtud de la preeminencia de la función jurisdiccional sobre la actuación administrativa y del posible afectación de derechos fundamentales, corresponde dirimir a los jueces y Tribunales del orden penal”.

Este precepto establece la autorización judicial de expulsión de un extranjero que se encuentre inculcado o procesado. En relación al término “inculcado”, la citada Circular decía “de modo que tan pronto como se concrete la inculpación en fase de diligencias previas, mediante la citación del extranjero ante el Juez de Instrucción en calidad de imputado, (Art. 775 L.E.Criminal) quedará la vía para autorizar judicialmente la expulsión gubernativa, tal y como reconoce expresamente el Tribunal

Constitucional en su sentencia 24/2000, de 30 de enero<sup>4</sup>”.

Más problemas nos plantea al término “procesado”. Esta condición se adquiere cuando se dicta un auto que así lo declara, y ello sólo ocurre en el procedimiento ordinario, cuya competencia se extiende a delitos que tienen señalada una pena superior a nueve años de prisión (Art. 757 L.E.Criminal), quedando, pues, fuera de la posibilidad de autorizar la expulsión, dado que ésta sólo es posible en penas inferiores a seis años. De ello surge distinta doctrina<sup>5</sup> que manifiesta que la pena debe ser fijada en abstracto dado que el Art. establece “delito o falta para el que la ley prevea...”. otras opiniones consideran que debe ser concretada teniendo en cuenta la forma de participación, el grado de ejecución, o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; y una posición intermedia considera que debe tenerse en cuenta la pena en abstracto, salvo que, una vez producido el auto de procesamiento, éste se realiza por un delito con una forma de participación, de ejecución o por concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que por imperativo legal, impida poner una pena superior a seis años de prisión. Juan Francisco Merino manifiesta que como posteriormente al auto de procesamiento pueden practicarse diligencias que hagan modificar las circunstancias tenidas en cuenta, se debería tener en cuenta la pena en abstracto, salvo cuando ya las partes acusadoras hayan procedido a presentar escrito de calificaciones, dado que en este momento ya se han tenido en cuenta todas las circunstancias modificativas de la pena.

Una de las novedades de la reforma es que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta cuya pena sea inferior a seis años. Antes sólo era posible en el caso de un procedimiento judicial.

En aplicación de este artículo, el Juez autorizará, a petición de la autoridad gubernativa, la expulsión en un plazo no superior a tres días salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales<sup>6</sup> que justifiquen su denegación cuando se trate de un extranjero que

<sup>4</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla.

<sup>5</sup> MERINO RODRÍGUEZ, JF “Expulsiones de extranjeros relacionadas con el derecho penal”.

<sup>6</sup> La Circular de Fiscalía 2/2006 manifiesta claramente que no se debe entrar en valorar el arraigo de la persona afectada ni verificar la acreditación de los hechos que dan lugar a la expulsión dado que el Juez Penal ni expulsa ni controla la legalidad de la expulsión.

está incurso en causa de expulsión y que a su vez está procesado o inculcado en un procedimiento penal que puede originar la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años.

El término autoridad gubernativa, hace referencia a las Subdelegaciones y Delegaciones de Gobierno, sin embargo, en la práctica son las Brigadas de Extranjería y Documentación de la Policía Nacional, dependientes de éstas, las que solicitan dicha autorización.

Es claro que el Juez no debería dar su autorización si la causa de incoación de expediente de expulsión es la misma que ha dado lugar al procedimiento penal, dado que se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el *non bis in idem*.

El momento procesal oportuno para autorizar la expulsión será hasta el inicio del juicio oral; pasado el mismo, el Juez o Tribunal dictará sentencia y estará a lo establecido en el Art. 89 ó 108 del Código Penal.

El Art. 142<sup>7</sup> del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LOEX, establece por primera vez y de manera acertada la audiencia no sólo al Ministerio Fiscal, sino también al interesado y a las partes personadas y ello acorde con reiterada jurisprudencia<sup>8</sup>.

La citada Circular 2/2006 insta a los Fiscales a informar favorablemente a la autorización, salvo que existan circunstancias excepcionales. Además, establece que si, por haberse iniciado el juicio oral, no sea posible aplicar el Art. 57.7 LOEX y simultáneamente no sea de aplicación el Art. 89 CP, los fiscales promoverán que la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad posible, de forma que la pena impuesta (localización permanente, beneficios a la comunidad) no sea un impedimento para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente.

Al igual que ocurrirá en los Art. 89 y 108 del CP, queda excluida la posibilidad de aplicación de este precepto a los responsables de delitos relacionados con el tráfico de personas de los artículos 312, 318.bis, 515.6 (actualmente derogado), 517 y 518 del CP.

Es importante reseñar que el Juez o Tribunal únicamente autoriza la salida o la expulsión, sien-

do la Autoridad Gubernativa quien la acuerda, tras dictar el preceptivo acto administrativo sancionador. Es la existencia previa del acuerdo gubernativo adoptado por hallarse el extranjero incurso en alguna de las citadas causas legales de expulsión, el que motiva la expulsión, no el encontrarse incurso en un proceso penal.

A nuestro juicio, el Juez no debe autorizar la expulsión si la resolución gubernativa de expulsión que se ha dictado se encuentra en vía de recurso (exista o no medida cautelar de suspensión temporal de la expulsión), y ello debido a que, en caso contrario, se podrían producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación para el extranjero.

La concesión o denegación de la autorización deberá hacerse por Auto motivado, que será susceptible de recurso de reforma y de apelación. En los recursos, se tratará de la procedencia o no de la autorización de la expulsión, no pudiendo entrar en las causas o circunstancias que concurren en la expulsión que será objeto de un recurso contencioso-administrativo<sup>9</sup>.

El proceso penal será archivado de forma provisional<sup>10</sup>, no debiendo acordarse definitivo hasta el transcurso de la prescripción.

Si la expulsión no se ejecutara, habrá de continuar el procedimiento y si el expulsado regresara al territorio español no se reabrirá el proceso penal

<sup>9</sup> STC S 30-1-2000 núm 24/2000 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla); STC S 17-1-1994 núm 12/1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra); STC S 12-2-1996 núm 21/1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. José Galbador López); STC S 16-04-1996 núm 66/1996 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Delgado Barrio); STC S 27-9-1999 núm 174/1999 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carles Viver-Pi-Sunyer).

<sup>10</sup> La Circular de Fiscalía 2/2006 establece que:

“- Si el procedimiento penal hubiera concluido por sobreseimiento libre, no es necesaria la autorización del órgano de la jurisdicción penal la autorización de la expulsión.

- Si existiese un sobreseimiento provisional por estar imputado en paradero desconocido, es necesaria la autorización si se quiere expulsar al prófugo, pues la solicitud de la autorización supone que el extranjero ha sido localizado.

- Si se hubiese dictado sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos, habrá que distinguir dos supuestos:

1. Si la pena asignada al delito es inferior a seis años, el Ministerio Fiscal informará favorablemente a la autorización.

2. Si la pena asignada fuese privativa de libertad igual o superior a seis años y los impedimentos que han llevado a decretar el sobreseimiento no pudieran superarse, el Ministerio Fiscal ha de informar positivamente a la autorización; en otro caso, denegará al estar comprendida la pena en el tope legal.”

sino que se devolverá<sup>11</sup> a su país de origen por la autoridad gubernativa y si aquella, no pudiera ejecutarse, se alzaré el archivo provisional acordado en la causa penal.

La expulsión conllevará una prohibición de entrada en España y en territorio Schengen<sup>12</sup> por un período de tiempo que será el impuesto en la resolución (según lo establecido en el Art. 58 de la LOEX de 3 a 10 años).

## 2. Expulsión Judicial

Esta modalidad de expulsión está consagrada en los Art. 89 y 108 del CP vigente, que prevé que sea acordada en el seno de un procedimiento penal por Jueces y Tribunales.

### 2.1. Expulsión sustitutiva del cumplimiento de penas privativas de libertad

Se establece en el Art. 89 del CP que:

<sup>11</sup> Art. 58 LOEX se desarrolla en el epígrafe “Expulsión Judicial”.

<sup>12</sup> Países a los que se aplica el Acervo de Schengen: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Finlandia, Suecia, Chequia, Estonia, Chipre, Letonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia, además de Noruega e Islandia.

Art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen: “1. Los datos relativos a los extranjeros que estén incluidos en la lista de no admisibles se introducirán sobre la base de una descripción nacional resultante de decisiones adoptadas, observando las normas de procedimiento previstas por la legislación nacional, por las Autoridades administrativas o por los órganos jurisdiccionales competentes.

2. Las decisiones podrán basarse en la amenaza para el orden público o la seguridad nacional que pueda constituir la presencia de un extranjero en el territorio nacional.

Éste podrá ser particularmente el caso:

a) De un extranjero que haya sido condenado por una infracción sancionada con una pena privativa de libertad de un año como mínimo.

b) De un extranjero sobre el cual existan razones serias para creer que ha cometido hechos delictivos graves, incluidos los contemplados en el artículo 71, o sobre el cual existan indicios reales de que piensa cometer tales hechos en el territorio de una Parte contratante.

3. Las decisiones podrán basarse asimismo en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, de devolución o de expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que incluya o vaya acompañada de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales relativas a la entrada o a la residencia de extranjeros”.

“1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por expulsión del territorio español 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 de la condena en un centro penitenciario en España. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a la pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80 y 83 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentará quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada 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.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318.bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal.

Este artículo, como ya hemos visto ha sufrido tres modificaciones en menos de ocho años, la última fue realizada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia de género e integración de los extranjeros en España.

La propia Exposición de motivos de la citada Ley justifica la reforma del artículo manifestando que... “De esta forma se logra una mayor eficacia en

<sup>7</sup> Art. 142 RLOEX “...la autoridad gubernativa someterá al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, 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”. (Subrayado es nuestro).

<sup>8</sup> TC 1.ª, S. 20-07-1994, núm. 242/1994 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Rodríguez-Piñedo y Bravo Ferrer).

la medida de expulsión, medida que, como no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto”.

En su redacción actual, se ha suprimido la discrecionalidad de los Jueces y Tribunales en decretar la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión estableciendo como más adelante veremos, una conminación legal dirigida al juzgador<sup>13</sup>.

La expulsión como sustitutivo del cumplimiento de penas privativas de libertad inferiores a seis años es signo de una política penitenciaria influenciada por la política migratoria; dado que, por una parte, la densidad de población penitenciaria se ha incrementado produciéndose una masificación; y, por otra, la política migratoria actual tiende a un régimen sancionador más estricto donde prevalece la sanción de expulsión en contraposición a una política que favorezca la integración.

Se trata, pues, como dice el Tribunal Supremo<sup>14</sup>, de una posición claramente defensiva con el fin de reducir el número de presos en las prisiones españolas.

Lo primero que hemos de decir es que la naturaleza jurídica de la expulsión, aunque venga así determinada por el Art. 96 CP reformado por LO 11/2003 de 29 de septiembre, no es la de una medida de seguridad, pese a la redacción paralela del Art. 108 del mismo cuerpo, dado que no es acorde con la finalidad que éstas deben cumplir.

Tampoco se puede considerar como una pena, ya que tal circunstancia deriva directamente del hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el Art. 33 CP, como sí ocurre con el resto de las posibilidades de sustitución de las penas privativas de libertad. Además, también se menciona la expulsión en el Art. 34 CP, que establece una relación de lo que no se considera pena.

El Tribunal Constitucional considera “la expulsión” en unas ocasiones, una medida restrictiva de derechos y en otras como un beneficio según se impusiera contra la voluntad del reo o a petición del mismo en sentencia, lo que determinaba la esquizofrenia jurídica que afectaba y afecta a la institución<sup>15</sup>.

Por otra parte, se trata de una figura muy discutida por su difícil compatibilidad con principios como el de igualdad, el de proporcionalidad y el de *non bis in idem*.

En cuanto al principio de igualdad, parte de la doctrina mantiene que la sustitución de la pena de prisión por expulsión en penas inferiores a seis años infringe este principio, discriminando a los condenados españoles y a aquellos condenados que son residentes legales en territorio español, puesto que éstos cumplirían la condena en prisión mientras que los extranjeros no residentes legales no cumplirían pena.

Esta previsión también presenta problemas de cara a la función preventiva de la ley, pues la sanción de expulsión puede ser muy leve para algunos individuos (por ejemplo, aquellos cuya estancia en España tenía como único fin el cometer un delito<sup>16</sup> o aquellos delincuentes profesionalizados en delinquir en el extranjero) los cuales normalmente dispondrán de medios con los que lograr una nueva entrada irregular en España. Por ello, podría resultar una sanción muy leve para los extranjeros nacionales de países que, por la política de supresión de visados, tengan grandes facilidades para ingresar de nuevo en territorio español. Todo ello puede, además, generar en el ciudadano respetuoso con la legalidad la pérdida de confianza en un sistema penal que permite la práctica impunidad para algunos infractores de delitos considerados socialmente graves e incentivar a ciudadanos de otros países a la comisión de determinados delitos<sup>17</sup>.

Sin embargo, frente a esta doctrina, el Tribunal Constitucional en Auto de 21 de abril de 1997 esta-

blece que el precepto del Art. 89.1 del CP no viola el principio de igualdad ya que es posible establecer un trato punitivo desigual, de carácter favorable, para los extranjeros no residentes legalmente en España en comparación con los españoles que cometieren esos mismos delitos.

También señala este Tribunal en el mismo auto que “...ni en rigor puede decirse que tal expulsión sea una pena ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un sólo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de esas finalidades preventivo-especiales, que, desde luego, no están absolutamente garantizadas por el simple regreso del penado extranjero a su país. Por último, debe recordarse que la finalidad preventivo-especial no es la única que corresponde cumplir a las penas y que, en particular debe ceder siempre que resulte contrapuesta a las necesidades de carácter preventivo-general o de reafirmación del ordenamiento jurídico.”

Asimismo, estas medidas son totalmente contrarias al “respeto escrupuloso al principio de cumplimiento de las penas”, que tanto preocupa al legislador, como pone de manifiesto la propia exposición de motivos de la Ley 11/2003.

Respecto al principio de proporcionalidad se ha de decir que uno de los efectos de la sustitución de la pena por expulsión, es la prohibición de entrada en España, y en territorio Schengen, como veremos, por diez años, con independencia de la gravedad de los hechos cometidos, arraigo del extranjero en España, posibilidades de inserción en la sociedad española, etc. Por lo tanto, a nuestro juicio se viola claramente este principio.

Por último, nos encontramos con serios problemas respecto al principio *non bis in idem*, en el caso de la sustitución de condenas iguales o superiores a los seis años; pues el extranjero, en este caso, no sólo cumplirá la pena, sino que, en el momento en que un reo español esté en condiciones de alcanzar la libertad (aunque condicional), comenzará a cumplir una segunda pena: su expulsión del territorio español.

Esta sustitución de la pena por expulsión, en penas superiores a seis años, una vez tenga cumplidas las  $\frac{3}{4}$  partes de la condena, no se debe de confundir con la libertad condicional en el país de origen, que se regula en el Art. 197 del Reglamento Penitenciario, pese a que ambas figuras precisan que el recluso extranjero tenga cumplida las tres cuartas partes de su condena. La sustitución de la pena por expulsión cumplidas las  $\frac{3}{4}$  partes es un sustitutivo penal, y será la autoridad judicial que le sentenció la competente para otorgarla en la propia sentencia

(por lo tanto es una fecha concreta, independientemente de la clasificación penitenciaria que tenga). Esta expulsión conlleva, además, una prohibición de entrada de diez años, lo que la diferencia de la libertad condicional cumplida en el país de origen. A nuestro juicio esta figura no tiene un fin resocializador como lo tiene la libertad condicional sino que, en este caso, se está primando la seguridad del Estado.

Analizamos a continuación de manera detallada este artículo.

## 2.1.1. Competencia

El Art. 89 establece la competencia en los Juzgados y Tribunales, claro está, de ámbito penal: Juzgados de lo Penal, Audiencias Provinciales, Juzgados Centrales de lo Penal, Audiencia Nacional, Tribunal Jurado.

A estos hay que añadir, los Juzgados de Instrucción en tanto que dicten sentencias de conformidad en el procedimiento establecido en la Ley 38/2002 (Juicio Rápido) no como juzgador de faltas dado que a nuestro juicio no pueden ser objeto de esta medida como expondremos a continuación.

## 2.1.2. Sustitución de penas

El Art. 89 del CP establece que sólo se pueden sustituir penas privativas de libertad, no penas de otra naturaleza (por ejemplo, las privativas de derechos) lo cual puede dar lugar al absurdo de que en sentencia se imponga una pena accesoria abocada a no cumplirse, al ser accesoria de una que será sustituida por expulsión<sup>18</sup>.

Se debe tener en cuenta la pena impuesta en sentencia no la pena abstracta señalada en el delito. Si en una misma sentencia, el extranjero es condenado a varias penas, inferiores a seis años pero que sumadas exceden de este límite, se tendrán que ponderar cada una de ellas para proceder a la sustitución por expulsión<sup>19</sup>. El legislador no ha establecido ninguna cláusula limitativa a este

<sup>13</sup> Anterior redacción el legislador establecía “...podrán ser sustituidas por expulsión...” tras la redacción dada en la Ley Orgánica 11/2003, se establece “... serán sustituidas por expulsión...”.

<sup>14</sup> STS nº 901/2001 de 8 de julio, Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Jiménez García: “la filosofía de la reforma del art. 89 del Código Penal responde a criterios meramente defensistas, utilitaristas y de política criminal, muy atendibles pero siempre que vayan precedidos del indispensable juicio de ponderación ante los bienes en conflicto lo que supone un análisis individualizado caso a caso y por tanto motivado”.

<sup>15</sup> ESTEBAN MEILÓN, M<sup>a</sup> R. “La facultad judicial de sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión de los extranjeros”. Revista de Jurisprudencia El Derecho, nº 4 pag. 1

<sup>16</sup> De la misma opinión es MONTESERÍN, quien opina que la expulsión “no va a resultar eficaz, porque la mayoría de los delincuentes extranjeros que delinquen lo hacen transportando droga. Empujados por la pobreza que sufren en su país volverán a intentarlo; si les sale bien se quedan, si no, les devuelven gratis a su país”. Véase: MONTESERÍN, E.: “Encarcelar el problema”, Claves, nº 139, 2004, p. 76.

<sup>17</sup> JUANATEY DORADO, Carmen: “La Ley de Medidas de Reforma para el cumplimiento íntegro de las penas y los principios constitucionales del Derecho Penal”, La Ley Penal, nº 9, 2004, p. 9.

<sup>18</sup> AGUERO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: “Comentarios al proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº 3, Lex Nova, 2003, p. 120.

<sup>19</sup> Nuestra opinión coincide con RÍOS MARTÍN, JC: “Manual de ejecución penitenciaria: defenderse en la cárcel”, Ed. Codex, 2001 y con la Instrucción 4/2003 de la Fiscalía del TSJ de Madrid.

respecto, en esta forma de sustitución de pena; sin embargo, cuando lo ha querido especificar lo ha hecho. Un ejemplo de ello es el Art. 81.2 CP, en el que se establece la posibilidad de suspender la ejecución de la pena impuesta si la misma no excede de dos años o la suma de las impuestas en una misma sentencia no exceda de este límite.<sup>20</sup>

Cabría la sustitución por expulsión de la pena de arresto de fin de semana, puesto que se trata de una pena privativa de libertad.

Sin embargo, no ocurre igual con la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa, dado que, aunque se trata de una pena privativa de libertad, no es aplicable en la propia sentencia, (momento procesal oportuno para decretar la sustitución como veremos a continuación), sino que se impone con posterioridad, cuando se ha verificado el impago de la multa impuesta. Pero aún considerando que la sustitución de la pena por expulsión se puede llevar a cabo en ejecución de sentencia, a nuestro juicio esto no sería posible en tanto que según lo establecido en el Art. 88.3 CP, en ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

Además de todo lo anterior a nuestro juicio, la sustitución por expulsión de la responsabilidad subsidiaria en caso de impago de multa podría suponer una discriminación por el mero hecho de tener recursos económicos o no.

En el caso de las penas privativas de libertad impuestas en juicios de faltas y en base al criterio de proporcionalidad no deberían ser sustituidas por expulsión. Además, el en Art. 89 del CP el legislador sólo hace referencia a delitos, en ningún momento se refiere a las faltas como sí hace el Art. 57.7 de LOEX. Sin embargo no todos los Tribunales mantienen la misma tesis; un ejemplo de ello es la sentencia dictada por la S. A.P. de Alicante S 2-2-2004 núm. 17/2004<sup>21</sup>.

Si se trata de penas privativas de libertad inferiores a tres meses, conforme a lo establecido en el Art. 71.2 del CP, será imperativo sustituirla por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad.

Respecto a la pena de la localización permanente, pese a ser una pena privativa de libertad (Art. 35 CP), es una pena leve, por tanto no cabría

la sustitución de la misma por expulsión en base al principio de proporcionalidad.

En el caso de que un extranjero, que tenga varias causas penales que se encuentren aun en enjuiciamiento y en un procedimiento, se le haya decretado la sustitución de pena por expulsión, sólo se podrá solicitar la autorización del Juez por parte de la autoridad gubernativa (Art. 57.2 LOEX, expulsión híbrida), si existe una resolución anterior de expulsión<sup>22</sup>, en caso contrario se procederá al cumplimiento de la pena impuesta según lo establecido en el Art. 89.1 CP.

En el supuesto en el que se haya producido una acumulación de condena conforme a lo establecido en el Art. 76 CP, el Juez o Tribunal que haya realizado la misma será el competente para acordar la sustitución por expulsión, a instancias del Ministerio Fiscal o del penado, siempre que se reúnan los requisitos del Art. 89 del CP<sup>23</sup>.

Si dicha acumulación no es posible, y se da el supuesto en que en algunas causas se decretó la sustitución y en otras no, se procederá al cumplimiento de las penas impuestas y se ejecutará la expulsión una vez cumplidas las mismas<sup>24</sup>. Si los Jueces o Tribunales no decretaron la sustitución de la pena en sentencia ni motivaron su denegación, es posible que el preso extranjero lo solicite en ejecución de sentencia, como veremos a continuación. El hecho de tener decretada la sustitución por expulsión de una pena, le condicionará su estancia en prisión privándole de permisos, progresiones de grado, etc., dado que, conforme a la tabla de variable de riesgos, por un lado, y a su "improbable inserción" en España, por otro, se considera elevado el riesgo de fuga y nulo su pronóstico favorable de reinserción. Se olvida, por tanto, que el fin último de la pena (Art. 25 CE), el fin reinsertador, también es aplicable

<sup>22</sup> Por ello y pese a que es posible se incoe una orden de expulsión conforme al Art. 57.7 de la LOEX (expulsión administrativa), en el momento de tener una sentencia firme, para poder aplicar el Art. 57.2 de la LOEX (expulsión híbrida) es necesario que dicho procedimiento no este pendiente de recurso.

<sup>23</sup> SALCEDO VELASCO, ANDRÉS. "La refundición de condenas: acumulación de penas" Cuadernos y estudios de Derecho Judicial CGPJ.

<sup>24</sup> POZA CISNEROS, MARÍA, "Suspensión, sustitución y libertad condicional: Estudio teórico-práctico de los artículos 80 a 94 del Código Penal" Cuadernos y estudio de Derecho Judicial, 4/1999 CGPJ "No resulta fácil encontrar solución al problema de imposibilidad sobrevenida para hacer efectiva la sustitución por expulsión ya acordada, por existir procedimientos pendientes en los que no se ha acordado la expulsión; en unos casos se opta por ejecutar la pena sustituida; en otros, por esperar al resultado de los demás procedimientos, con riesgo de prescripción de la pena".

a los extranjeros, dado que la pena que se impone se basa en la legislación española y sus principios.

### 2.1.3. Momento procesal oportuno

La sustitución de la pena debe hacerse en sentencia<sup>25</sup>. En este momento, es cuando el Juez o Tribunal sentenciador debe tener en cuenta todas las circunstancias que concurren en el caso y decidir o no la sustitución, motivando las razones de su inaplicación.

Los recursos previstos para la sustitución de la pena por expulsión en sentencia son los mismos que los establecidos para la sentencia.

Si la expulsión se realiza en ejecución<sup>26</sup>, se ha de dar audiencia al penado (asistido de su letrado), y al Ministerio Fiscal y la decisión será en auto motivado. Contra él será posible interponer recurso de apelación o en su caso casación<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> En la Circular 2/2006 se establece que "como la sustitución de la pena ha de ser decidida en sentencia y, por tanto, su aplicación no es automática, los fiscales habrán de pronunciarse en el escrito de calificación provisional y, en su caso, excepcionalmente en el trámite de la elevación a definitiva de las conclusiones interesando la sustitución o pronunciándose respecto de la procedencia del incumplimiento de la pena". En este último caso, se deberá conceder a la defensa a solicitud de la misma a fin de evitar indefensión, un plazo para poder estudiar posibles alegaciones y, en su caso, aportar elementos probatorios y de descargo que estime convenientes, aplicando análogicamente lo dispuesto en el Art. 788.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Al mismo tiempo, deberá incorporarse el soporte probatorio como regla general durante la instrucción y antes de la calificación. Ante la falta de pronunciamiento expreso en la sentencia sobre la procedencia o no de la expulsión, los Fiscales habrán de interponer los correspondientes recursos. Que como regla general no se podrá acordar la expulsión sustitutiva en ejecución de sentencia salvo cuando tal previsión se haya incluido en la parte dispositiva de la sentencia, dirigiéndola a la ejecutoria (siendo necesaria, en este caso, la audiencia al interesado, a su letrado y al Ministerio Fiscal, permitiéndose articular prueba sobre los presupuestos de la expulsión, y debiendo adoptar la decisión la forma de Auto motivado, susceptible de recurso), así como cuando la petición se realice por el interesado".

— Cuando se trate de sentencias dictadas de conformidad en el Juzgado de Guardia, el Juez de Instrucción podrá acordar el ingreso en prisión del penado extranjero por ejecución del Art. 801.1.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y esta conformidad ha de ir precedida de la información al reo de que la pena va a ser sustituida por la expulsión. En circunstancias excepcionales y cuando el reo esté en libertad provisional durante el proceso, cabe otorgar un plazo (no inferior a 72 horas) para cumplir voluntariamente la sentencia abandonando el territorio español.

<sup>26</sup> STS S 12-03-2003, núm. 298/2004, Recurso núm. 386/2003 (Ponente D Cándido Conde-Piñopido Tourón).

<sup>27</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

El Tribunal Constitucional en STC S 8-05- 2006 núm. 145/2006<sup>28</sup>, en resolución de Recurso de Amparo. En este caso es el propio Tribunal sentenciador quien, a la entrada en vigor de la nueva redacción del Art. 89 CP, decreta la sustitución de pena por expulsión en ejecución de sentencia, sin que la misma haya sido pedida por el extranjero. El Tribunal establece que la misma no es posible, dado que de otro modo no estaríamos, ante "una verdadera y propia sustitución, sino que, dado lo avanzado del cumplimiento de la pena privativa de libertad por el penado, realmente se produciría una acumulación sucesiva de dicha pena y de la medida de expulsión...".

Los Tribunales están aprobando la sustitución de la pena privativa de libertad inferior a seis años<sup>29</sup>, en ejecución de sentencia, en concreto una vez cumplida la mitad de la condena impuesta, y ello a petición del preso extranjero.

La Circular 2/2006 de Fiscalía establece dos supuestos en los que cabría efectuar la sustitución de pena por expulsión en ejecución de sentencia: "1º) Cuando la sentencia se plantee la aplicación de la expulsión sustitutiva pero por concurrir alguna causa justificada difiera la decisión a la fase de ejecución de sentencia, en cuanto no existiría aquí una alteración esencial del contenido del fallo y 2º) Cuando quien solicite en ejecución de sentencia la sustitución de la pena por la expulsión sea el propio reo, al entender que en tal contexto, valorada la sustitución como beneficio, no se conculcaría ninguna garantía del mismo y por contra podría entenderse que si el fallo no se ha pronunciado pese a concurrir los requisitos legales se le ha privado injustificadamente de un beneficio. Debe a estos efectos recordarse que el Reglamento Penitenciario expresamente establece la obliga-

<sup>28</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D Guillermo Jiménez Sánchez.

<sup>29</sup> Acuerdo adoptado por los Magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, Secciones Penales, en su reunión de 29 de mayo de 2004 "se considera que con una aplicación automática y rutinaria —sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto— de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a tres años más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, nos se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el más justas en el caso concreto."

<sup>20</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M. "La expulsión de los residentes legalmente condenados".

<sup>21</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio José Ubeda de los Cobos.

ción de los centros de informar a los reos sobre las posibilidades de interés a la sustitución de la pena por la expulsión (art. 52.2 RP)".

## 2.1.4. No residencia legal en España

El Art. 89 establece que esta sustitución será de aplicación al extranjero<sup>30</sup> que no sea residente legal en España<sup>31</sup>.

Los ciudadanos de la Unión Europea, y de Suiza, tienen libertad de residencia y de circulación por toda la Unión Europea, por ello no cabe que los mismos se encuentren irregularmente en España. Tal y como establece el Real Decreto 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, los ciudadanos de estos países tienen que inscribirse en el Registro Central de Extranjeros (Art. 7), pero el incumplimiento de este requisito no conlleva que su residencia decaiga en irregular.

Según legislación comunitaria<sup>32</sup> transpuesta en este Real Decreto, no es posible la expulsión de ciudadanos de la Unión Europea salvo que así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública.

Por ello no es posible la sustitución de pena por expulsión a estos ciudadanos. El 29 de mayo de 2004 se dictó un acuerdo por los magistrados de la Audiencia Provincial de Madrid, secciones Penales que establece: "que los ciudadanos comunitarios, debido al espacio común europeo y al principio de libre circulación por todos los países de la UE, no son equiparable a un extranjero no residente legalmente en España, sino que se equiparan más bien a los extranjeros residentes legalmente en España, sin perjuicio de que puedan solicitar el cumplimiento de la pena en el país del que son nacionales".

Sin embargo, y teniendo en cuenta los conceptos jurídicos establecidos en la LOEX, el texto legal debería haber dicho: "extranjero que no se halle legalmen-

<sup>30</sup> Art. 1 LOEX: "Se consideraran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

<sup>31</sup> Un extranjero puede encontrarse en situación irregular por entrada irregular consumada o por permanencia irregular sobrevenida al no obtener prórroga de estancia, o por caducidad de las autorizaciones sin haber solicitado su renovación.

<sup>32</sup> La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004.

te en territorio español", para excluir así del ámbito personal de aplicación de este artículo a estudiantes, turistas que, en rigor, se encuentran legalmente en España pero en situación de estancia, no de residencia<sup>33</sup>; los que gozan del Estatuto de Apátrida<sup>34</sup>, conforme a la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, refugiados y solicitantes de asilo.

Con la redacción actual, los estudiantes y los turistas podrán ver sustituidas sus penas por expulsión en las mismas condiciones que los extranjeros en situación irregular, sin tener dicha condición.

Distinta doctrina<sup>35</sup> justifica esta aplicación, en que el precepto parece inspirarse en la no expulsión para los extranjeros que a través de su residencia legal, demuestran arraigo y dicho arraigo no es tal para aquellos extranjeros que acaban de llegar a España o bien han entrado en España cometiendo el delito.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía del Estado establece que, a efectos de sustituir la pena por expulsión, los estudiantes deberán considerarse como extranjeros residentes legales dado que su régimen se asemeja más al de los residentes temporales que al de los estudiantes. Admitiendo por tanto la expulsión de los que se encuentran en régimen de estancia por turismo.

Una cuestión controvertida es la determinación del momento procesal en que debe valorarse la situación administrativa del extranjero. Son dos las posiciones doctrinales existentes, una señala que se ha de calificar la situación del extranjero en el momento de la comisión del hecho delictivo y otra, la mayoritaria, se inclina porque debe ser en ejecución de sentencia cuando se ha de apreciar la situación legal de residencia y ello, con el argumento de que en la aplicación de otros substitutivos se ponderan diversas circunstancias postdelictuales<sup>36</sup>.

La falta de residencia legal del extranjero debe estar debidamente acreditada en la causa<sup>37</sup>. La

<sup>33</sup> Art.29. 1 LOEX "Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia."

Art. 30.1 LOEX: "1. Estancia es la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes."

Art. 33.2 LOEX: "La situación del extranjero en régimen de estudiante será la de estancia y la duración de la autorización será igual a la del curso para el que esté matriculado".

<sup>34</sup> Convención sobre el Estatuto de Apátridas, Nueva York 28 de septiembre de 1954.

<sup>35</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

<sup>36</sup> ONTIVERO VALERA, F. "El extranjero autor de infracciones penales" Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal.II-2001.

<sup>37</sup> STS S 2-06-1999 núm 919/1999 ( Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Ramos Gancelo Diego).

citada Circular establece que la certificación expedida sobre la existencia o inexistencia de la autorización de residencia<sup>38</sup> por funcionarios de la Brigada de Extranjería y Documentación, que se incorpora a la causa penal, será prueba suficiente para acreditar la situación del extranjero en España. La falta de residencia legal y la falta de constancia de que el imputado haya solicitado una renovación se considerarán prueba suficiente de que el extranjero no reside legalmente en España. Añade que se puede prescindir de solicitar la certificación si el extranjero no sólo no presenta documentación que acredite su situación en España, sino que reconoce no disponer de autorización administrativa válida para residir en España.

## 2.1.5. Referencia a la naturaleza del delito

Como ya se manifestó en la anterior redacción el legislador establecía "...podrán ser sustituidas por expulsión....." tras la redacción dada en la Ley Orgánica 11/2003, se establece "...serán sustituidas por expulsión....."; se suprime pues, la discrecionalidad del Juez o Tribunal<sup>39</sup>. De este modo lo que antes era excepcional frente a la regla general del cumplimiento de la pena en los centros penitenciarios ahora se invierte, cumpliendo la pena en prisión sólo de manera excepcional.

La STS S 8-07-2004 núm. 901/2004 de 8 de julio<sup>40</sup>, establece que el artículo 89 es una "conminación legal dirigida al juzgador" y que "solo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario".

Sin embargo, y pese a lo manifestado el artículo 89.1 establece la posibilidad de que el Juez, de manera motivada, inaplique el substitutivo penal en base a la naturaleza del delito, por lo que el extran-

<sup>38</sup> Es importante tener en cuenta que la solicitud de la renovación de la autorización prorroga sus efectos hasta resolución del procedimiento. Pudiendo presentarse esta solicitud hasta tres meses posteriores a la fecha en que hubiera finalizado la vigencia (Arts. 52.b) LOEX y 37.5 Reg.LOEX).

<sup>39</sup> "...Ya no será de aplicación la jurisprudencia del TS: la STS 1144/2000, de 4 septiembre consideraba como doctrina consolidada que las facultades legales cuya aplicación queda al arbitrio del Juzgador no son susceptibles de Recurso de Casación y que esta doctrina era aplicable al art. 89 CP: la sustitución como facultad al Juzgador, cuyo arbitrio no puede ser objeto de revisión casacional. En el mismo sentido se pronunciaron las STSS 929/1998, de 13 julio y 330/1998 de 3 marzo..." DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

<sup>40</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Jiménez García.

jero cumpliría en un Centro Penitenciario la condena impuesta.

La Circular 2/2006 de la Fiscalía del Estado establece que la remisión a la naturaleza del delito implica que han de ser razones prevención general las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en el centro penitenciario español, en lugar de expulsión<sup>41</sup>. Asimismo, establece que deben excluirse también como pauta general de los delitos cometidos por organizaciones criminales, conforme a los criterios de la Convención de las Naciones Unidas contra Delincuencia Organizada Transnacional.

Distinta doctrina manifiesta que no sólo se ha de tener en cuenta razones de prevención general o especial derivadas del delito las que puedan motivar el cumplimiento de la condena en centro penitenciario español sino que también deberá ponderarse la finalidad retributiva de la pena, por lo que se muestran a favor de denegar la sustitución de la pena por expulsión cuando el extranjero no residente accede a España con el fin de cometer un delito y en ocasiones su intención es regresar a su país una vez realizado el hecho. En este sentido se han dictado por ejemplo las siguientes sentencias: AAP Murcia (Sección de Cartagena) de 16-02-2004<sup>42</sup>; AAP Tenerife (Sección 2ª) de 18-03-2004; AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª), de 19-04-2004; SAP Barcelona (Sección 7ª) de 22-01-2004 núm. Recurso 88/2004<sup>43</sup>.

En relación a la gravedad del delito cometido, también los Tribunales han tomado posiciones dispares. Por la Instrucción 3/2003 de la Fiscalía del TSJ<sup>44</sup>, de Madrid se instaba a los Sres. Fiscales, a oponerse a la sustitución en los siguientes casos: cuando se utilice violencia en las personas que genere un plus en la ofensa, o sea especialmente vejatoria, o implique un mayor riesgo para la persona, o violencia innecesaria para obtener el resultado, (por ejemplo, el robo en casa habitada con personas dentro, el robo con violencia en el que se intimida con armas, o cuando hay agresión a la víctima), cuando se trate de delitos contra la libertad sexual o de formas imperfectas de delitos graves (por ejemplo, homicidio) y en los supuestos de

<sup>41</sup> STS S 28-10-2004 núm 1249/2004 (Ponente: Ilmo. Sr. D. D. Diego Antonio Ramón Gancelo); STS S 8-07-205 núm 906/2005 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Monteverde Ferre).

<sup>42</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Matías Manuel Soria Fernández-Mayoralas.

<sup>43</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Mª Carmen Zabalegui Muñoz.

<sup>44</sup> DE LA ROSA CORTINA, J.M.; *op.cit.*

elevación de pena previstos en los arts. 76 y 78 CP. Acorde con esta posición se dictaron entre otras las siguientes sentencias: AAP León (Sección 2ª) núm. 37/04, de 3-03-2004<sup>45</sup>; AAP Castellón de la Plana, (Sección 1ª), de 22-01-2004<sup>46</sup>.

Sin embargo otras Audiencias Provinciales tienen posiciones contrarias y decretan la sustitución de la pena impuesta por la comisión de estos delitos, por expulsión: SAP Almería S 26-02-2004 núm. Recurso 6/2003<sup>47</sup>; SAP Las Palmas (Sección 1ª) S 20-10-20000 núm. 162/2000, Sumario 1/2000<sup>48</sup>; SAP Málaga (Sección 2ª) S 28-01-2004 núm 34/2004<sup>49</sup>; SAP Murcia (Sección 4ª) S 18-02-2004 núm. 20/2004<sup>50</sup>; SAP Baleares (Sección 2ª) S 9-05-2003 núm. 53/2003<sup>51</sup>.

## 2.1.6. Audiencia a las partes/circunstancias personales del penado

En el vigente texto legal (redacción dada por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre), a diferencia de su precedente, no establece expresamente la audiencia al interesado, es más obliga al Juez a pronunciarse incluso, aunque el Ministerio Fiscal no lo haya interesado, lo que supone un agravio al principio acusatorio que rige nuestro procedimiento penal<sup>52</sup>. Pero pese a lo establecido parece claro que, además de la audiencia al Ministerio Fiscal, se debería dar traslado a la defensa.

En la STS núm. 901/2004, antes citada, se considera que el trámite de audiencia es una garantía de salvaguarda de los derechos fundamentales del afectado, estableciendo además, que es imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las circunstancias concretas del penado, del arraigo y de su situación familiar, para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión<sup>53</sup>.

Por tanto, la audiencia del penado es preceptiva, y ello en base al derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el Art. 24 de la Constitución.

El precepto no hace referencia alguna a que la decisión judicial pueda ser tomada según las circunstancias personales del condenado, sólo, y como veíamos en el apartado anterior, se hace referencia a la naturaleza del delito. En nuestra opinión se viola el principio de individualización de la pena.

El Consejo General del Poder Judicial en su informe de fecha 26 de febrero de 2003 sobre el Anteproyecto de ley manifestó: “al permitir que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refieren a la naturaleza del delito, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir...y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>54</sup> considera que para la imposi-

<sup>54</sup> SSTEDH de 21 de junio de 1998, caso Berrehab contra Reino de los Países Bajos, de 18 de febrero de 1991 (caso Moustaqim) de 7 de julio de 1989, declaró contrario al Convenio la expulsión acordada en virtud de numerosos delitos, al constatare que vivía desde los dos años en el país del que era expulsado y carecía de todo arraigo o vínculo en su país de origen. Se estimó que el derecho a la vida familiar garantizado en el Art. 8 del Convenio no podía ceder ante exigencias de mero orden público, lo que convertía la medida en desproporcionada.

SSTEDH de 24 de enero de 1993 –caso Boncheski vs. Francia– se llegó a la solución contraria en base a la gravedad de los delitos que exigían un plus de protección del mismo que justificó la medida de expulsión aunque el penado llevaba dos años en Francia y estaba casado con una francesa.

SSTEDH de 26 de abril de 1997 –caso Mehemín vs. Francia– consideró desproporcionada la medida dados los vínculos y arraigos en Francia –casado con francesa–, y la relativa gravedad del delito cometido –tráfico de drogas–; la reciente STEDH de 10 de abril de 2003 analiza el nivel de cumplimiento por parte del Estado francés respecto de lo acordado en aquella sentencia.

SSTEDH de 21 de octubre de 1997 resolvió en sentido contrario y, por tanto favorable a la expulsión dada la gravedad del delito a pesar de contar con arraigo en Francia donde vivía desde los cinco años. Idéntica es la sentencia de 19 de febrero de 1998 –Dallia vs. Francia– ó la de 8 de diciembre de 1998.

Otras sentencias –caso Soering contra Reino Unido–, de 26 de marzo de 1992 –caso Beldjoudi– de 15 de noviembre de 1996, –caso Chahal, contra Reino Unido de 2 de mayo de 1997–, –caso D contra Reino Unido de 11 de julio de 2000–, –caso Cilz contra Reino de los Países Bajos–, 502/2001 de 2 de agosto, –caso Boulitf contra Suiza de 8 de marzo 2001 caso Hlil contra Reino Unido, o la de 31 de octubre, caso Yildiz contra Austria.

Y en el mismo sentido STS nº 901/2001 de 8 de julio, nº 514/2005 de 22 de abril, nº 710/2005 de 7 de julio, nº 906/2005 de 8 de julio, nº 120/2005 de 28 de septiembre y la nº 366/2006 de 30 de marzo declaran que la motivación del tribunal no sólo ha de tener en cuenta la naturaleza del delito sino también la circunstancias del acusado a fin de no sólo atender a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguarda de derechos fundamentales. Y También se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional –SSTC 99/85 de

ción de la expulsión deben ponderarse circunstancias como el arraigo, que es extensible a la protección de la familia o el peligro, torturas o tratos degradantes, contrarios al artículo tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que el extranjero pueda sufrir en su país de origen como elementos a tener en cuenta para la imposición de la expulsión.

## 2.1.7. Cumplimiento de pena (inaplicabilidad de la expulsión)

Según lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoséptima de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Una vez acordada la expulsión en la sentencia dictada el órgano jurisdiccional sentenciador debe adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de la resolución, para ello pondrá en conocimiento de las autoridades gubernativas el hecho de la expulsión acordada para que las mismas procedan a su ejecución. 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.

Así mismo el texto legal establece<sup>55</sup>: “...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...”. Por tanto se establece de manera clara y general que mientras se acuerde la expulsión el extranjero ingrese en prisión. Sin embargo esto puede llevar a situaciones injustas, que violen el principio de proporcionalidad, en aquellos casos, sobre todo en los que el extranjero se encontraba en libertad provisional y ofrece garantías de cumplir lo acordado.

La Circular 2/2006 establece “que cabe en circunstancias definidas por su excepcionalidad y tratándose de reos en libertad provisional durante el proceso, otorgar un plazo –que en ningún caso

podrá ser inferior a 72 horas (Art. 64.1 LE)– para cumplir voluntariamente la sentencia, abandonando el territorio nacional. Esta solución es especialmente recomendable para supuestos de penas cortas que de ordinario no habrían motivado el ingreso en prisión, cuando además el penado ofrezca garantías de que va efectivamente a abandonar el territorio nacional. El Art. 28.3 LE parte de la admisibilidad de este procedimiento de ejecución cuando dispone que la salida será obligatoria en los siguientes supuestos: Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el CP...”.

En el Art. 89 se establece que “en el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente”.

## 2.1.8. Efecto de la sustitución

El efecto de la sustitución será el archivo de la ejecución y la imposición judicial de una prohibición de regreso a España durante diez<sup>56</sup> años desde la fecha de la expulsión (no desde la fecha de la sentencia) y en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

En nuestra opinión, hay una quiebra de principio de proporcionalidad dado que se establece una prohibición de regreso durante diez años, al que en su caso, habrá que añadirle el que reste para la prescripción de la pena<sup>57</sup>, con independencia de la duración de la pena y de la naturaleza del delito.

La prohibición de regreso a España hay que hacerla extensiva a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio de Schengen<sup>58</sup>.

En caso de quebrantamiento, se establece que el extranjero sea devuelto (devolución gubernativa) a su país de origen, comenzando de nuevo a computar el tiempo de prohibición de entrada.

<sup>56</sup> En la anterior regulación, se establecía un plazo de prohibición de regreso de tres a diez años, más acorde, por tanto, con los Derechos Humanos y con el principio de proporcionalidad.

<sup>57</sup> Si la pena impuesta es de más de cinco años de prisión y no excede de diez, conforme al artículo 133 el plazo de prescripción es de 10 años y por tanto de prohibición de entrada será el de quince años.

<sup>58</sup> Art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, *op cit*.

<sup>45</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Angel Peñín del Palacio.

<sup>46</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alberto Maderuelo García.

<sup>47</sup> Ponente: Ilma. Sra. Dª. Soledad Jiménez de Cisneros Cid.

<sup>48</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Piñana Darías.

<sup>49</sup> Ponente: Ilma. Sra. Dª Mª Jesús Alarcón Barcos.

<sup>50</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Moreno Millán.

<sup>51</sup> Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Mulet Ferragut.

<sup>52</sup> ESTEBAN MEILLÓN, Mª R. *op cit*

<sup>53</sup> En el mismo sentido, STS S 7-7-2006 núm 710/2006

(Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Monteverde Ferrer); STS S 3-03-2006 núm 274/2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez).

Dicha devolución, y conforme a lo establecido en el Art. 58<sup>59</sup> LOEX, deberá realizarse en el plazo de 72 horas; si ello no es posible, se solicitará a la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, esto es el ingreso en un Centro de Internamiento para Extranjeros<sup>60</sup> (CIE), durante un periodo máximo de 40 días (Art. 62 LOEX)<sup>61</sup>.

No podemos estar de acuerdo en que se apruebe la medida de internamiento en el CIE, a la espera de que la devolución se lleve a efecto; de esta manera, se privaría de libertad al extranjero, sin que dicho tiempo compute como tiempo de cumplimiento de la pena. Por otro lado, si dicha devolución se demora y el extranjero es ingresado en prisión, se podría producir una acumulación sucesiva de la pena y de la medida de expulsión<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> Art. 58 LOEX: "Efectos de la expulsión y devolución.

1. Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez.

2. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:

Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España.

Los que pretendan entrar ilegalmente en el país.

3. En el supuesto de que se formalice una solicitud de asilo por las personas que se encuentren en alguno de los supuestos mencionados en el apartado anterior, no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo.

Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

4. La devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión.

5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

6. La devolución acordada en el párrafo a del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años.

<sup>60</sup> En España actualmente existen Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia, Tarifa (Cádiz), Algeciras (Cádiz), Valencia, Tenerife, Fuerteventura y Lanzarote.

<sup>61</sup> Recientemente se ha aprobado por la Unión Europea la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio. (COM (2005) 0391- C6-0266/2005-2005/0167(COD)), que permite el internamiento por 6 meses prorrogables por otros doce.

<sup>62</sup> STC S 8-05- 2006 núm 145/2006 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez) op cit

No prevé el cumplimiento de la pena sustituida, salvo que la expulsión no pueda llevarse a efecto (Art. 89.4 CP), con lo que prima la ejecución de la sustitución más que la ejecución de la pena sustituida. Tampoco se prevé la apertura de nueva causa por desobediencia o quebrantamiento de condena.

Sin embargo, esta nueva redacción difiere de lo que se establecía anteriormente. El Art. 89.2 y 3 marcaba, a nuestro juicio, una diferencia en el trato si el extranjero se encontraba ya España, (Art. 89.2<sup>63</sup>) estableciendo que cumpliría las penas que le hubieran sido sustituidas, o aquel que fuese sorprendido en frontera (Art. 89.3<sup>64</sup>) que sería expulsado por la autoridad gubernativa.

## 2.1.9. No sustitución en determinados delitos<sup>65</sup>

Se ha de tener en cuenta que dicha sustitución no puede llevarse a cabo cuando se trata de autores de los delitos tipificados en los Art. 312, 318.bis, 515.6<sup>66</sup>, 517 y 518 del CP. Estos preceptos abarcan los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y de personas.

Por tanto, los extranjeros condenados por estos delitos habrán de cumplir la pena privativa de libertad que les haya sido impuesta sin que sea posible acudir al mecanismo de la expulsión sustitutiva de la pena.

La Circular 1/2002 de la Fiscalía General de Estado ha señalado que, entre los ilícitos que enumera el Art. 89.4 del CP, no se recogen todas las modalidades delictivas de tráfico ilegal de personas, dejando fuera tanto el delito de favorecer o promover la inmigración clandestina de trabajadores a España o de inmigración fraudulenta (establecido en el Art. 313 CP), como el delito de tráfico de personas para su explotación sexual (Art. 188.2 CP), estableciendo que en estos supuestos se valora

<sup>63</sup> Art. 89.2 (antes de la reforma) : "El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas". (Subrayado es nuestro).

<sup>64</sup> Art. 89.3 (antes de la reforma): "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentará quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español, y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa. (Subrayado es nuestro).

<sup>65</sup> Este último párrafo del Art. 89 del Código Penal fue introducido por la Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, modificada por la Ley Orgánica 14/2003.

<sup>66</sup> El punto 6 del artículo 515 se encuentra derogado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable la expulsión sustitutiva de la pena.

## 2.1.10. No aplicación de lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 del CP<sup>67</sup>

El Art. 89.1 párrafo 3 dispone que la expulsión se llevará a efecto sin la aplicación de los anteriores artículos. Sin embargo, si la expulsión no puede llevarse a cabo, estos preceptos recobran aplicabilidad; de otro modo, supondrán un tratamiento discriminatorio contrario a la Constitución (en este sentido, se ha manifestado el Auto del Tribunal Constitucional núm. 132/2006 de 4 de abril).

## 2.1.11. Archivo de procedimiento administrativo en curso

El precepto legal establece que la expulsión acordada como sustitutivo penal conllevará el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

## 2.1.12. No se prevé la satisfacción de la responsabilidad civil antes de proceder a la expulsión

Esto genera un abandono manifiesto de los intereses de la víctima, que se vean privadas de recibir la indemnización correspondiente por parte del infractor.

## 2.2. Expulsión sustitutiva de medida de seguridad

Pese a que la expulsión está incluida dentro del catálogo de medidas de seguridad del Art. 96 CP, no se puede decir que la misma tenga el fin establecido para una medida de seguridad (educativo o terapéutico) por lo que consciente de ello el legislador ha establecido en el Art. 108 la misma como un mecanismo de sustitución de la medida de seguridad impuesta.

<sup>67</sup> El Art. 80 se refiere a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad; el 87, a la suspensión en los casos de drogadicción y alcoholismo; y el 88, a la sustitución de las penas privativas de libertad.

El Art. 108<sup>68</sup> del CP establece que:

*"1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquel, 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.*

*La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar.*

*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 seguridad originariamente impuesta.*

*2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión.*

*3. 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".*

Se establece la sustitución por expulsión de cualquier medida de seguridad impuesta sea o no privativa de libertad, pero creemos que únicamente sería posible en medidas de seguridad privativas de libertad.

Estamos ante una previsión idéntica a la establecida en el Art. 89.1, pero esta vez en sustitución de una medida de seguridad por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente respecto a la sustitución de penas privativas de libertad.

## 3. Expulsión Administrativa

La expulsión como sanción viene establecida en el Art. 57 de la LOEX. En él, se establece que podrá aplicarse la expulsión, en lugar de la multa, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, ante la comisión de una infracción muy grave tipificada en el Art. 54 de la

<sup>68</sup> Artículo modificado por la Ley Orgánica 11/2003, sobre medidas concretas sobre seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

LOEX<sup>69</sup>, y ante la comisión de las infracciones graves prevista en los apartados a), b), c) d) y f)

<sup>69</sup> Ley Orgánica 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social modificada por la Ley Orgánica 8/2000, modificada por la 14/2003.

Art. 54:

“1. Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

c) La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el Art. 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.

d) La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.

e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.

2. También son infracciones muy graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones previstas para los transportistas en el Art. 66, apartados 1 y 2.

b) El transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre, hasta el territorio español, por los sujetos responsables del transporte, sin que hubieran comprobado la validez y vigencia, tanto de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, como, en su caso, del correspondiente visado, de los que habrán de ser titulares los citados extranjeros.

c) El incumplimiento de la obligación que tienen los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero o transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España, así como del extranjero transportado en tránsito que no haya sido trasladado a su país de destino o que hubiera sido devuelto por las autoridades de éste, al no autorizarle la entrada.

Esta obligación incluirá los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual haya sido transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

3. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le es admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en el Art. 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

del Art. 53<sup>70</sup> de la misma ley. La consecuencia de la aplicación de esta sanción es la prohibición de entrada en España y en el territorio Schengen por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez.

Especial atención nos merece lo establecido en el Art. 57.2<sup>71</sup>:

“Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa a la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por 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.” (Subrayado es nuestro).

En la LOEX, las infracciones se recogen en los Arts. 52, 53 y 54, sin que en ninguno de ellos se mencione como conducta típica el haber cometido un delito en España cuya pena sea superior a un año. Se trata, pues, de una conducta que queda fuera del catálogo de infracciones sin que se señale qué tipo de infracción es, lo que nos impide saber cuál es su periodo de caducidad y de prescripción, situación ésta, que atenta claramente contra el principio de seguridad jurídica.

Este precepto hay que ponerlo en relación con la notificación que el Director del Centro Penitenciario

<sup>70</sup> Art. 53: “Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”.

<sup>71</sup> Pese a que estaba recogido en la Ley 7/1985 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España, en su Art. 26.1 (“haber sido condenados 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 sus antecedentes penales hubieran sido cancelados”), la Ley 4/2000 había suprimido este precepto. Sin embargo, la reforma operada por la Ley Orgánica 8/2000 la volvió a introducir no siendo modificada por la reforma establecida en la Ley Orgánica 14/2003.

ha de realizar con tres meses de antelación a que se decrete la libertad definitiva de un extranjero a la “autoridad competente” (Comisaría de Policía), según lo establecido en el Art. 26 del Reglamento Penitenciario<sup>72</sup>. Además, la Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005<sup>73</sup>, relativa a las normas generales sobre internos extranjeros, establece que: “Dentro de los cinco días siguientes a su ingreso, el Director del Establecimiento Penitenciario dará traslado a la Comisaría Provincial de Policía de los datos personales de los extranjeros que hubieren ingresado en prisión procedentes de libertad, a efectos de los dispuesto en la normativa vigente en materia de extranjería, en especial en cuanto a la incoación del expediente de expulsión por parte de dicha autoridad, una vez analizadas las circunstancias que concurren en cada caso. Se llevará la cabo la misma comunicación cuando un preventivo extranjero pase a la situación de penado. De igual forma, se comunicará en el mismo acto en que se recibiese el mandamiento de libertad, la excarcelación de un interno extranjero que se hallase en prisión preventiva a la Comisaría Provincial de Policía a los efectos oportunos”.

Ello conlleva a que a la mayoría de los extranjeros, previamente a su excarcelación se les incoe un procedimiento de expulsión conforme al Art. 57.2 LOEX, y dado que se encuentran irregularmente en territorio español, también por la infracción contenida en el Art. 53 a) LOEX<sup>74</sup>, lo cual les legítima para aplicar el procedimiento preferente<sup>75</sup>, que por sus plazos tan abreviados da menores garantías frente a la expulsión.

Se ha de recordar que según lo establecido en la Ley de Asistencia Justicia Gratuita Art. 2 e), el extranjero tendrá derecho a asistencia jurídica gratuita, en orden contencioso-administrativo, así como en la vía administrativa previa, en los proce-

<sup>72</sup> Artículo 26 RP: “En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente”.

<sup>73</sup> Actualiza la Instrucción 14/2001

<sup>74</sup> Art. 53 a): “Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

<sup>75</sup> Véase el Art. 63 de la Ley de Extranjería.

dimientos que puedan llevar a su devolución o expulsión del territorio español. En muchas provincias, en el momento de la notificación de la incoación del expediente de expulsión no está presente un letrado, y al ser plazo de 48 horas para la realización de alegaciones tan breve, el extranjero preso sufre una gran indefensión, terminando el procedimiento administrativo sin que, en ocasiones, pueda alegar lo que estime conveniente.

Por otro lado a nuestro juicio, el precepto choca frontalmente con lo establecido en el Art. 31.4 de la LOEX:

“Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar los permisos a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.” (El subrayado es nuestro)

De ello, se deduce que si bien a aquellos extranjeros con antecedentes penales, que no hubieran tenido con anterioridad permiso que legitimara su estancia en España, les será casi imposible la obtención de su documentación; aquellos otros que sí hubieran sido titulares de una Autorización de Residencia, tendrán alguna posibilidad de renovarla en virtud de la discrecionalidad que señala este artículo. Pero frente a ello el Art. 57.4<sup>76</sup> establece que la expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado.

Además, también se contraviene lo prescrito por el Art. 73 de la Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria que establece que:

“1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.”

<sup>76</sup> Redacción dada por la Ley Orgánica 11/2004 de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

2. Los antecedentes no podrán ser, en ningún caso, motivo de discriminación social o jurídica”.

Por último, señalar que en la reciente STC S 7-11-2007, núm. 236/2007<sup>77</sup> se afirma que dicho Art 57.2 LOEX no es contrario a los principios de reeducación y reinserción social de las penas (Art. 25.2 CE); ni tampoco vulnera el Art. 25.1 CE en tanto que no supone una infracción del principio *non bis in idem*, como mucha parte de la doctrina alegaba. “...lo determinante para rechazar la impugnación del precepto es la falta de identidad entre el fundamento de aquella medida y el fundamento de la sanción penal prevista en el mismo, que como se ha dicho constituye el presupuesto de aplicación de la interdicción constitucional de incurrir en *bis in idem*. El precepto establece una expulsión gubernativa, previa la tramitación del correspondiente expediente, siendo la “causa de expulsión” que el extranjero haya sido condenado penalmente dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con la pena privativa de libertad superior a un año. Pues bien, debe señalarse que las dos medidas no responden a un mismo fundamento porque persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. En este sentido, hemos declarado que la exigencia de un fundamento diferente requiere “que cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley...El precepto enjuiciado, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues ya hemos precisado que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (ATC 331/1997, de 3 de octubre, FJ 6). Es decir, sin mayor matices, podemos convenir en que el fundamento de la pena reside en la protección de bienes jurídicos a través de los efectos preventivos asociados a su naturaleza afflictiva. En cambio, la medida de

*expulsión obedece a objetivos propios de la política de extranjería que, en todo caso, están relacionados con el control de los flujos migratorios de cara a procurar una integración y convivencia armónicas en el territorio del Estado”.*

## LIBERTAD CONDICIONAL

Según el Art. 90 del CP, los requisitos para acceder a la libertad condicional son:

- Que se trate de una pena de privación de libertad.
- Que estén clasificados en tercer grado penitenciario.
- Que hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.
- Que durante su estancia en prisión hayan observado buena conducta y cuenten con pronóstico favorable de reinserción social.
- Que tenga satisfecha su responsabilidad civil.

Además, el Art. 91 del CP prevé el adelantamiento de la libertad condicional a las dos terceras partes, siempre que la persona penada, según el Código Penal de 1995, haya desarrollado continuamente actividades laborales, culturales y ocupacionales.

Se ha de tener en cuenta que los extranjeros, en general, encuentran mayores dificultades que los españoles para obtener la libertad condicional, en parte debido a la falta de arraigo en España, lo que les dificulta la satisfacción del requisito legal exigido para su otorgamiento que es el “pronóstico individualizado y favorable de reinserción social”. Por eso, el Art. 197 del RP<sup>78</sup> establece la posibilidad, previo consentimiento del preso, de obtener esta libertad para disfrutarla en su país de origen.

En este caso, no se trataría de una expulsión, dado que la pena no queda extinguida, sino que, a fin de cumplir el mandato legal, el extranjero cumpliría la última parte de su condena en su país con la condición de no volver a España hasta la finalización de la misma. Es importante resaltar que se requiere el consentimiento del preso y del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para poder decretarla. El Juzgado podrá establecer las medidas cautelares que considere oportunas para confirmar el cumplimiento (por ejemplo, acompañamiento por las autoridades competentes hasta la frontera), y

podrá establecer medidas de control y de seguimiento de la libertad condicional a las Autoridades del Estado de residencia; pero como ya se sabe estas últimas nunca se establecen.

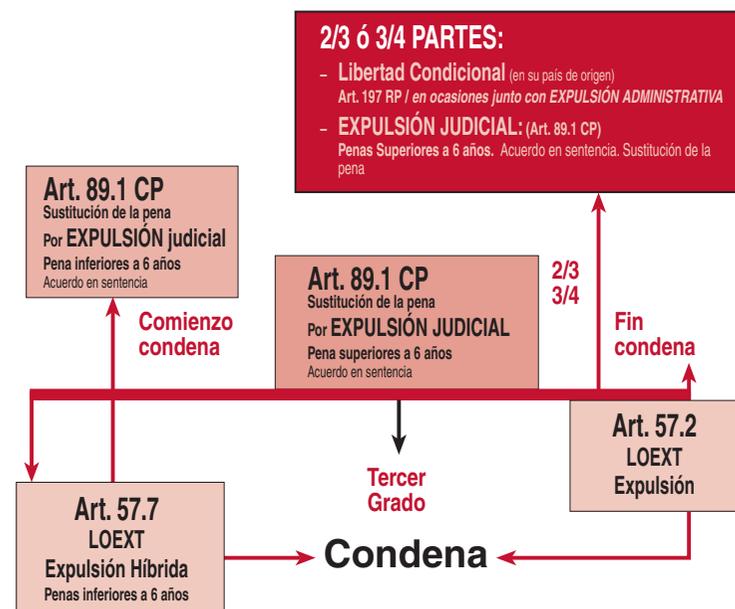
Este precepto establece una clara restricción al dejar fuera a los extranjeros residentes legalmente en territorio español (Art. 197 RP “en el caso de internos extranjeros *no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero...*”). En la práctica los Jueces de Vigilancia Penitenciaria no están teniendo en cuenta la situación administrativa del preso en el momento de la concesión de dicha Libertad Condicional. De otro modo se daría la paradoja de que un extranjero en situación regular, tendría que esperar a que se decretase la expulsión administrativa establecida en el Art. 57.2 LOEX (*expulsión por haber cometido un delito en España cuya pena sea superior a un año*), para así convertirse en irregular y con ello poder acceder a esta libertad condicional.

De todas formas, dada la temporalidad de las autorizaciones y la imposibilidad de renovarlas

desde la prisión, lo más frecuente es que los extranjeros que ingresaron con autorización de residencia caigan en situación de irregularidad durante el cumplimiento de la condena.

El acceder a esta libertad condicional en su país de origen, puede ser muy beneficioso para el preso extranjero dado que al no tratarse de una expulsión no se le impondrá prohibición de entrada en España ni en territorio Schengen de tres a diez años. Sin embargo, es práctica habitual<sup>79</sup> que una vez decretada la libertad condicional, la Autoridad Gubernativa correspondiente decrete la expulsión conforme al Art. 57.2 LOEX, estableciéndose, por tanto, periodo de prohibición de entrada.

Para que pueda ser concedida es necesario que se encuentre identificado, situación ésta que no siempre se da, por lo que la concesión de la libertad suele demorarse hasta la obtención de dicha identificación a través de las Autoridades competentes de su país. Dicha identificación suele tardar en algunos casos más de un año.



<sup>77</sup> (Ponente: Ilma. Sra. D. María Emilia Casas Baamonde). Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra, contra varios diversos preceptos de la Ley Orgánica 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.

<sup>78</sup> Art. que no encuentra su cobertura legal en el Art. 90 Código Penal

<sup>79</sup> La Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005 establece que una vez autorizada por el Juez de Vigilancia la posibilidad de cumplir en su país de residencia el periodo de libertad condicional, se remitirá de forma inmediata copia de la resolución a la Comisaría Provincial de policía solicitando, si el

Juez así lo establece, que se dispongan las medidas necesarias tendentes a asegurar la salida efectiva del territorio nacional del preso. Teniendo conocimiento la Comisaría de Policía de la excarcelación de un extranjero irregular es previsible la incoación de la orden de expulsión conforme al Art. 57.2 de la Ley de Extranjería.

## CUMPLIMIENTO EN EL PAÍS DE ORIGEN

El Convenio de Estrasburgo sobre el traslado de personas condenadas, así como los Convenios bilaterales, permiten que, en determinadas condiciones, las personas condenadas a una pena privativa de libertad en un país distinto del suyo, sean trasladadas a su país de origen para cumplir en él la condena.

Para tener derecho a ese traslado se han de reunir las siguientes condiciones:

- Ser considerado como nacional de aquel país, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes en el mismo.
- Que la condena sea firme.
- Que aún queden seis meses como mínimo de cumplimiento de la condena, aunque este período podrá ser más corto en circunstancias excepcionales.
- Que la infracción por la que se le ha juzgado constituya infracción penal en el país en el que se solicite el cumplimiento.

Y para poder proceder al traslado es necesario, además, el consentimiento:

- De la persona en cuestión o, en su caso, su representante legal.
- Del Estado en que ha sido condenado.
- Del Estado al que se solicita efectuar dicho traslado.

El cumplimiento de la condena se efectuará con arreglo a lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos que se apliquen en el país a donde vaya a ser trasladado. La condena máxima que tendrá que cumplir después de efectuarse el traslado equivaldrá a lo que reste de la condena impuesta, una vez deducida cualquier remisión de pena obtenida en España hasta el día del traslado.

Si la condena impuesta fuera de mayor duración o de índole distinta a la que podría imponerse en su país por el mismo delito, dicha condena se adaptará a la más similar que pudiera imponerse conforme a aquella legislación, sin que pudiera ser más larga ni más severa que la condena de origen.

El traslado no impedirá beneficiarse de cualquier indulto, amnistía o conmutación de condena que pueda concederle tanto el Estado de condena como el Estado de cumplimiento. Asimismo, si apareciese nueva información que fuese suficiente para proceder a la revisión de la sentencia dictada por España, serán las autoridades españolas las únicas competentes para decidir acerca del posible recurso de revisión.

Si la condena impuesta dejase de tener carácter ejecutorio, las autoridades del país de cumpli-

miento, tan pronto como tengan noticia de ello, eximirán del cumplimiento de la misma. Y de modo similar, si la condena dejase de tener carácter ejecutorio en el país de cumplimiento, ya no se podrá exigir el cumplimiento de la condena de origen impuesta en España en el caso de que regresase.

La aplicación de estos Convenios o Tratados encuentra muchas dificultades en la práctica por lo que la duración de su tramitación no suele ser inferior a un año. Esta espera genera una gran ansiedad a la persona presa, que pone grandes esperanzas en su traslado, dado que, en muchas ocasiones, no conoce el estado de su tramitación.

Los países suscritos al Convenio 112 (Estrasburgo) de Consejo de Europa, a 17 de julio de 1985, son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suiza, Suecia, Turquía. Asimismo, los países no miembros del Convenio de Estrasburgo son Bahamas, Canadá, Croacia, Trinidad Tobago y Estados Unidos.

Los países con los que España ha firmado Convenios o Tratados bilaterales de traslado de personas condenadas son: Argentina, Bolivia, El Salvador, México, Paraguay, Perú, Venezuela, Colombia, Brasil, Nicaragua, Panamá, Hungría, Rusia, Tailandia, Marruecos y Egipto.

El cumplimiento de la condena en los países de origen parece una medida acorde al fin de la pena, dado que lo que se pretende es el cumplimiento de la pena en un entorno más familiar, que en un futuro será donde se tenga que reinsertar en libertad.

## SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL EXTRANJERO EN PRISIÓN:

### Documentación

Respecto a la documentación, se considera que un recluso está documentado cuando tenemos constancia de su procedencia a través de documento acreditativo (pasaporte, cédula de inscripción, etc). Sin embargo, un recluso estará identificado cuando conozcamos su procedencia aunque no tengamos constancia de la misma a través de documento.

La Instrucción de Instituciones Penitenciarias 18/2005 establece que todo preso extranjero debe tener documentación otorgada por su país de origen. En el supuesto de estar indocumentado, se

reclamará la misma a la autoridad judicial si ésta se encuentra en los autos; en caso contrario, se inician los trámites con el Consulado correspondiente. En nuestra opinión es un derecho del preso el poner en conocimiento de las autoridades diplomáticas<sup>80</sup> su ingreso en prisión, luego habría que solicitar la autorización del extranjero para iniciar dichos trámites.

El hecho de poseer documentación es de suma importancia para los presos; de ésta depende el que puedan acceder a la libertad condicional en su país de origen, la sustitución de la pena por expulsión, e incluso, en algunas ocasiones, se condona su salida de permiso a la tenencia de la misma.

Algunas de las razones que a nuestro juicio explican la falta de documentación de los presos podrían ser: que algunos inmigrantes eligen dejar su documentación en su país de origen ante la creencia errónea de que al carecer de ella no podrán ser expulsados; por otro lado, en muchas ocasiones la documentación que portan consigo los extranjeros en el momento de la detención se pierde tras ser retenida por las Fuerzas de Seguridad del Estado o por los Juzgados; y, por último, cabe señalar la tardanza de las oficinas consulares y embajadas para identificar a sus nacionales, retrasándose algunos de estos Organismos más de un año o no llegando a contestar nunca.

Según las procedencias, observamos que los extranjeros cuyo acceso a España se logra por vía aérea principalmente, presentan un mayor porcentaje de documentación, pues precisan estar perfectamente documentados al pasar por el control policial de los aeropuertos, anulándose así una de las causas principales de indocumentación explicadas anteriormente. Frente a éstos, los extranjeros que hacen su entrada mayoritariamente por otras vías, como, por ejemplo, los magrebíes y los subsaharianos, se encuentran indocumentados en mayor medida. Esto se explica no sólo por la vía de acceso al territorio español, sino, también, porque las autoridades de estos países suelen poner más dificultades para su identificación y documentación, llegando frecuentemente a producirse su indocumentación<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Art. 15.5 RP: "Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación".

<sup>81</sup> Estudio realizado por Cáritas Diocesana de Salamanca, www.caritasalamanca.org

Asimismo, como hemos indicado, la retención de documentación por parte de las Fuerzas de Seguridad o por los órganos judiciales es habitual, lo que ocasiona con frecuencia que la documentación identificativa de los extranjeros no llegue a los Centros penitenciarios, y que se extravíe en muchos casos.

Es muy importante tener constancia de si el extranjero posee documentación o no, dado que de ello dependerá, que las distintas posibilidades de cumplimiento de la pena impuesta, puedan llevarse a cabo. De otra manera, el preso extranjero una vez aprobada su excarcelación por concesión de libertad condicional del Art. 97 RP, por sustitución del resto de la pena por expulsión, etc, puede verse afectado por una gran demora en la realización de los trámites para la obtención de la documentación.

### Situación administrativa

Los presos extranjeros residentes legalmente en territorio español encuentran, en virtud del Art. 31.4 LOEX<sup>82</sup>, serias dificultades para poder renovar su documentación, por la tenencia de antecedentes penales. Sin embargo, pese a que en el citado artículo, como ya vimos, se prevé la posibilidad, valorando cada supuesto, de renovar la documentación cuando se haya extinguido la pena o hayan sido indultados, o se encuentren en situación de remisión condicional de la pena (excluyendo por tanto a los que se encuentran cumpliendo condena), en la práctica se prima la expulsión administrativa establecida en el Art. 57.2 frente a las circunstancias excepcionales que puede tener el extranjero.

Por lo que refiere a los presos preventivos, al tratarse de individuos no condenados, y por tanto, sin antecedentes penales, sujetos al principio de presunción de inocencia, no debería haber restricción alguna a la renovación de sus autorizaciones de residencia. Sin embargo, en la práctica, nos encontramos con que las autoridades competentes para la tramitación de dichas renovaciones no acuden a prisión para realizar la toma de huellas en el caso de que existiera una resolución favorable de renovación previa a su entrada en prisión, y si ellos solicitan un permiso extraordinario para realizar dicho trámite, el mismo es denegado. Asimismo la información que tiene el preso extranjero es muy escasa en este sentido, dejando en no

<sup>82</sup> Art. 31.4: op cit

pocas ocasiones caducar dicha autorización sin realizar la oportuna solicitud de renovación.

En nuestra opinión, se debería tener especial atención a esta práctica administrativa y la misma debería corregirse en atención al principio de legalidad y al principio de presunción de inocencia.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que si se ha solicitado la renovación, la no resolu-

ción de la solicitud en el plazo legalmente previsto (tres meses) debe interpretarse, conforme a la Disposición Adicional Primera de la LOEX<sup>83</sup>, como silencio positivo. Sin embargo, los presos extranjeros, por el desconocimiento de la legislación, no suelen hacer valer el silencio positivo, quedando, en consecuencia, en situación irregular.

## PRISIÓN, EXTRANJERÍA, REEDUCACIÓN Y REINSERCIÓN: REALIDADES DIFÍCILES DE HACER COMPATIBLES. (Comentario sobre el Acuerdo del Consejo de Ministro de 1 de Julio de 2005, relativo al procedimiento para autorizar actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional)

Ángel Luis Ortiz González

(Magistrado Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº 1 de Madrid)

Cualquier valoración que se haga en estos momentos de la situación penitenciaria en España, requiere inevitablemente el hacer referencia al número de personas extranjeras privadas de libertad. De los 9.174 internos extranjeros que había en el año 2000 –un 18% del total– se ha pasado a 23.564 en el mes de marzo de 2008, es decir, un 34,6 % del total de las personas presas.

Esa realidad pone de manifiesto la gran incidencia que dentro del sistema penitenciario español tiene en este momento el fenómeno de la extranjería y da lugar a importantes reflexiones acerca de cómo se relaciona el derecho penal y penitenciario con la normativa en la que se regula la extranjería, y en qué medida se está produciendo la reeducación y reinserción social de los penados extranjeros que se encuentran en las prisiones españolas.

Mientras que el derecho penal y penitenciario intenta avanzar introduciendo nuevas condenas alejadas de la tradicional privación de libertad e introduciendo fórmulas que desde el respeto a la dignidad de la persona permitan la inclusión y la reinserción social, la normativa de extranjería se presenta cada vez más con una finalidad defensiva y con dos principios incuestionados que son, la impermeabilización de las fronteras y cuando ésta falle la expulsión, sin tener en cuenta las conside-

raciones de carácter humanitario que puedan existir en cada caso.

Esas dos filosofías producen en la práctica un serio conflicto en aquellas personas que encontrándose en prisión no han nacido en España, ya que por un lado la Ley Orgánica General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario no establecen distinción alguna entre penados nacionales y extranjeros, respecto a los aspectos rehabilitadores, treatmentales y reinsertados que afectan a todos los internos, con independencia de su nacionalidad y por otra parte la legislación de extranjería impi-

de que finalizada la condena el penado pueda permanecer en España, aunque este reinsertado y rehabilitado.

El marco normativo que determina la orientación reeducadora y de reinserción social de las penas privativas de libertad, comienza en la Constitución y se desarrolla en diferentes leyes, reales decretos y acuerdos que en lo esencial se enumeran a continuación.

En primer lugar el artículo 25.2 de la Constitución, proclama que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”, añadiendo que el condenado gozará de los derechos fundamentales que se recogen en la Constitución y que en todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social.

Por su parte el artículo 13 de la Constitución dispone que los extranjeros gozaran en España de las libertades públicas que garantiza el Título Primero de dicha norma en los términos que establezcan los tratados y la ley. Como ha declarado el Tribunal Constitucional (sentencias 197/1984 y 99/1985) los derechos de los extranjeros son por tanto de configuración predominantemente legal, con excepción de los que son inherentes a la dignidad humana (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad etc.).

En definitiva los derechos y deberes de los extranjeros en prisión se presentan iguales a los de cualquier ciudadano español privado de libertad (artículos 13, 14 y 25 de la Constitución).

Buena prueba de cuanto se acaba de decir, aparece reflejado en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, Ley General Penitenciaria (L.O.G.P.). Concretamente en su artículo 3, proclama que la actividad penitenciaria se ejercerá con respeto a la personalidad humana y sin discriminar a los penados por razón de su raza, opinión política, creencias religiosas, condición social o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza. Por su parte los artículos 62. c y 63 de la L.O.G.P. hacen referencia a la individualización del tratamiento como principio básico de la actividad y el tratamiento penitenciario.

La reeducación y reinserción social de las personas condenadas ha tenido su desarrollo normativo, entre otros, en el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio, en el que se regula la relación laboral especial penitenciaria de los internos que realizan actividades laborales en talleres penitencia-

rios y su protección de Seguridad Social. En ese Real Decreto se regula el trabajo productivo dentro de prisión, recogiendo su artículo 5.1.a) que los internos trabajadores tienen el derecho a no ser discriminados para el empleo o una vez empleado por razones, entre otras, de su nacionalidad.

El Reglamento (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre) que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Ley de Extranjería) en su Disposición adicional Primera estableció con carácter general que cuando las circunstancias de naturaleza económica, social o laboral lo aconsejaron y en supuestos no regulados de especial relevancia, a propuesta del titular de la Secretaría de Estado de Seguridad, el Consejo de Ministros podría dictar instrucciones que determinarían la concesión de autorizaciones de trabajo.

Como consecuencia de tal previsión normativa el Consejo de Ministros el 1 de julio de 2005 aprobó un Acuerdo por el que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales, por parte de los internos extranjeros, en los talleres productivos de los centros penitenciarios y el ejercicio de actividades laborales a penados extranjeros en régimen abierto o en libertad condicional.

Con ese Acuerdo, básicamente se reconoce en primer lugar que la resolución judicial en la que se ordena el ingreso en prisión de un interno extranjero tiene validez de autorización de trabajo a los efectos de poder ser dado de alta en la Seguridad Social para desarrollar actividades laborales en talleres productivos.

En segundo lugar, se establece que la Subdelegación del Gobierno o la Delegación del Gobierno, según los casos pueden conceder validez de autorización de trabajo a la resolución de la Administración penitenciaria de clasificación en tercer grado o al Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria por el que se acuerda dicha clasificación o se le concede la libertad condicional, siempre que el interno reúna determinadas condiciones.

La redacción dada a ese Acuerdo genera algún problema interpretativo, ya que por un lado tiene que existir una resolución administrativa (clasificación en tercer grado) o una resolución judicial (clasificación en tercer grado o concesión de la libertad condicional) y por otro remite al artículo 45 del Reglamento que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000 (Real Decreto 2393/2004).

<sup>83</sup> Disposición Adicional Primera: “1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de autorizaciones que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido el plazo para notificar las resoluciones de las solicitudes, salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, éstas podrán entenderse desestimadas.

2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia así como la renovación de la autorización de trabajo que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas”.